Seminari sobre relacions col·lectives

FEDERACIÓ DE MUNICIPIS DE CATALUNYA

2020
Barcelona

Reconeixement-NoComercial-SenseObraDerivada 2.5 Espanya

Sou lliure de:

copiar, distribuir i comunicar públicament l'obra

Amb les condicions següents:

Reconeixement. Heu de reconèixer els crèdits de l'obra de la manera especificada per l'autor o el llicenciador (però no d'una manera que suggereixi que us donen suport o rebeu suport per l'ús que feu de l'obra).

No comercial. No podeu utilitzar aquesta obra per a finalitats comercials.

Sense obres derivades. No podeu alterar, transformar o generar una obra derivada d'aquesta obra.

· Quan reutilitzeu o distribuïu l'obra, heu de deixar ben clar els termes de la llicència de l'obra
· Alguna d'aquestes condicions pot no aplicar-se si obteniu el permís del titular del drets d'autor.
· No hi ha res en aquesta llicència que menyscabi o restringeixi els drets morals de l'autor.

Els drets derivats d'usos legítims o altres limitacions reconegudes per llei no queden afectats per l'anterior

FEDERACIÓ DE MUNICIPIS DE CATALUNYA

Edita
Federació de Municipis de Catalunya
Via Laietana 33, 6è 1a.
08003 Barcelona
Tel. 93 310 44 04

Disseny i maquetació
www.lacuinagràfica.com

Sumari

1a sessió
29/09/20

2a sessió
27/10/20

3a sessió
17/11/20

4a sessió
15/12/20

Introducció

L'organització d'aquesta nova edició del Seminari de Relacions Col·lectives ha de venir forçosament presidida per la incidència de la crisi sanitària en les condicions de treball del sector públic.

De fet, l'ocupació pública s'ha vist estranyament segmentada entre el treball presencial, propi dels serveis essencials que s'han de prestar amb una estreta relació amb els usuaris, i el treball a distància, més adequat per a garantir la continuïtat d'aquells serveis que no necessiten del contacte personal.

Tanmateix, cadascuna d'aquestes modalitats presenta uns perfils propis i revitalitzen institucions jurídiques que no s'havien utilitzat o que estaven en una fase experimental.

Els problemes del treball presencial en els serveis públics essencials obliguen a adoptar mesures de reordenació, adaptació i reducció dels temps de treball que redueixin el risc d'exposició al virus i també obliguin a plantejar els deures de protecció i, en última instància, de salvaguarda dels empleats públics en les diferents situacions de risc. És per això que hem programat un seguit d'intervencions adreçades en aquesta direcció com poden ser la del professor Guillermo García Gonzalez, sobre l'obligació d'adoptar mesures de protecció dels empleats públics davant les crisis sanitàries, la del professor Francisco Javier Gómez Abelleira, sobre la possible reordenació, adaptació i reducció del temps de treball per raons preventives davant de les crisis sanitàries, i la del professor Miquel Àngel Purcalla Bonilla, que plantejarà les relacions entre el risc greu i imminent i servei públic essencial, una contradicció sense solució?

L'opció general pel treball a distància ha estat una de les polítiques habituals de l'etapa dels confinaments. D'un dia per l'altre la majoria dels empleats públics hem esdevinguts teletreballadors. Per això, no ens ha d'estranyar que dediquem una bona part del Seminari d'aquest any a aquesta particular modalitat de prestació de serveis. En aquest sentit, comptarem amb les intervencions de: la professora Carolina Gala Duran, que sota el provocador títol de males mares abordarà el tema del dret a la conciliació de la vida laboral i familiar en les crisis sanitàries; el professor Rafael Jiménez Asensio, que tractarà de la protecció dels drets digitals dels empleats públics i dels ciutadans en el sistema de treball a distància; el professor Alexandre Pazos Pérez, que ens introduirà en el dret a la desconnexió digital en l'ocupació pública; la professora Raquel Poquet Català, que abordarà el control del temps de treball dels empleats

públics en el treball a distància; la professora Lourdes Mella Méndez, que ens ha d'il•lustrar sobre la prevenció dels riscos laborals en els llocs de teletreball; el professor Alberto Palomar Olmeda, que ens ha de donar compte de les noves propostes, projectes i referències sobre la regulació del teletreball; i el professor Joan Mauri Majós, que ha d'estudiar el ric mosaic de reglamentació del teletreball en les administracions locals sorgit en la fase de la pandèmia i de la post pandèmia.

Una menció apart mereixen dues intervencions separades. Una és la de Miquel Gorriti Bontigui, a qui hem demanat que reflexioni amb nosaltres sobre el nou tipus de treball híbrid com a factor de canvi organitzatiu. L'altra és la del professor Ignasi Beltran Heredia, a qui hem requerit que ens aclareixi les possibles conseqüències i efectes dels últims pronunciaments del TJUE sobre les relacions interines en el sector públic.

En aquesta edició el Seminari de Relacions Col•latives passa a ser quadrimestral, com a una conseqüència directa de la desaparició del Seminari d'Actualització de Funció Pública Local que tant encertadament ha dirigit la nostra amiga i companya en aquestes coses dels recursos humans, Carme Noguer Portero. Siguin aquestes línies un agraït homenatge a la seva feina durant tots aquests anys.

En qualsevol cas, confiem que el programa que us presentem sigui del vostre interès. Volem que us animeu a participar en aquesta **22a edició del Seminari de Relacions Col·lectives** que esperem pugui ser presencial, encara que posarem a l'abast dels i les participants tots els mitjans que siguin necessaris per al seu adequat seguiment si finalment, per la situació sanitària, s'ha de realitzar a distància.

Joan Mauri i Majós
Director del Seminari

Ponències

1a sessió

29/09/20

Males mares: el dret a la conciliació de la vida laboral i familiar en les crisis sanitàries.
Carolina Gala Duran, catedràtica de Dret del Treball i de la Seguretat Social de la Universitat Autònoma de Barcelona.

L'obligació d'adoptar mesures de protecció dels empleats públics davant de les crisis sanitàries.
Guillermo García Gonzalez, professor de Dret del Treball i de la Seguretat Social de la Universitat Internacional de La Rioja.

La protecció dels drets digitals dels empleats públics i dels ciutadans en el sistema del treball a distància.
Rafael Jiménez Asensio, catedràtic de Dret Constitucional (acreditat); consultor.

Federació de Municipis de Catalunya

Males mares: el dret a la conciliació de la vida laboral, personal i familiar en les crisis sanitàries i la figura del teletreball

Carolina Gala Durán

Universitat Autònoma de Barcelona

VINCULACIÓN ENTRE CONCILIACIÓN Y TELETRABAJO… PERO ¿QUÉ ES?¿TRABAJO A DISTANCIA O TELETRABAJO? Regulación

1. Trabajo a distancia como categoría y **teletrabajo como modalidad específica** VINCULADA AL USO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS → No es un fenómeno nuevo, pero se ha visto claramente potenciado por la crisis de la covid-19 y se mantendrá tras la misma, al menos en algunos sectores o funciones.

2. **Escasa regulación legal**:

- Normativa internacional → Convenio y Recomendación de la OIT sobre el trabajo a distancia y AMET 2002
- Normativa estatal → art. 13 ET (reformado en 2012, precisamente para incentivar el teletrabajo). RDL 28/2020 SOBRE TRABAJO A DISTANCIA → No aplicable al personal laboral de las AP.
- Art. 34.8 ET/Reforma en 2019 → "Las personas trabajadoras tienen derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, <u>incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral</u>. Dichas adaptaciones deberán ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa."

- TREBEP → Nuevo art. 47BIS TREBEP (personal laboral y personal funcionario). Regulación muy escasa.
- Normativa de algunas CC.AA: Baleares, Comunidad Valenciana, Castilla y León, La Rioja que regulan el teletrabajo. También algunas normas autonómicas sobre igualdad fomentan el teletrabajo como una vía de conciliación.
- Normas específicas o reglamentos de algunas AL (Diputaciones de Córdoba y Almería, Ayuntamientos de Gijón, Alcobendas, Ávila y Talayuela) → Regulación del teletrabajo no vinculada a la crisis de la covid.
- Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA:
- Sector público: escasa presencia → en el caso de Catalunya → de 294 acuerdos y convenios analizados, solo se hace alguna referencia al teletrabajo en 12 (un 4,08%).
- Sector privado: más presencia, aunque poca.

Concepto

- **Diversas definiciones:**
- **ACUERDO MARCO EUROPEO SOBRE TELETRABAJO 2002:** "Una forma de organización y/o de realización del trabajo, utilizando las tecnologías de la información en el marco de un contrato o de una relación de trabajo, en la cual un trabajo que podría ser realizado igualmente en los locales de la empresa se efectúa fuera de estos locales de forma regular".
- **NTP 412 INSHT:** Consiste en el desarrollo de una actividad laboral remunerada, para la que se utiliza, como herramienta básica de trabajo, las tecnologías de la información y telecomunicación y en el que no existe una presencia permanente ni en el lugar físico de trabajo de la empresa que ofrece los bienes o servicios ni en la empresa que demanda tales bienes o servicios.

CONCEPTO

- ACUERDO SOBRE LA REGULACIÓN DEL TELETRABAJO DE LA DIPUTACIÓN DE CÓRDOBA (2018): “Aquella modalidad de prestación de servicios en la que los empleados y empleadas públicas desarrollan el contenido funcional de sus puestos de trabajo fuera de las dependencias de la Administración, a través de la utilización de las nuevas tecnologías de la información y comunicación, y bajo la dirección, coordinación y supervisión e su superior jerárquico”.

- ACUERDO AYUNTAMIENTO DE ALCOBENDAS (2016): “Fórmula basada en las tecnologías de la información que posibilita que los empleados de una organización puedan desarrollar total o parcialmente su jornada laboral desde un lugar distinto al de su centro de trabajo, durante un tiempo pactado y siempre que las necesidades del servicio lo permitan”.

- Y **Orden APU/1981/2006,** 21 de junio, por la que se promueve la implantación de programas piloto de teletrabajo en los departamentos ministeriales: “Toda modalidad de prestación de servicios de carácter no presencial en virtud de la cual un empleado de la Administración General del Estado puede desarrollar parte de su jornada laboral mediante el uso de medios telemáticos desde su propio domicilio, siempre que las necesidades del servicio lo permitan y en el marco de la política de conciliación de la vida personal y familiar y laboral de los empleados públicos”.

Características

- Diversas posibilidades: trabajo en el domicilio, acudir a centros compartidos que ofrecen tecnologías de telecomunicaciones (telecottages o telecentros) o el personal nómada de una empresa (red comercial).
- Puede ser a tiempo parcial o mixto (uno o varios días a la semana) o a tiempo completo.
- Siempre **tiene carácter voluntario y reversible** → aunque **el elemento voluntariedad se ha visto claramente alterado en el caso de la crisis covid** → art. 5 RDL 8/2020 → instauró el carácter preferente del trabajo a distancia.
- Y EL PUESTO DE TRABAJO DEBE PERMITIR QUE PUEDA PRESTARSE A TRAVÉS DE ESTA MODALIDAD. Antes de la crisis de la covid se excluían puestos como: oficinas de registro y atención e información a la ciudadanía, funciones de dirección, coordinación y supervisión, puestos que requieren la presencia física de una persona, personal eventual, policía local, conserjes, conductores, operadores informáticos, operarios de mantenimiento, auxiliares de apoyo, oficiales de mantenimiento, secretarías de altos cargos...
- Una antigüedad mínima, 1 o 2 años, en el desempeño del puesto.

¿Por qué teletrabajo? Ventajas para el trabajador/a

- Incremento de la productividad.
- **Flexibilidad horaria, ejecución del trabajo según plan independiente e individualizado al tiempo y necesidades de cada uno.**
- Incremento de las posibilidades de acceso a un puesto de trabajo para colectivos especiales de trabajadores (personas con discapacidad…).
- Reducción de las horas extraordinarias.
- Ambiente de trabajo más tranquilo en casa, **libre de interrupciones ¿?**
- Ahorro en gastos de vestuario y transporte.
- **Posibilidad de atender en casa, al tiempo que se trabaja, a los niños o personas ancianas o enfermas.**
- Elección personal del entorno de trabajo.

Ventajas para el trabajador/a

- Mayor autonomía e independencia.
- Aumento de la calidad de vida.
- Ahorro del tiempo de desplazamiento al trabajo.
- Mayor libertad en temas como el vestuario y las relaciones con los compañeros de trabajo.
- Y aumento de la satisfacción y la reducción del estrés y de la fatiga.

VENTAJAS PARA LA ORGANIZACIÓN

- DISMINUCIÓN DEL ABSENTISMO DEBIDO A ENFERMEDADES POCO IMPORTANTES.
- INCREMENTO DE LA PRODUCTIVIDAD DEBIDO AL AHORRO DE TIEMPO NO PRODUCTIVO, DE TIEMPO DE TRANSPORTE Y POR LA REDUCCIÓN DE LAS TASAS DE ABSENTISMO.
- MENORES COSTES DE ALQUILER, DE ESPACIO DE OFICINAS. REDUCCIÓN DE COSTES DE TODO TIPO.
- MENORES COSTES EN EQUIPAMIENTO DE LOS CENTROS DE TRABAJO.
- REDUCCIÓN DE LOS ESPACIOS DE OFICINA.
- MAYOR FACILIDAD PARA CONTRATAR PERSONAL CUALIFICADO CON INDEPENDENCIA DE DONDE VIVA ESTE Y MAYOR FACILIDAD PARA RETENER A DICHO PERSONAL.
- REDUCCIÓN EN GASTOS DE PERSONAL (POSIBILIDAD DE CONTRATOS POR PROYECTOS, REDUCIENDO ASÍ COSTES FIJOS).

VENTAJAS PARA LA ORGANIZACIÓN

- FLEXIBILIDAD EN LA ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO QUE PUEDE PERMITIR UNA MEJOR ADAPTACIÓN A UN ENTORNO CAMBIANTE.
- MENOR INCIDENCIA DE SITUACIONES EXTREMAS, COMO HUELGAS DE TRANSPORTE O CIRCUNSTANCIAS CLIMÁTICAS.
- Y AVANZAR EN LA LÍNEA DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL PÚBLICA PARA MEJORAR EL CLIMA LABORAL Y MODERNIZAR LA ESTRUCTURA DE LA ADMINISTRACIÓN.

Inconvenientes para el trabajador/a

1. Pérdida de integración en la organización (mayor vulnerabilidad por debilitarse su relación sindical, sentimientos de ser olvidado, dificultad en la promoción…).

2. Menor comunicación con los compañeros de trabajo, peligro de aislamiento (para evitarlo, teletrabajo a tiempo parcial, reuniones con una cierta periodicidad…).

3. Dificultad para encontrar un apoyo laboral y obtener respuesta en tiempo breve a consultas que se puedan formular (se requiere la selección de teletrabajadores que sean independientes, con recursos suficientes para encontrar soluciones por sí mismos y con capacidad de innovar. Y se requiere establecer canales y procedimientos de comunicación muy formalizados).

4. **Dificultad para separar el trabajo de la familia → lo que habitualmente son dos espacios distintos, asociados a vivencias diferentes se convierten en uno solo**. Además, en este contexto aparece la familia, que puede ser objeto de las consecuencias de la tensión laboral del trabajador, en la medida en que puede ver incrementado su estrés debido a que es ahora ella quien ha de proporcionar el apoyo social al trabajador (apoyo que debería ser obtenido de los compañeros de trabajo).

Inconvenientes para el trabajador/a

5. Disponibilidad las 24 horas/día, lo que puede comportar sobreexplotación y pérdida de privacidad.
6. Tendencia a trabajar en exceso/autoexplotación/dificultades para dejar el trabajo (workalholism).
7. Transferencia de costes al trabajador que antes no se soportaban (teléfono, luz, calefacción, equipamiento, acondicionamiento de espacios…).
8. Problemas derivados del abuso de café, alcohol, tabaco.

Y, 9. Inseguridad del trabajador respecto de su posición y condición dentro de la organización.

Inconvenientes para la organización

1. INCREMENTO DE COSTES EN ADAPTACIÓN DE LA NUEVA ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO DEBIDO A POSIBLES DEFICIENCIAS EN EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN O DEMORAS EN LA TOMA DE DECISIONES.
2. DIFICULTAD PARA MANTENER LA CONFIDENCIALIDAD DE LOS PROCEDIMIENTOS E INFORMACIÓN DE LA EMPRESA.
3. MENOR CONTROL SOBRE LOS TRABAJADORES.
4. IMPOSIBILIDAD DE SUPERVISIÓN DIRECTA DEL DESARROLLO DEL TRABAJO.
5. LA DISPERSIÓN DE LOS TRABAJADORES PUEDE GENERAR UN PROCESO DE DESESTRUCTURACIÓN Y PÉRDIDA DE IMAGEN CORPORATIVA E INCLUSO DE PÉRDIDA DE FIDELIDAD DE LOS TRABAJADORES.

Inconvenientes para la organización

6. PÉRDIDA DEL ESPÍRITU DE EQUIPO.

7. PROBLEMAS DE COMUNICACIÓN Y DIÁLOGO.

Y, 8. POSIBLES PROBLEMAS DE LEALTAD HACIA LA ORGANIZACIÓN (reserva y confidencialidad de los datos).

VENTAJAS PARA LA SOCIEDAD

1. REDUCCIÓN DE LOS PROBLEMAS DE TRANSPORTE Y CONGESTIÓN VIARIA.
2. AHORRO ENERGÉTICO.
3. REDUCCIÓN DE LOS PROBLEMAS DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL.
4. REDUCCIÓN DEL RUIDO PROVOCADO POR LOS DESPLAZAMIENTOS.
5. EL DESARROLLO DE ÁREAS NO CENTRALES, LA VIABILIDAD DE PROCESOS DE DESARROLLO LOCAL Y RURAL.

Y, 6. AUMENTO DE LA CALIDAD DE VIDA DE LA POBLACIÓN.

INCONVENIENTES PARA LA SOCIEDAD

1. EL INCUMPLIMIENTO DE LA LEGISLACIÓN LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL.

Y, 2. POSIBLES PROBLEMAS EN LA IMPLICACIÓN Y PARTICIPACIÓN DE LOS AGENTES SOCIALES EN ESTE ÁMBITO.

¿El teletrabajo tiene impacto sobre la vida familiar? Sin duda…

- **NTP 412 INSHT:** "El **teletrabajo altera una importante cantidad de aspectos de la vida laboral, familiar y cotidiana** e introduce novedades en los modos tradicionales de gestión y organización del trabajo…".
- O REGLAMENTO DE TELETRABAJO DE LA DIPUTACIÓN DE ALMERÍA: "Otro de los riesgos que presenta el teletrabajo, **el cual afecta a la conciliación y a la corresponsabilidad en la vida familiar, es la dificultad para separar el trabajo de la familia.** Lo que habitualmente son dos lugares distintos, asociados a conceptos y vivencias diferentes (trabajo, competitividad, esfuerzo frente a descanso, ocio, vida privada) se convierten en uno solo…".

- Pero, como hemos visto, UNA DE LAS VENTAJAS DEL TELETRABAJO ES PODER CONCILIAR LA VIDA FAMILIAR –Y ESPECIALMENTE LA TAREA DE CUIDADOS- CON LA VIDA LABORAL…, Pero a la vez ES UN INCONVENIENTE **¿¿¿entonces??? ¿Y qué ocurre con la conciliación de la vida "personal" y laboral?**

- El hecho de que el teletrabajo puede facilitar la conciliación de la vida laboral, personal y familiar se destaca en diversos documentos provenientes de fuentes muy diferentes, antes y durante la crisis sanitaria provocada por la covid-19 … **pero el panorama y los motivos de fondo son parcialmente distintos**…

- Por ello, vamos a distinguir cuatro etapas: 1ª) pre-covid; 2ª) durante la crisis covid; 3ª) la desescalada y 2ª crisis covid; y, 4ª) la situación post-covid.

1) LA SITUACIÓN PREVIA A LA CRISIS DE LA COVID-19

1. **En números textos el teletrabajo se consideraba una forma de facilitar la conciliación de la vida laboral, familiar y personal… Ejemplos…**

- **A nivel UE → AMET:** "los interlocutores sociales consideran el teletrabajo a la vez como un medio de modernizar la organización del trabajo para las empresas y organizaciones de servicios públicos, y **para los trabajadores reconciliar vida profesional y vida social** y darles una mayor autonomía en la realización de sus tareas".
- **Documentos técnicos** → NTP 412 del INSHT.
- **Normas autonómicas:**
- Decreto 36/2013, 28 de junio, que regula el teletrabajo en la AP Illes Balears: "… Actualment el teletreball es revela **com la millor opció per conciliar vida laboral, familiar i personal, de manera especial en els casos de persones amb familiars dependents (fills o grans), amb problemes de mobilitat o amb residències allunyades del lloc de treball**, en unir en un mateix espai la família i el treball, alhora que contribueix a promoure la direcció per objectius i la flexibilitat horària".

- Ley 2/2006, 20 de septiembre, de la mujer, Illes Balears: “Les administracions públiques han d’incentivar les empreses que facilitin la inclusió, en els convenis col.lectius d’empresa, d’acords sobre la flexibilitat d’horaris i modalitats de prestació de serveis diferents del presencial **segons les necessitats familiars del personal al seu servei”** (art. 21).
- También: normativa de las CC.AA. de Castilla y León, Comunidad Valenciana, Islas Baleares, La Rioja.
- Y también Protocolos Ayuntamientos de Gijón, Ávila y Talayuela, Diputación de Córdoba, Diputación de Almería.

* Hay casos en que no se menciona la conciliación: Regulación Generalitat de Catalunya (personal dependencias administrativas que se trasladan al Districte Administratiu de la Generalitat, febrero 2020).

2. En bastantes casos, las necesidades de conciliación constituyen incluso **un criterio de selección preferente entre las solicitudes** → CC.AA. Islas Baleares, Castilla y León, Comunidad Valenciana, La Rioja/Ayuntamientos de Gijón, Ávila y Talayuela, Consorcio Asturias de Servicios Tecnológicos, Diputación de Almería.

3. ¿Pero **qué se entiende por "conciliación" en este marco**?

- Cuidado de hijos/as, personas con discapacidad, enfermas o mayores → cuidado de familiares.
- Circunstancias personales del propio empleado.
  - Discapacidad o enfermedad.
  - Embarazo.
  - Violencia de género.
  - Lugar de residencia.
  - Estudios.

¿QUÉ SE ENTIENDE A ESTOS EFECTOS POR CONCILIACIÓN “PERSONAL” Y “FAMILIAR”?

A) CUIDADO DE FAMILIARES:

- Cuidado de hijos menores de edad o menores de 12 o 14 años.
- Cuidado de hijos con discapacidad o dependencia reconocida.
- Cuidado del cónyuge o pareja de hecho con discapacidad o que no pueda valerse por sí mismo. En algún caso se exige que tenga un grado de discapacidad igual o superior al 50% y que no desarrolle una actividad retribuida.
- Cuidado directo del cónyuge o de un familiar, hasta el 2º grado de consanguinidad o afinidad que, por razones, acreditadas mediante informe médico, de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñen una actividad retribuida.
- Cuidado de un familiar a cargo directo hasta el 2º grado de consanguinidad o afinidad con discapacidad o que no pueda valerse por sí mismo, siempre que no lleve a cabo una actividad retribuida.
- Cuidado de familiares hasta el 2º grado de consanguinidad o afinidad con discapacidad o con enfermedad grave.
- Cuidado directo, por razones de guarda legal, de una persona discapacitada física, psíquica o sensorial que no desarrolla una actividad retribuida, o familiar que padezca una enfermedad grave continuada y conviva con el trabajador.

- Cuidado de personas con diversidad funcional de carácter físico (igual o superior al 33%) que impida o dificulte la movilidad y el acceso al puesto de trabajo. Se otorgan puntos adicionales si se reconoce expresamente una movilidad reducida.
- Cuidado de familiares en situación de dependencia.
- Cuidado de personas mayores de 65 años que precisen cuidados continuados.
- Tener a cargo a personas con una diversidad funcional o que requieran una atención especial.
- Tener que atender o cuidar de un familiar hasta 2º grado de consanguinidad o afinidad, o de grado más lejano si mediara convivencia acreditada, por tener dificultades de movilidad o padecer una enfermedad grave continuada, acreditada por informe médico.
- Ser familia monoparental.

B) CIRCUNSTANCIAS PERSONALES DEL FUNCIONARIO O TRABAJADOR:

1) Cuestiones de salud o de discapaciadad

- Ser una persona con una discapacidad relacionada con la movilidad o que afecte a la movilidad, igual o superior al 33%.
- Ser una persona con discapacidad.

- Persona que se ha incorporado al trabajo tras un período de IT superior a 6 meses.
- Aspectos relacionados con la salud laboral del empleado que afecten a la capacidad funcional (informe del servicio de prevención).
- Tener una alteración de la salud que afecte a la movilidad, en la que una disminución de los desplazamientos contribuya de manera relevante a una mejora de la salud, acreditada por un informe médico, o padecer algún tipo de condicionante de la salud del que resulte que la autorización del teletrabajo contribuye a una realización más óptima de las funciones, acreditado mediante un informe médico.
- Tener reconocido un grado de dependencia, una discapacidad con movilidad reducida o tener una enfermedad que curse por brotes que impidan el normal desenvolvimiento en la realización de las actividades de la vida diaria.
- Sufrir una alteración de la salud debidamente acreditada por informe médico expedido por el servicio de prevención de riesgos laborales o tener reconocida una incapacidad permanente.
- Tener una enfermedad grave continuada o una alteración de la salud que afecte a la movilidad.
- No tener reconocido un grado de discapacidad y por razón de enfermedad larga o crónica no es posible realizar la jornada laboral completa.
- **2) Edad**
- Ser mayor de 60 años.

3) Víctimas de violencia de género

4) Embarazo

- Estar embarazada o estar embarazada y residir en una localidad distinta.

5) Formar parte de un colectivo de especial protección

- Formar parte de un colectivo de especial protección, con excepción de las personas con discapacidad, siempre y cuando se justifique que el teletrabajo, como consecuencias de sus circunstancias especiales, contribuye a mejorar sus circunstancias personales, familiares o laborales.

6) Lugar de residencia

- Vivir lejos del lugar de trabajo (por ejemplo a partir de 5 km., 10km., 30 km.).
- Vivir en un municipio de menos de 2.000 personas.
- Por dificultad de acceder a un servicio público para el desplazamiento al trabajo.

Y, 7) Estudios

- Estar cursando estudios reglados o relacionados con el puesto de trabajo, o estudios reglados presenciales o no relacionados con el puesto de trabajo.

4. Resulta discutible el que se excluyera de la posibilidad de acceder a los programas de teletrabajo a personas que desempeñaban puestos de trabajo que, objetivamente, podrían desarrollarse vía teletrabajo de una forma parcial → puestos directivos, por ejemplo → podría comportar un obstáculo para conciliar la vida laboral y familiar (es un derecho protegidos constitucionalmente, arts. 39 y 14 CE), y perjudicar principalmente a las mujeres que quieran desarrollar tales funciones.

¿NÚMERO Y PERFIL DE LOS TELETRABAJADORES?

Y, 5. ¿Cuántos teletrabajadores había en la época pre-covid?

A) Monitor Adecco de Oportunidades y Satisfacción en el Empleo II: teletrabajo (último cuatrimestre 2019):

- **Durante el último trimestre de 2019 → un 7,9% de personas ocupadas con teletrabajo**. Esta cifra, que equivale a poco más de 1,5 millones de personas, suponía un nuevo máximo histórico y un aumento interanual de cuatro décimas.

B) EUROSTAT 2018 TRABAJADORES POR CUENTA AJENA:

- **España → 4,3%.**
- Países Bajos (14%), Finlandia (13,3%) y Luxemburgo (11%). En cambio, Chipre (1,2%) y sobre todo, Rumanía y Bulgaria, donde el teletrabajo es apenas inexistente (0,4% y 0,2%, respectivamente).
- España -4,3%- está al mismo nivel que República Checa (4%), o Polonia con un 4,6%, o Reino Unido (4,4%).

Y, C) BLOG FUNCAS 2019

- Del conjunto de ocupados en España (19,78 millones), un 3,5% (689.000) trabajaron en su domicilio ocasionalmente, y **un 4,9% (952.000) lo hicieron más de la mitad de las jornadas**. Las diferencias, poco relevantes entre hombres y mujeres, cobran más importancia cuando se analizan por edad y nivel educativo. **Así, el trabajo en el domicilio es más frecuente entre los "maduros":** el porcentaje alcanzó el 9-10% en el grupo de ocupados de 40 a 64 años, mientras que en el de menores de 25 años rondó el 2%. Y los ocupados con estudios universitarios superiores (19,3%) o con doctorado (31,6%) teletrabajaban en una proporción mucho mayor que los que únicamente habían completado estudios secundarios post-obligatorios (6,2%).

2) LA SITUACIÓN DURANTE LA CRISIS DE LA COVID-19

1. Durante la crisis covid-19 la preferencia por el teletrabajo, aparte de algunas decisiones empresariales, vino impuesta finalmente por el estado de alarma y el confinamiento, **diluyéndose claramente el factor "voluntariedad"**. Y precisamente estos meses han servido como **campo de pruebas para comprobar si efectivamente el teletrabajo es una ventaja para poder conciliar la vida laboral y la vida personal y familiar**. Cabe añadir, sin embargo, **un condicionante muy relevante**: **el cierre de las guarderías, los colegios y los centros de día de las personas dependientes** (también el hecho de que ha habido familias que han sacado a sus familiares de residencias o centros para personas con discapacidad para cuidarlos). Esto **supone una realidad diferente a la época pre-covid**, donde esos centros sí estaban abiertos y cumplían su función (muy importante por diversos motivos) → **el escenario es diferente**. Además, no hemos retornado a la situación anterior a pesar de la "desescalada": se han abierto los colegios (algunos ya han vuelto a cerrar) pero no los centros de día.

2. ¿**Cuántas personas teletrabajaron durante el confinamiento**?

- BLOG FUNCAS:
- Más de 3 millones de personas han teletrabajado de manera habitual en algún momento del confinamiento, un 16,2% del total de ocupados.
- Los datos de la IV Encuesta Funcas sobre el coronavirus (realizada entre el 30 de marzo y el 3 de abril) no respaldan la existencia de esa preferencia: al plantear a los encuestados que teletrabajaban si, cuando acabe la crisis, preferirían seguir teletrabajando, han mostrado poco entusiasmo (una puntuación media de 3,6 en una escala de 0 a 10). Tampoco se han manifestado muy convencidos de que el teletrabajo aumente su productividad (puntuación media de 5,0 sobre 10), y ello teniendo en cuenta que muy pocos han reconocido haber encontrado dificultades técnicas o actitudinales para teletrabajar.

3. ¿**Qué resultados ha dado esta prueba del teletrabajo**? Hay que diferenciar la vida personal (que probablemente se ha facilitado, aunque hayan surgido inconvenientes, como es la situación de aislamiento) de la vida familiar (en la faceta vinculada con el cuidado de las personas dependientes, ya sean niños o personas mayores, enfermas o con discapacidad). Si atendemos a los titulares de la prensa ha ido mal; así encontramos, entre otros, los siguientes titulares:

- *"Cómo mantener la cordura teletrabajando con niños"*.
- *"Combinar el teletrabajo con niños en casa ocasiona mucho desgaste físico y mental".*
- *"Qué ganas de perder de vista a mi hijo"*, El Periódico, 20/06/20.
- *"Teletreball: la realitat no és tan idíl.lica com sembla"*: "… hem passat d'estar vuit hores treballant fora de casa a fer malabarismes per teletraballar, ajudar als fills amb les tasques escolars i ser mestresses de casa a temps complet. Combinar totes aquestes funcions és complicat, encara més si som conscients que de la nostra productividad depèn el manteniment econòmic de la família...".
- *"Malasmadres pide al Gobierno una reunión urgente para estudiar medidas a favor de la conciliación"* 19/5/20.
- RESULTA CURIOSO QUE SIEMPRE NOS CENTREMOS EN EL CUIDADO DE LOS NIÑOS **E INVISIBILICEMOS EL CUIDADO DE OTRAS PERSONAS DEPENDIENTES.**

- Según el club malasmadres **la corresponsabilidad ha empeorado durante el estado de alarma** en el 13% de los hogares españoles mientras que en el 66% se ha mantenido igual (encuesta lanzada por el Club el pasado 23 de marzo, a la que respondieron 12.604 personas).

- Y el temor de la Asociación “Yo No Renuncio” es que la pandemia, con el cierre de colegios y escuelas infantiles, traiga consigo una **renuncia masiva de mujeres al mercado laboral**. No en vano ya en 2017 su estudio sobre corresponsabilidad ‘Somos Equipo’, que respondieron más de 20.000 mujeres y madres, demostraba una clara desigualdad de género: 6 de cada 10 mujeres renuncian a su carrera profesional al ser madres.

- NO PODEMOS OLVIDAR EL IMPACTO DE GÉNERO DE LAS MEDIDAS DE TELETRABAJO Y MÁS EN UNA SITUACIÓN DE CRISIS SANITARIA → LA FALTA DE CORRESPONSABILIDAD.

4. La **situación de confinamiento dio lugar a varias situaciones desde la perspectiva de la conciliación** de la vida laboral y familiar:

a) El caso de **colectivos, del sector privado y público, que no pudieron recurrir al teletrabajo** o a los ERES o a prestaciones de cese de actividad, por ser servicios esenciales (supermercados, farmacias…) o por las funciones que desempeñaban (policía, personal sanitario, etc.) y que se enfrentaban, además, al cierre de colegios y centros de día → ¿cómo conciliaban? Así, cabía pensar: dejar a los niños con los abuelos (personas de riesgo) o con otros familiares o conocidos, contratar o pedir ayuda a otras personas, dejarlos solos, pedir una excedencia (sin remuneración) o una reducción de jornada (con reducción retributiva), flexibilidad horaria, turnos... Y también, en el caso del sector privado, se aprobó el PLAN MECUIDA (RDL 8/2020, posterior a declaración de estado de alarma y prorrogado posteriormente hasta 31/1/21) y en el sector público se aprobaron dos Resoluciones de la Secretaría de Estado de Política Territorial y Función Pública en marzo de 2020 (10 y 12 de marzo) aplicables también en el ámbito local (anteriores a la declaración de estado de alarma), así como normas específicas en distintas AP, estableciéndose, en todo caso, el carácter preferente del teletrabajo.

b) El caso de las personas, del sector privado y público, **que pasaron o podían pasar al teletrabajo**, por el tipo de funciones que desarrollaban y que si tenían responsabilidades familiares se enfrentaban al cierre de colegios, centros de día o de personas dependientes. En el caso del sector privado, conciliación en casa junto con el trabajo (además de hacer de profesores, encargarse del hogar..), salvo que decidieran acudir, si se daban las condiciones, a una reducción de jornada vía art. 37.6 ET o una excedencia vía art. 46.3 ET. Difícil o imposible conciliación.

- En el sector público se planteó si el funcionario podía acudir al permiso retribuido del art. 48 j) TREBEP excluyendo el teletrabajo, o bien la AP correspondiente podía imponerle el teletrabajo.

c) Centrándonos en el sector público: personal enfermo o en cuarentena por covid → Resolución 10-3-20 → derecho al 100% de las retribuciones. Normativa específica para el caso de la IT → asimilación a AT.

Y, d) Personal integrado en el colectivo de riesgo o especialmente sensible → "Procedimiento de actuación para los SPRL frente a la exposición al coronovarius" del Ministerio de Sanidad → adaptación del puesto de trabajo, protección adecuada o reubicación en otro puesto o teletrabajo, y si no es posible → baja por IT. Son personas con diabetes, enfermedad cardiovascular (incluida hipertensión), enfermedad pulmonar crónica, inmunodeficiencia, cáncer en fase de tratamiento activo, embarazo y mayores de 60 años.

1) PLAN MECUIDA: Art. 6 RDL 8/2020: Contenido

1. Los trabajadores que acrediten deberes de cuidado respecto del cónyuge o pareja de hecho, así como respecto de los familiares por consanguinidad hasta el segundo grado, tendrán derecho a acceder a la adaptación de su jornada y/o a la reducción de la misma, cuando concurran circunstancias excepcionales relacionadas con las actuaciones necesarias para evitar la transmisión comunitaria de la covid.

2. **¿Circunstancias excepcionales?**

a) Es necesaria la presencia del trabajador para la atención de alguna de las personas indicadas que, por razones de edad, enfermedad o discapacidad, necesite de cuidado personal y directo como consecuencia directa de la covid.

b) Cuando existan decisiones adoptadas por las Autoridades gubernativas que impliquen cierre de centros educativos o de cualquier otra naturaleza que dispensaran cuidado o atención a la persona necesitada de los mismos.

PLAN MECUIDA

Y, c) cuando la persona que hasta el momento se hubiera encargado del cuidado o asistencia directos del cónyuge o familiar hasta 2º grado no pudiera seguir haciéndolo por causas justificadas relacionadas con la covid.

3. Es un derecho individual de cada uno de los progenitores o cuidadores, que debe tener <u>como presupuesto el reparto corresponsable</u> de las obligaciones de cuidado y la evitación de la perpetuación de roles, debiendo ser justificado, razonable y proporcionado en relación con la situación de la empresa, particularmente en caso de que sean varias las personas que acceden al mismo en la misma empresa.

4. Los conflictos que pudieran generarse son resueltos por la jurisdicción social-→ art. 139 LRJS.

5. El ejercicio de este derecho se considera ejercicio de derechos de conciliación a todos los efectos → derecho con protección constitucional (arts. 14 y 39 CE).

PLAN MECUIDA

- 6. **Adaptación de la jornada**: es una prerrogativa cuya concreción inicial al trabajador, tanto en su alcance como en su contenido, siempre y cuando esté justificada, sea razonable y proporcionada, teniendo en cuenta las necesidades concretas de cuidado que debe dispensar el trabajador, debidamente acreditadas, y las necesidades de organización de la empresa. Empresa y trabajador deberán hacer lo posible por llegar a un acuerdo.
- Este derecho puede referirse a la distribución del tiempo de trabajo o a cualquier otro aspecto de las condiciones de trabajo, cuya alteración o ajuste permita que el trabajador pueda dispensar la atención y cuidado. Puede consistir en cambio de turno, alteración de horario, horario flexible, jornada partida o continuada, cambio de centro de trabajo, cambio de funciones, cambio en la forma de prestación del trabajo, incluyendo la prestación de trabajo a distancia, o en cualquier otro cambio de condiciones que estuviera disponible en la empresa o que pudiera implantarse de modo razonable y proporcionado, teniendo en cuenta el carácter temporal y excepcional de la medida contemplada.

PLAN MECUIDA

7. Reducción especial de jornada con reducción de salario en las situaciones previstas en el artículo 37.6 del ET: Salvo por las peculiaridades que se exponen a continuación, esta reducción especial se regirá por lo establecido en los arts. 37.6 y 37.7 del ET.

- La reducción de jornada especial debe ser comunicada a la empresa con 24 horas de antelación, y podrá alcanzar el 100% de la jornada si resultara necesario, sin que ello implique cambio de naturaleza a efectos de aplicación de los derechos y garantías establecidos en el ordenamiento para la situación prevista en el art. 37.6 ET.
- En caso de reducciones de jornada que lleguen al 100 % el derecho deberá estar justificado y ser razonable y proporcionado en atención a la situación de la empresa.
- En el supuesto establecido en el art. 37.6 segundo párrafo no será necesario que el familiar que requiere atención y cuidado no desempeñe actividad retribuida.

PLAN MECUIDA

8. En el caso de que el trabajador se encontrara disfrutando ya de una adaptación de su jornada por conciliación, o de reducción de jornada por cuidado de hijos o familiares, o de alguno de los derechos de conciliación previstos en el ordenamiento laboral, incluidos los establecidos en el propio artículo 37, podrá renunciar temporalmente a él o tendrá derecho a que se modifiquen los términos de su disfrute siempre que concurran las circunstancias excepcionales antes vistas, debiendo la solicitud limitarse al periodo excepcional de duración de la crisis sanitaria y acomodarse a las necesidades concretas de cuidado, debidamente acreditadas, así como a las necesidades de organización de la empresa, presumiéndose que la solicitud está justificada, es razonable y proporcionada salvo prueba en contrario.

Y, 9. PARA LOS CASOS NO CONTEMPLADOS, CABE ACUDIR AL ART. 34.8 ET.

2) RESOLUCIONES MARZO 2020

A estos efectos, en el caso de la Administración Local cabe recordar:

- Art. 94 LBRL → la jornada de trabajo de los funcionarios de la AL es, en cómputo anual, la misma que los funcionarios de la AGE, aplicándose las mismas normas sobre equivalencia y reducción de jornada (Resolución de 28/2/19, se dictan instrucciones sobre jornadas y horarios de trabajo de la AGE y sus organismos públicos).
- Art. 142 Rdleg. 781/1986, 16 de abril → los funcionarios de la AL tienen derechos a los permisos y licencias previstas en la legislación sobre función pública de la CCAA respectiva y, supletoriamente, en la aplicable en la AGE.
- En la crisis covid-19 se han aprobado dos Resoluciones de la Secretaría de Estado de Política Territorial y Función Pública sobre adaptaciones de jornada de los funcionarios de la AGE **que serían, a falta de regulación expresa de la concreta AL, aplicables.**

- **Contenido Resolución 10/3/20**: Entre otros (también formación, convocatorias, viajes...)

- 1) Para el personal que tenga a su cargo menores o mayores dependientes y se vea afectado por el cierre de centros educativos o de mayores (¿personas con discapacidad?), serán de aplicación las siguientes medidas, por el tiempo que las autoridades competentes determinen y de acuerdo con las instrucciones de sus respectivos órganos de personal:

- a) Flexibilización de la jornada laboral sin sujeción a los límites previstos en la Resolución de 28-2-19, de la Secretaría de Estado de Función Pública.

- b) **En el caso de que sea imprescindible, se permitirá la permanencia del personal en su domicilio, teniendo la consideración de deber inexcusable de conformidad con el art. 48 j) TREBEP** (también Resolución 12-3-20).

- En el caso de que ambos progenitores o responsables del mayor dependiente tengan la condición de personal al servicio de la AGE, no podrán disfrutar de estas medidas simultáneamente.

- Y, 2) **Modalidades no presenciales de trabajo**: En supuestos debidamente justificados se permitirá modalidades no presenciales de trabajo, previa autorización de los titulares de las Subsecretarías de los Departamentos ministeriales con el objetivo de garantizar la prestación de los servicios públicos. En aquellos Departamentos que ya tengan implantada dicha modalidad de prestación del servicio se mantendrán vigentes las condiciones previstas en dicho régimen.

¿Se puede elegir entre teletrabajo y art. 48.j) TREBEP?

- **NO** → Correspondía a cada AP dictar las instrucciones sobre los puestos de trabajo afectados por teletrabajo → por tanto el art. 48 j) solo podría contemplarse para aquellos casos en los que el teletrabajo no podía llevarse a cabo, por las funciones del puesto de trabajo. Asimismo, la AP tenía competencia para determinar la obligatoriedad del desempeño del puesto por teletrabajo con la finalidad de evitar la movilidad y los contagios.
- El permiso solo podría contemplarse cuando el teletrabajo, por las funciones del puesto, no podía desarrollarse por esa vía y no se trataba de personal esencial con presencia física requerida.

Regulaciones específicas por parte de las AP. Ejemplos

1. Ayuntamiento de Sevilla -12/4/20:

- Empleadas embarazadas o en situación de lactancia natural y empleados que acrediten que padecen cuadros con inmunodeficiencias (incluyendo VIH) o enfermedad cardiovascular (incluida hipertensión), diabetes, enfermedad hepática crónica, enfermedad pulmonar crónicas, enfermedad renal crónica, enfermedad neurológica o neuromuscular crónicas y cáncer → **se garantizaba permanencia en domicilio** siempre que lo solicitasen las jefaturas de servicio al ser grupos de riesgo, también mayores de 60 años, los empleados con menores de 14 años escolarizados o con mayores dependientes a su cargo (personas con discapacidad o dependientes no mayores?). No obstante, **estas personas siempre que sea posible, realizarán teletrabajo**.

Regulaciones específicas por parte de las AP. Ejemplos

2. **Generalitat de Catalunya**, Instrucció 3/20, 13 de març, de la Secretaria d'Administració i Funció Pública:

- Servicios básicos o estratégicos: régimen de turnos, horarios especiales o teletrabajo. Sin embargo:

- Empleados con alteración del sistema inmunitario o enfermedades crónicas (cardiovasculares, pulmonar, renal, diabetes, entre otras), obesidad mórbida y empleadas embarazadas → permiso por deber inexcusable de carácter público vía art. 96.1.d) Decret legislatiu 1/97 i normativa laboral concordante (art. 37.3.d) ET).
- Empleados con hijos menores de 16 años o personas dependientes a cargo tendrán preferencia en los regímenes de turnos y en el teletrabajo y, adicionalmente, pueden habilitarse mecanismos de flexibilidad horaria sin sujeción a la normativa vigente. Esta medida puede limitarse o condicionada en los servicios en que se presta asistencia directa a usuarios (residencias de personas mayores y personas con discapacidad, centros de niños y adolescentes, entre otros).

- El resto de empleados → tienen por expresa disposición de la autoridad sanitaria, la movilidad reducida y, en consecuencia, derecho a permiso por deber inexcusable de carácter público (art. 96.1.d) Decret legislatiu 1/97 y art. 37.3.d) ET).

Con carácter general, por necesidades del servicio y consentimiento del empleado se puede interrumpir temporalmente el permiso con la final de teletrabajar → la instrucción configura el teletrabajo como voluntario.

Y, 3. **Ayuntamiento de Mislata** (20-3-20) → preferencia del teletrabajo. También:

- Los empleados en algún grupo de riesgo o con patologías establecidas por la OMS y el Ministerio de Sanidad como de riesgo para covid (enfermedades crónicas respiratorias, cardiovasculares, hepáticas, renales, sanguíneas o metabólicas, personas con cáncer, inmunodepresivas y embarazadas" → preferencia para el teletrebajo.
- Mayores de 62 años → preferencia para el teletrabajo.
- Empleados con cargas familiares, especialmente mayores a cargo pero también hijos menores de 10 años, con problemas de movilidad, o en general problemas con la conciliación de la vida personal, laboral y familiar → preferencia a la hora de teletrabajo.

3) LA FASE DE “DESESCALADA” O TRANSICIÓN HACIA LA “NUEVA NORMALIDAD”

- Desde el momento en que se inició la desescalada se planteó cómo volver al trabajo, **pero, desde la perspectiva de la conciliación familiar la cuestión estaba en que los colegios y centros de atención a personas dependientes estaban cerrados e incluso actividades como “casals” estaban en entredicho** → AP adoptaron medidas para articular esta vuelta al trabajo, sin renunciar a la lógica del teletrabajo.

Art. 7 RDL 21/2020: “e) Adoptar medidas para la reincorporación progresiva de forma presencial a los puestos de trabajo y la potenciación del uso del teletrabajo cuando por la naturaleza de la actividad laboral sea posible”.

- **Ejemplos:**

1. **Resolución de 17 de junio de 2020 del Secretario de Estado de Política Territorial y Función Pública** → modalidades de trabajo presencial (ordinaria) y no presencial.

- La modalidad presencial se podrá compaginar **con teletrabajo de hasta un 20% de la jornada semanal**.
- En el caso de establecimiento de turnos, gozará de prioridad el personal que no pueda acogerse por la naturaleza de sus funciones al teletrabajo, y, al mismo tiempo tengan a su cargo a menores de 14 años, o personas mayores, dependientes o con discapacidad afectados por el cierre de servicios sociales de carácter residencial y centros de día.
- Art. 4: Hasta un 20% de la jornada semanal presencial en el caso de los colectivos priorizables, y un mínimo de un 20% de la jornada semanal presencial para el resto del personal. Carácter voluntario y reversible por razones de carácter organizativo y de necesidades del servicio, por solicitud del empleado o bien si variasen las circunstancias que motivaran el disfrute de esta modalidad.
- Son principios inspiradores la mejora de "**la conciliación del desarrollo profesional con la vida personal y familiar, y el respeto en todo caso de los principios de igualdad de trato entre hombre y mujeres y la corresponsabilidad"**.

Colectivos priorizados:

- Colectivos definidos en cada momento por las autoridades sanitarias competentes como grupos vulnerables para la covid.

- También:

* Quien tiene a su cargo menores de 14 años (estén o no cerrados los colegios, no se dice nada).

* Quien tiene a su cargo personas mayores, dependientes o con discapacidad, afectados por el cierre de centros de servicios sociales de carácter residencial y centros de día (se olvidan casos de cuidado en casa, a diferencia del caso de los menores).

Si ambos progenitores o responsables son empleados en activo no podrán disfrutar de esta medida de forma coincidente.

Vigencia → hasta que se declare finalizada la crisis covid.

2. **Instrucción 5/2020, 24 de mayo, Personal de la Generalitat de Catalunya:**

- Empleados especialmente sensibles → teletrabajo y si desarrollan una actividad presencial: medidas de protección especiales o bien teletrabajo en funciones diferentes. Si no es posible → IT.
- Empleados con fijos menores de 14 años o personas dependientes a cargo que presten servicios presenciales → preferencia en los sistemas de flexibilidad horaria, régimen de turnos y horarios especiales.
- Empleados con hijos menores de 12 años o personas dependientes a cargo que se vean afectados por el cierre de centros educativos, de personas mayores o con discapacitadas, siempre que sean familias monoparentales o el otro progenitor preste servicios presenciales a jornada completa en el servicio público o privado → **teletrabajo y, si no es posible, permiso por conciliación** → vigente hasta la finalización del curso escolar y la reapertura de los servicios sociales y, alternativamente, hasta la fecha en que existan limitaciones con carácter general a la realización de actividades de infancia y juventud (no se contemplan situaciones en que el cuidador era contratado y no sigue…, especial relevancia del cuidado de niños).
- Todo empleado en situación de teletrabajo, salvo especialmente sensibles y aquellos con hijos menores de 14 años o personas dependientes a cargo, debe reincorporarse a la máxima brevedad posible cuando sea requerido por necesidades del servicio.
- Regula desconexión digital.
- Vigencia indefinida → hasta que se derogue o modifique en función de la evolución.

3. Ayuntamiento de Sevilla, 19/6: A NIVEL LOCAL REGULACIONES PARECIDAS PERO DIVERSAS.

- Presencialmente, entre otros, personal directivos, por ejemplo.

- En el caso de trabajo a turnos goza de prioridad el personal que no pueda acogerse al teletrabajo y al mismo tiempo tenga a su cargo menores de 14 años, o personas mayores, dependientes o con discapacidad afectados por el cierre de centros de servicios sociales de carácter residencial y centros de día.

- **Teletrabajo hasta un 20% de la jornada semanal presencial**:

* Empleados dentro de los grupos vulnerables para covid.

* Que tengan a cargo menores de hasta 14 años, no le sea posible conciliar y así lo acredite mediante declaración responsable.

* Que tengan a su cargo personas mayores, dependientes o con discapacidad, afectados por el cierre de servicios sociales de carácter residencial y centros de día, y así lo acredite mediante declaración responsable.

- Principios inspiradores: mejora de la conciliación del desarrollo profesional con la vida personal y familiar y el respeto en todo caso a los principios de igualdad de trato entre hombre y mujer y la corresponsabilidad. NO cabe disfrute coincidente de dos empleados.

4. **Ayuntamiento de Valencia** (18/6/20):

- Están exentos de prestar servicio presencial las personas con síntomas compatibles con covid o estén en aislamiento domiciliario debido a un diagnóstico por covid o que se encuentren en periodo de cuarentena domiciliaria por haber tenido contacto estrecho con alguna persona con covid.

- Seguirán prestando el servicio en modalidad de teletrabajo el personal que ocupando puestos de trabajo que puedan prestarse bajo esa modalidad, se encuentre en alguna de estas situaciones:

a) Con hijos de 12 años o menores, en las que estén obligados a acudir presencialmente al trabajo – y en la misma franja horaria- ambos progenitores, o de familia monoparental.

b) Personal con mayores dependientes a cargo y que se encuentren afectados por el cierre de centros de mayores, que convivan en el domicilio, cuando no exista otro cuidador y mientras dure el cierre de dichos centros.

Estos dos colectivos:

- Al menos un día presencial.

- En las unidades administrativas con atención directa a la ciudadanía podrán establecerse turnos si se viera afectada la buena prestación del servicio.

c) Mayor de 60 años, salvo que voluntariamente soliciten la reincorporación presencial total o parcial.

d) Los empleados pertenecientes a los colectivos vulnerables definidos por las autoridades sanitarias.

e) Mujeres embarazadas.

Vigencia: a partir del 15-9, deben reincorporarse presencialmente al 100%:

* Personal con hijos de 12 años o menores, salvo que por la autoridad sanitaria o educativa se decrete el cierre de colegios.

* Personal con mayores dependientes a cargo salvo que se determine el cierre del centro, convivan en el domicilio y no exista otro cuidador, si no se han reincorporado antes como consecuencia de la reapertura de dichos centros.

Y, 5. **Región de Murcia**: hasta 15/9 y posible prórroga.

- Regula desconexión digital.

- El teletrabajo se prevé para:

* Personas vulnerables según autoridades sanitarias.

* Personal con necesidades de conciliación. Debe demostrarse que el otro progenitor no puede corresponsabilizarse en la conciliación. Se incluyen hijos, personas mayores o con discapacidad hasta el 1er grado de consanguinidad o afinidad

* Personas víctimas de violencia de género y de violencia terrorista.

* Personas en despachos colectivos.

* Personas especialmente sensibles → informe servicio de PRL.

Cabe un 100% de jornada en teletrabajo: grupo vulnerable o tener causa de conciliación que no sea susceptible de superarse mediante flexibilidad horaria o mediante la posibilidad de prestar servicios presencial y teletrabajo.

PROBLEMAS ACTUALES

Positivo por covid en una clase/colegio y vuelta a casa → PLAN MECUIDA prorrogado… o ¿permiso por conciliación en sector público? ¿Baja médica? → no es posible → no es una cuestión vinculada al propio empleado, además de una cuestión de costes. Pero sí cabe pedir una baja médica (fraudulenta) para cubrir la situación.

4) LA ERA POST-COVID

Regulación del teletrabajo → en el sector privado RDL 28/2020 y art. 47 bis TREBEP.

TREBEP: “Se regula con carácter básico la prestación del servicio a distancia mediante teletrabajo, fomentando así el uso de las nuevas tecnologías de la información y el desarrollo de la administración digital con las consiguientes ventajas tanto para las empleadas y empleados públicos como para la administración y la sociedad en general. Entre otras, cabe destacar la reducción del tiempo en desplazamientos, la sostenibilidad ambiental **o la mejora de la conciliación del desarrollo profesional con la vida personal y familiar, respetando en todo caso los principios de transparencia, igualdad entre mujeres y hombres y la corresponsabilidad** y 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 → muy importante, la referencia a la corresponsabilidad. La decisión acabará correspondiendo a cada AP.

Art. 47 bis

1. 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.

Al margen de lo ya comentado… Problemas prácticos adicionales vinculados a todas las etapas examinadas: ¿PUEDEN ACCEDER A LAS MEDIDAS DE CONCILIACIÓN LOS TELETRABAJADORES?

El RDL 28/2020 para el sector privado señala expresamente que los teletrabajadores “tienen los mismos derechos que las personas trabajadoras presenciales en materia de conciliación y corresponsabilidad, incluyendo el derecho de adaptación a la jornada establecido en el art. 34.8 ET, a fin de que no interfiera el trabajo con la vida personal y familiar” → ¿era necesario garantizarlo?

A) CONCILIACIÓN VIDA FAMILIAR

1) Derecho a la IT por causa vinculada al embarazo → sí.
2) ¿Derecho a la prestación por nacimiento o cuidado de menor (tanto el padre como la madre) Puede conciliar… y hacerlo todo a la vez → derecho, pero la posibilidad de fraude se da –sobre todo en el sector privado-, ya que es posible que se simultanee la prestación y el teletrabajo (ahorrándose costes empresariales) o sea más fácil que haga algo, ya que como ya está en casa…. Cabría pactar el disfrute a tiempo parcial del permiso compaginándolo con el teletrabajo.
3) Prestación por riesgo durante el embarazo y lactancia natural: al teletrabajar los riesgos posibles van a ser escasos, por lo que esta prestación será poco frecuente.
4) Permiso de lactancia → Derecho en las mismas condiciones.

5) Reducción de jornada por cuidado de hijo o de familiar: perfectamente aplicable, con las consecuencias económicas y de cotización que resulten aplicables.

6) Excedencia por cuidado de hijos o familiares → perfectamente aplicable, con las consecuencias económicas/de cotización y profesionales que ello supone. Y además cabe la posibilidad de que se solicite una excedencia en un trabajo presencial para luego recurrir al teletrabajo para cubrir los ingresos perdidos → polémica en el sector privado, resuelta por los tribunales → si no se admitiera se estaría privando al trabajador de obtener ingresos que contribuyan al cuidado del menor y a subvenir sus necesidades. Señalan los tribunales que "hay que examinar si las nuevas condiciones de trabajo facilitan, en cierta medida, el cuidado del hijo. Si no consta ninguna facilidad añadida en relación con el empleo, objetivamente acreditada, como un menor o más adecuado horario, menor distancia, prestación flexible, etc., obvio que hay que dar la razón a la empresa que otorga la excedencia…". STSJ Sevilla 25-6-15: "si el teletrabajo permite realizar una prestación de servicios idéntica a la de la empresa, facilitando la conciliación… esa actividad no conlleva la transgresión de la buena fe contractual cuando no concurra incompatibilidad laboral…".

B) CONCILIACIÓN VIDA PERSONAL:

1) Derecho a la prestación por IT por EC/EP, ANL o AT → cómo controlar la realidad → vía art. 20 ET/Mutua → problemática al prestar servicios en el propio domicilio. Deberían establecerse medidas específicas. El concepto de IT y el requisito de imposibilidad de la prestación de servicios debe adaptarse al teletrabajo, contando para ello con la ayuda de las nuevas tecnologías.

Situaciones particulares: enfermedades contagiosas no covid asintomáticas o con pocos síntomas → ¿baja?

O cabe que esté de baja y le exijamos que siga teletrabajando… como ya está en casa…

LA OBLIGACIÓN DE ADOPTAR MEDIDAS DE PROTECCIÓN PARA LOS EMPLEADOS PÚBLICOS FRENTE A LAS CRISIS SANITARIAS

Dr. Guillermo García González
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la SS
Universidad Internacional de La Rioja
guillermo.garcia@unir.net

Barcelona, 29 de septiembre de 2020

ÍNDICE

- **Consideraciones preliminares**
- **La aplicación de la LPRL a los empleados públicos**
- **El deber de protección de las AAPP en tiempos de pandemia**
  - Reconocimiento
  - Titularidad
  - Ejercicio y dinámica
- **El Covid-19 como riesgo laboral** (*stricto sensu* e *in extenso*)
- **Aplicación práctica: EPI**
- **Reflexión final: desiderátum**

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

1.Covid-19: **hecho social total**

2.Respuesta frente a la **incerteza**: **(in)seguridad jurídica**

- Técnica de aluvión y opacidad
- Mensajes políticos vs. (infra)legislación
- Legislación vs. *soft law*: deslegalización

  Paradigma: *Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-COV-2*
- (des)Coordinación público-privado e *intra* políticas públicas (vertical y horizontal)
- Jurisprudencia confusa y contradictoria

LA APLICACIÓN DE LA LPRL A LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

1.Principio de **universalidad** (art. 3 LPRL)

2.Principio de **equiparación**. Empleados públicos y trabajadores sustancialmente el mismo régimen de derechos y obligaciones preventivas. Carácter básico LPRL (DA3ª): arts. 14 a 29

3. No será de aplicación directa LPRL a aquellas actividades "cuyas particularidades lo impidan" en funciones **públicas** de policía (3.2 LPRL):

- STJCE 12/1/2006 condena a España por incumplir Directiva 89/391/CEE
- Exclusión no por pertenencia de trabajadores a sector sino por "la naturaleza específica de ciertos cometidos especiales
- **No cabe interpretación extensiva**

DEBER DE PROTECCIÓN AAPP EN PANDEMIA: RECONOCIMIENTO

Cuestión previa: el **derecho a la PRL como derecho fundamental**

- Intima conexión con derecho a la vida e integridad física (art. 15 CE)
- Tutela del derecho fundamental a la integridad física de los empleados públicos: LPRL

DEBER DE PROTECCIÓN AAPP EN PANDEMIA: RECONOCIMIENTO

- EM RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19:

"Las medidas que se contienen en el presente real decreto son las imprescindibles para hacer frente a la situación, resultan proporcionadas a la extrema gravedad de la misma y **no suponen la suspensión de ningún derecho fundamental**, tal y como prevé el artículo 55 de la Constitución."

DEBER DE PROTECCIÓN AAPP EN PANDEMIA: RECONOCIMIENTO

- Estado de alarma no suspende el derecho a la protección eficaz. SJS nº 1 Teruel 60/2020, 3 de junio:

"La declaración del estado de alarma no conlleva la suspensión de los derechos fundamentales (…) como la vida, la integridad física, ni la salud, ni tampoco supone la suspensión de los derechos a la protección y prevención de riesgos laborales"

- En contra (¿minoritaria? **expresa**): Auto JS nº 34 Madrid, 30 de marzo de 2020

"En un estado de alarma la LPRL no es aplicable porque son situaciones excepcionales. El empleador de un trabajador de servicios esenciales es también la sociedad. Es el Estado y en concreto los organismos que gestionan la crisis los que deben proveer cuando vayan recibiendo el material"

DEBER DE PROTECCIÓN AAPP EN TIEMPOS DE PANDEMIA: TITULAR

- Titularidad del deber de protección: **empleador** (distinta óptica que responsabilidad patrimonial). SJS León nº 1, 16 de junio de 2020

"En definitiva, la declaración del estado de alarma (…) no convierte al Ministerio de Sanidad en el "empleador" del personal sanitario (estatutario) de la Junta de Castilla y León, continuando el mismo bajo la dependencia, ámbito organizativo y retributivo -la nómina se la sigue pagando la CCAA- de la Gerencia de Salud de dicha Administración autonómica"

DEBER DE PROTECCIÓN AAPP EN PANDEMIA: EJERCICIO Y DINÁMICA

1. Perspectiva **normativista- ideal**: prima la norma y su incumplimiento

2. Perspectiva **realista- política**: prima ponderar razones de incumplimiento

   - Peligro **decisionismo judicial**: fallar según lo que siente que es justo en cada momento

EJERCICIO Y DINÁMICA: PERSPECTIVA NORMATIVA

- Deber de protección del empleador es incondicionado y, prácticamente, ilimitado
- Deber adoptar medidas de protección necesarias, cualesquiera que ellas fueran
- Deber de protección más allá de disposiciones reglamentarias, que son incapaces de prever todas las situaciones de riesgo del proceso productivo
- No se puede relativizar el deber de seguridad en tiempos de pandemia

SSTS, 8 de octubre de 2001 (rec. 4403/00), 30 de junio de 2010 (rec. 4123/08), y 11 de diciembre de 2018 (rec. 1653/2016), STSJ País Vasco, 3 de junio de 2020 (rec. 14/2020), STSJUE *Nobel Plastiques Ibérica*, C-397/18

EJERCICIO Y DINÁMICA: PERSPECTIVA REALISTA (*decisionismo*)

- Imprevisibilidad e inevitabilidad
- Fuerza mayor
- Centralización de compras o ausencia de existencias
- Obligación de imposible cumplimiento 1184 CC

Auto TS, 25 de marzo de 2020 (rec. 88/2020); Auto JS nº 34 Madrid, 30 de marzo de 2020; Auto JS nº 8 Santa Cruz de Tenerife, 23 de marzo de 2020

EJERCICIO Y DINÁMICA: síntesis

a) Refuta fundamentos fácticos: SJS nº 1 Teruel 60/2020, 3 de junio

Previsible y evitable: OMS, antecedentes internacionales, informes poderes públicos

b) Refuta fundamentos jurídicos: Auto STSJ Cataluña, 2 de abril de 2020:

"La Sala no ignora la existencia de escasez de estos medios (…) sin embargo, no nos compete resolver sobre la prioridad que las autoridades gubernativas han de dar a la distribución de los equipos de protección, ni sobre los motivos de dicha escasez, sino, una vez más, **nuestra función se limita a garantizar la tutela judicial efectiva de quienes, nombrados como servicios esenciales, tienen por función principal garantizar la seguridad y el ejercicio de los derechos de la población, sin que esa circunstancia implique un deber de sacrificio de sus derechos a la salud y a la protección eficaz en materia de prevención**"

EL COVID-19 COMO RIESGO LABORAL (*stricto sensu)*

- Interpretación **restrictiva dominante**
- Criterio general: riesgo de **salud pública**
- Riesgo laboral: **RD 664/1997**, protección trabajadores contra riesgos relacionados con exposición a agentes biológicos durante el trabajo (anexo I "lista indicativa de actividades")

1. Trabajos en centros de producción de alimentos.
2. Trabajos agrarios.
3. Actividades en las que existe contacto con animales o con productos de origen animal.
4. Trabajos de asistencia sanitaria, comprendidos los desarrollados en servicios de aislamiento y de anatomía patológica.
5. Trabajos en laboratorios clínicos, veterinarios, de diagnóstico y de investigación, con exclusión de los laboratorios de diagnóstico microbiológico.
6. Trabajos en unidades de eliminación de residuos.
7. Trabajos en instalaciones depuradoras de aguas residuales.

EL COVID-19 COMO RIESGO LABORAL (*stricto sensu)*

a) Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-COV-2

b) CT 102/2020 y 103/2020 Inspección de Trabajo y SS

c) EM RDL 26/2020, medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del COVID-19 en transportes y vivienda:

"La habilitación de las Inspección de Trabajo y Seguridad Social en la vigilancia del cumplimiento de las **normas de salud pública** supondrá un importante refuerzo en la tarea de prevención de los contagios en los centros de trabajo mediante una acción inspectora adecuada a las necesidades de una respuesta ágil para controlar la pandemia y un marco jurídico inequívoco en la respuesta a los posibles incumplimientos constatados"

EL COVID-19 COMO RIESGO LABORAL (*stricto sensu)*

Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-COV-2

Tabla 1. Escenarios de riesgo de exposición al coronavirus SARS-CoV-2 en el entorno laboral

EXPOSICIÓN DE RIESGO	EXPOSICIÓN DE BAJO RIESGO	BAJA PROBABILIDAD DE EXPOSICIÓN
Personal sanitario asistencial y no asistencial que atiende a un caso sospechoso o confirmado de COVID-19. Técnicos de transporte sanitario, si hay contacto directo con un caso sospechoso o confirmado de COVID-19 trasladado. Situaciones en las que no se puede evitar un contacto estrecho en el trabajo con un caso sospechoso o confirmado de COVID-19.	Personal sanitario cuya actividad laboral no incluye contacto estrecho con un caso sospechoso o confirmado de COVID-19, por ejemplo: – Acompañantes para traslado. – Celadores, camilleros, trabajadores de limpieza. Personal de laboratorio responsable de las pruebas de diagnóstico virológico. Personal no sanitario que tenga contacto con material sanitario, fómites o desechos posiblemente contaminados. Ayuda a domicilio de contactos asintomáticos.	Trabajadores sin atención directa al público, o a más de 1,5 metros de distancia, o con medidas de protección colectiva que evitan el contacto, por ejemplo: – Personal administrativo. – Técnicos de transporte sanitario con barrera colectiva, sin contacto directo con el paciente. – Conductores de transportes públicos con barrera colectiva. – Personal de seguridad.
REQUERIMIENTOS		
En función de la evaluación específica del riesgo de exposición de cada caso: componentes de EPI de protección biológica y, en ciertas circunstancias, de protección frente a aerosoles y frente a salpicaduras.	En función de la evaluación específica del riesgo de cada caso: componentes de EPI de protección biológica.	**No necesario uso de EPI.** En ciertas situaciones (falta de cooperación de una persona sintomática): – protección respiratoria, – guantes de protección.

EL COVID-19 COMO RIESGO LABORAL *(in extenso)*

Interpretación extensiva

a) RD 664/1997

b) 156.2 e) LGSS

c) Riesgos conexos

EL COVID-19 COMO RIESGO LABORAL *(in extenso)*

A/ Interpretación extensiva vía RD 664/1997

Auto JS nº 41 Madrid, 19 de marzo de 2020 (personal Letrado de Administración de Justicia), **STSJ País Vasco, 3 de junio de 2020** (rec. 14/2020) (*Ertzaintza):*

- Procedimiento de actuación servicios de prevención: recomendación o instrucción cualificada no vinculante (Auto TS 6 de abril de 2020, nº rec. 2/2020)

- RD 664/1997 aplicable a la *Ertzaintza ex*:

  - Art. 3.1 Cc: interpretar normas realidad social en la que se aplican
  - Que la profesión de policía no figure en el Anexo I, no puede considerarse definitiva para la inaplicabilidad de ese RD: anexo I "listado indicativo" y art. 1 no excluye a ningún colectivo de trabajadores

EL COVID-19 COMO RIESGO LABORAL *(in extenso)*

B/ Interpretación extensiva vía art. 156.2 e) LGSS

Art. 5 RDL 6/2020 (modificado por RDL 13/2020):

"Al objeto de proteger la salud pública, se considerarán, con carácter excepcional, situación asimilada a accidente de trabajo, **exclusivamente para la prestación económica** de incapacidad temporal del sistema de Seguridad Social, aquellos periodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras provocados por el virus COVID-19, salvo que se pruebe que el contagio de la enfermedad se ha contraído con causa exclusiva en la realización del trabajo en los términos que señala el artículo 156 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en cuyo caso será calificada como accidente de trabajo"

EL COVID-19 COMO RIESGO LABORAL *(in extenso)*

B/ Interpretación extensiva vía art. 156.2 e) LGSS

Personal centro sanitario y socio-sanitario

- Art. 9 RDL 19/2020. Presunción de AT para el personal que presta servicios en centros sanitarios o socio-sanitarios, y que, en el ejercicio de su profesión, hayan contraído el SARS-CoV2 por haber estado expuesto a ese riesgo durante la prestación de servicios, cuando así se acredite por servicios de prevención (art. 156.2 e) LGSS) (remisión a procedimiento)
- DA 8ª RDL 27/2020, "hasta que las autoridades sanitarias levanten todas las medidas de prevención adoptadas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19" (no convalidada por congreso)
- DA 4ª RDL 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia. Reproduce DA8ª (efectos *ex nunc*; discrepancia *ex tunc*)

EL COVID-19 COMO RIESGO LABORAL *(in extenso)*

B/ Interpretación extensiva vía art. 156.2 e) LGSS

Resto de empleados

- **Cualquier trabajador** que haya sufrido un contagio por COVID-19 y pueda acreditar que la contingencia ha tenido como causa exclusiva el trabajo: AT (art. 156.2 e) LGSS)
- Prueba diabólica: no basta informe servicio de prevención
- Criterio Inspección: *Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-CoV-2* (baja probabilidad de exposición; exposición de bajo riesgo o exposición de riesgo).

EL COVID-19 COMO RIESGO LABORAL *(in extenso)*

C/ Interpretación extensiva: riesgos conexos

Reorganización actividad (art. 7 RDL 21/2020). Varían condiciones: despliegue sistema preventivo:

- ✓ Adoptar medidas de ventilación, limpieza y desinfección
- ✓ Poner a disposición de los trabajadores agua y jabón, o geles
- ✓ Adaptar condiciones de trabajo: ordenación de puestos de trabajo y la organización de los turnos, uso de lugares comunes, garantía distancia de seguridad interpersonal mínima de 1,5 metros entre trabajadores. Cuando ello no sea posible, deberá proporcionarse equipos de protección adecuados
- ✓ Adoptar medidas para evitar coincidencia masiva de personas (trabajadores, clientes o usuarios) en centros de trabajo durante las franjas horarias de previsible mayor afluencia
- ✓ Adoptar medidas para la reincorporación progresiva de forma presencial a los puestos de trabajo y la potenciación del uso del teletrabajo cuando por la naturaleza de la actividad laboral sea posible

EL COVID-19 COMO RIESGO LABORAL *(in extenso)*

C/ Interpretación extensiva: riesgos conexos

Riesgos conexos: psicosociales (carga mental: fatiga mental) NTP 575 Factores

CUADRO 5

Comparativa de aspectos que consideran algunos métodos de estudio de las condiciones de trabajo, respecto a la carga mental de trabajo

VARIABLE	METODOS					
	LEST	PERFIL DEL PUESTO	ANACT	EWA	PYMES	FACTORES PSICO SOCIALES
Presión temporal	X	X	X	X	X	X
Esfuerzo de atención (nivel, continuidad)	X	X	X	X	X	X
Complejidad, dificultad de la tarea	X	X				X
Precisión, minuciosidad	X	X				
Cantidad y complejidad de la información					X	X
Elementos del trata miento de la información					X	
Interrupciones					X	
Fatiga percibida						X

EL COVID-19 COMO RIESGO LABORAL *(in extenso)*

C/ Interpretación extensiva: riesgos conexos

Trabajo remoto forzado (¿teletrabajo?):

- Desvinculación del empleado con la organización
- Aislamiento
- Participación
- Sobrededicación por disponibilidad de conexión
- Confusión de rol
- Adicción al trabajo
- Tecnoestrés
- Conflictos personales y familiares

Derecho a la desconexión (art. 88 LOPDGDD y 14 j *bis* EBEP): normas carcasa y normas símbolo

APLICACIÓN PRÁCTICA: EPI

- RD 773/1997
- Sujeto obligado: empleador. Gestión ordinaria: no Estado, sí CCAA
- Obligación: proporcionar, vigilar, mantenimiento, instrucciones y formación
- Excepción en su aplicación (**deslegalización** de facto): *Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-COV-2*
- Derecho titularidad **irrenunciable**. Su efectividad:
    - Perspectiva normativista- ideal: prima la norma y su incumplimiento
    - Perspectiva político-realista: prima razones de incumplimiento

EPI (SANIDAD): VISIÓN NORMATIVA

a) Sanidad: incumplimiento **manifiesto**

b) Objeto: batas impermeables, mascarillas FPP2 y FPP3, gafas de protección y contenedores grandes de residuos

STSJ País Vasco, 837/2020, 1 de julio, Auto JS nº 2 Ciudad Real, 26 de marzo de 2020, Auto JS nº 1 Zamora, 27 de marzo de 2020, Auto JS nº Segovia, 27 de marzo de 2020, Auto JS nº 3 Plasencia, 1 de abril de 2020, Auto TSJ Canarias, 27 de marzo de 2020, SJS nº 1 Huesca, 24 junio

EPI (SANIDAD): VISIÓN REALISTA

Auto TS 25 de marzo de 2020 (rec. 88/2020)

"La Sala es consciente de la emergencia en la que nos encontramos y también de la labor decisiva que para afrontarla están realizando especialmente los **profesionales sanitarios**. **Tampoco desconoce que deben contar con todos los medios necesarios** para que la debida atención a los pacientes que están prestando de **forma abnegada** no pongan en riesgo su propia salud ni la de las personas con las que mantengan contacto y coinciden en que se han de hacer cuantos esfuerzos sean posibles para que cuenten con ello. Sucede, sin embargo, que no consta ninguna actuación contraria a esa exigencia y si son **notorias las manifestaciones de los responsables públicos insistiendo en que se están desplegando toda suerte de iniciativas para satisfacerlas**. En estas circunstancias, como hemos dicho, no hay fundamento que justifique la adopción de las medidas provisionalísimas indicadas"

EPI (SANIDAD): síntesis

Auto JS nº 1 Soria, 1 de abril 2020. Refuta fundamentos fácticos y jurídicos

"Pese a que es también un hecho notorio que en el momento presente resulta difícil adquirir en el mercado los EPIs (…) no se aprecia que lo solicitado cautelarmente resulte de imposible cumplimiento. En primer lugar, porque los efectos solicitados, excepto los específicos de detección de contagio por Covid-19, son **los propios y ordinarios del personal sanitario** conforme a lo dispuesto en el Real Decreto **664/1997** (…) Ello determina que la Gerencia de Asistencia Sanitaria de Soria debería tener provisión de dichos equipos en cantidad suficiente para atender, al menos, las necesidades ordinarias de su personal a medio plazo, así como para atender un eventual incremento de las necesidades por la aparición de brotes epidémicos puntuales. En el caso del Covid-19, además, esta previsión debería haberse incrementado tras la **declaración por la OMS** del brote de nuevo coronavirus 2019 (n-CoV) como Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional (ESPII) el día 30/01/20".

EPI (POLICÍA)

Normativa: Auto TSJ Madrid nº 279/2020, Auto JS nº 1 de Vitoria-Gasteiz 20 de marzo de 2020, Auto STSJ Cataluña, 2 de abril de 2020:

"La Sala no ignora la existencia de escasez de estos medios (…) sin embargo, no nos compete resolver sobre la prioridad que las autoridades gubernativas han de dar a la distribución de los equipos de protección, ni sobre los motivos de dicha escasez, sino, una vez más, nuestra función se limita a garantizar la tutela judicial efectiva de quienes, nombrados como servicios esenciales, tienen por función principal garantizar la seguridad y el ejercicio de los derechos de la población, sin que esa circunstancia implique un deber de sacrificio de sus derechos a la salud y a la protección eficaz en materia de prevención"

Realista: Auto JS nº 34 de Madrid, de 30 de marzo de 2020

El empleador de un trabajador de servicios esenciales es también la sociedad. Es el Estado y en concreto los organismos que gestionan la crisis los que deben proveer cuando vayan recibiendo el material

BREVE REFLEXIÓN FINAL: DESIDERÁTUM

- Inadecuación de la legislación de emergencia: retos globales
- Equiparación ¿real?
- Visión normativa *vs.* realista: el peligro del *decisionismo* judicial
- Re(to)pensando la PRL:
  - Políticas públicas preventivas transversales: innovación social
  - Protección, prevención y precaución
  - De lo formal a lo material
  - De la estética a la ética

Dr. Guillermo García González

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la SS

Universidad Internacional de La Rioja

guillermo.garcia@unir.net

GRACIAS POR LA ATENCIÓN PRESTADA

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 ([1])

Rafael Jiménez Asensio, Consultor Institucional (Estudio Sector Público SLPU)/Catedrático de Universidad (acreditado)
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)[2] 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

---

[1] 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).

[2] 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)

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 dato personas y a la libre circulación de estos datos (RGPD), se dictó precisamente como respuesta normativa dúctil o de adaptación continúa (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 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[3].

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[4], pero se me

[3] 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.

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

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[5], y del también denominado doctrinalmente desde sus primeros pasos como derecho de autodeterminación informativa[6]. 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 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

---

[5] 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.

[6] 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*, Fundacion Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.

Mercader Uguina[7], 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 desaforada 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

[7] 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.

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.)[8] 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 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[9].

---

[8] Jesús Mercader Uguina, "El control de dispositivos digitales …", ob. cit.

[9] 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

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 la saciedad, 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)[10], hasta el punto de que se hubieron de

---

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.

[10] 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.apep.es/video-formacion-abierta-privacidad-empleados/?v=3b0903ff8db1

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 endebles, 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[11], 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"[12]. 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[13], mientras que algunas comunidades autónomas aprobaron disposiciones reglamentarias que regulaban el teletrabajo, aunque algunas de ellas con amparo en habilitaciones legales y otras no[14], mientras

---

[11] 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/

[12] OIT, *Promover el empleo y el trabajo decente en un panorma cambiante,* Conferencia Internacional del Trabajo, 109, 2020, p. 250.

[13] Ver el preámbulo del Real Decreto Ley 29/2020, donde se refleja toda esa evolución.

[14] 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

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 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

---

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.

al menos en algunas tareas administrativas[15]. 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[16].

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.

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

[15] 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 refrozar los mecanismos de transparencia y control.

[16] 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.

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 pleonasmo 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 TREBP, 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 manos 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 vinculo 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[17]. Aunque,

[17] 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

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 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 fijen 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-[18], 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:

[18] 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

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).

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 intepretación 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 escalone 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[19], 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

[19] *Introducción al nuevo marco normativo …,* cit.

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 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 deshilvanar 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[20].

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[21], situación que contrasta con el

---

[20] 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 pleonasmo). Mal está que la política o el periodismo caigan en errore 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.

[21] 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.

escaso interés aún que hasta ahora ha despertado este problema de los derechos digitales de los empleados públicos en la doctrina de Derecho Público[22]. 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 empleado público (un aspecto que ha sido tratado por diferentes autores, entre ellos Arroyo Yanes[23]) 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 genera 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

[22] 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.

[23] "La digitalización de las Administraciones Públicas y su impacto sobre el régimen jurídico de los empleados públicos", *RVOP*, 15, 2018, pp. 82 y ss.

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[24].

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 relaciones laborales y el teletrabajo en plena pandemia[25]. 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

[24] 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.)

[25] "Teletrabajo y control de actividad: propuestas de lege ferenda". *Transforma W*, 29 de junio de 2020.

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[26], 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

[26] Sobre esta cuestión, el trabajo ya citado de Ascensión Moro Cordero, Ascen Moro 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/. 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, julios, 2019, pp. 35 y ss.

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.

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[27], 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 de debe precisar si el tratamiento es idóneo, necesario y su cumple 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

[27] 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.

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 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 de 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 explicite 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 (RDLTT) 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)[28], 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 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

[28] 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.

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 los 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 los 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[29].

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 el empleado 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 mas.

[29] 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 cirterios (infracción de los trabajadores, alcance y grado de intromisión, razones legímias de la intromisión, así como la existencia o no de medidas menos intrusivas). Ver asimismo STSJ Cat 10456/2019.

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 en 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 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"[30], 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

[30] 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.

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.

- 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 empleaos 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[31].

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

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

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 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.

2a sessió

27/10/20

El dret a la desconnexió digital en l'ocupació pública.
Alexandre Pazos Pérez, professor de Dret del Treball i de la Seguretat Social de la Universitat de Vigo.

Reordenació, adaptació i reducció del temps de treball per raons preventives davant de les crisis sanitàries.
Francisco Javier Gómez Abelleira, professor de Dret del Treball i de la Seguretat Social de la Universitat Carlos III de Madrid.

El control del temps de treball dels empleats públics en el treball a distància.
Raquel Poquet Català, professora de Dret del Treball i de la Seguretat Social de la Universitat de València.

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA[1]

ALEXANDRE PAZOS PÉREZ
Profesor Contratado Doctor de
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Vigo
alexpazos@uvigo.es

SUMARIO: I. La digitalización en la Administración Pública. II. El impacto de las nuevas tecnologías en el empleo público desde la perspectiva europea. III. Desconexión digital y empleo público desde la perspectiva nacional. IV. Los acuerdos negociados en el ámbito de la Administración Pública con respecto al derecho a la desconexión digital. V. Conclusiones.

RESUMEN: La era digital y los avances tecnológicos tienen muchas ventajas pero también algunos inconvenientes, ya que se difumina la frontera entre el tiempo de trabajo y el tiempo de descanso. Se aumenta el poder de control del empleador y se corre el riesgo de estar sometido a una desproporcionada permanente conexión que puede conllevar la vulneración de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral, e incluso vulnerar derechos fundamentales de los empleados públicos, como su derecho a la intimidad. Otro riesgo, es la aparición de riesgos psicosociales que pueden afectar a la salud de los empleados públicos. Por todo ello, tanto en Europa como en España, se ha procedido a la regulación normativa del derecho a la desconexión digital, de forma tangencial al derecho a la protección de datos en la LO 3/2018, de 5 de diciembre, reconociendo expresamente el derecho a la desconexión digital, añadiendo una nueva letra j bis) en el artículo 14 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. Su ubicación es importante porque se

[1] Este estudio es uno de los resultados del proyecto de investigación del MINECO DER2017-83844-C4-2-R, *Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo autónomo en la era digital.*

encuentra entre las garantías a favor de sus recursos humanos, uniéndolo así con otros como la adopción de medidas que favorezcan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, a recibir protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, a las vacaciones, descansos, permisos y licencias que alcanzan a todo el personal funcionario al servicio de las entidades listadas en el art. 2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. Se delega en la negociación colectiva su desarrollo, no obstante, sería conveniente acompañarlo de un sistema sancionador eficiente para conseguir garantizar su cumplimiento. Es necesario establecer el medio para ejercer el derecho a la desconexión que se deberá regular por cada Administración Pública en sus normas de gestión de personal, es decir, por medio de convenios y pactos. Por último, es necesario reflexionar sobre las oportunas acciones de formación, concienciación y sensibilización sobre el uso razonable de las herramientas tecnológicas, que la desconexión orienta hacia la tutela de la seguridad y la salud en el trabajo.

PALABRAS CLAVE: Desconexión digital, descanso, empleo público, conciliación, salud.

I. LA DIGITALIZACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Actualmente nos encontramos en la era digital y tenemos acceso a internet, ya sea desde un dispositivo móvil o fijo, posibilitando el trabajo en todo momento y lugar. Todo ello puede generar una disposición del empleado público desproporcionada y conllevar una limitación de su tiempo de descanso y una intromisión en su vida privada[2]. El nuevo contexto digital hace necesario adaptar la normativa a la nueva realidad social, por ello la LO 3/2018, de 5 de diciembre, sobre Protección de Datos Personales y Garantía de Derechos Digitales, incluye una mención expresa a la garantía de los derechos digitales y reconoce de un modo explícito el derecho a la desconexión digital.

No existe una definición legal del concepto de desconexión digital, pero se puede desprender del objeto que ampara como es asegurar fuera del tiempo de trabajo el respeto al descanso, a los permisos y a las vacaciones, salvaguardando su intimidad personal y familiar. Además, se le atribuye una garantía para no poder ser requerido a conectarse a algún dispositivo digital fuera del horario profesional y, en consecuencia, para no poder ser sancionado por no hacerlo.

La figura de la desconexión digital, es un derecho específicamente laboral tanto público como privado que tiene la finalidad de servir de contrapeso frente a la flexibilidad extrema de la jornada laboral propiciada por las tecnologías de la información y la comunicación que pueden generar una conexión permanente o una permanente disposición del funcionario público. Asimismo, el tiempo de trabajo y la limitación de la jornada máxima legal representa uno de los aspectos cruciales de las relaciones de trabajo, por lo que es necesario distinguir entre un tiempo de trabajo efectivo en el que el empleado público[3] está a disposición permanente la Administración Pública sin poder realizar sus ocupaciones personales y un tiempo de descanso en el que se dispensa al empleado público de prestar servicios[4]. El derecho a la desconexión digital es reconocido a los empleados en el sector público a fin de garantizar el bien jurídico tutelado que comprende el respeto de su tiempo de descanso, permisos, vacaciones, así como su intimidad personal

---

[2] Un 64% de empleados afirman que desarrollan trabajo en las horas libres y un 68% confirman que reciben correos electrónicos o llamadas de trabajo fuera del horario laboral. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L y PÉREZ DEL PRADO, D., *Economía digital: su impacto sobre las condiciones de trabajo y empleo*, Fundación para el diálogo social, 2017, pp. 21 y 22.

[3] Como señala el artículo 8 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales y se clasifican en funcionarios de carrera, funcionarios interinos, personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal y personal eventual.

[4] El artículo 24 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948 y el artículo 2 de la Carta Social Europea, de 18 de octubre de 1961, reconocen el derecho al descanso.

y familiar. En este sentido, el derecho a la desconexión digital se puede plantear como una garantía a la conciliación de la vida laboral y personal. La inadecuada gestión y uso de la tecnología permite que la jornada pueda resultar elástica y que ocupe, virtualmente, todo el día e incluso la noche del empleado[5], haciendo que sea cada vez más complicado delimitar la frontera entre el tiempo de trabajo y el tiempo de descanso. Se difuminan los límites entre lo profesional y lo personal, en un estado de persistente "dispersión temporal"[6]. Actualmente, es posible trabajar desde cualquier sitio con conexión a internet, difuminándose las fronteras entre el tiempo de trabajo y el tiempo de descanso, pudiendo producirse la vulneración del derecho al descanso e incluso al derecho a las vacaciones.

El informe del Observatorio de Administración Electrónica sobre el desarrollo de la Administración Electrónica en la Administración General del Estado del año 2018, indica que los servicios públicos digitales se encuentran cada vez más presentes en los trámites administrativos, llegando a utilizar 40% de la población la e-Administración para efectuar la declaración de la renta o presentar solicitudes. La digitalización transforma la forma y manera de trabajar dando lugar a nuevos tiempos de subordinación o dependencia "online".

La era digital permite la comunicación interactiva entre empleadores y empleados con teléfonos móviles inteligentes con aplicaciones como el whatsapp, las tabletas electrónicas y los ordenadores portátiles. Ello puede derivar en un permanente estado de conexión, disponibilidad tecnológica, que puede afectar al estado de salud de los empleados públicos produciendo ansiedad, estrés e incluso depresión. Actualmente, los empleados se encuentran sometidos a una sobreexposición tecnológica que puede terminar convirtiendo al trabajador en el "nuevo esclavo tecnológico del siglo XXI".

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha considerado que el tiempo de disponibilidad es tiempo de trabajo[7]. Esa permanente disponibilidad, motivada por la tecnología, favorece la posibilidad de que se puedan producir intromisiones en los tiempos de descanso y durante los periodos vacacionales. Intromisiones que pueden afectar a la salud de los empleados, incluso aumentando su preocupación ante la posibilidad de no

---

[5] TASCÓN LÓPEZ, R., El derecho de desconexión del trabajador (potencialidades en el ordenamiento español, LA LEY DIGITAL 3170/2018, p. 3.

[6] MARTÍNEZ YAÑEZ, N.M., "Trazando los contornos del tiempo de trabajo y descanso frente a los retos de la economía digital: recientes aportaciones del Tribunal de Justicia", en AA.VV (Dir. MIRANDA BOTO, J.M.), *El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*, Cinca, Madrid, 2018, p. 413.

[7] La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de septiembre de 2003, asunto *Jaeger*, afirma que la presencia física equivale a tiempo de trabajo, aunque sea posible descansar mientras no se solicitan sus servicios durante los periodos de inactividad. También es muy ilustrativa la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de febrero de 2018, asunto *Matzak*, que se refiere al concepto comunitario de "tiempo de trabajo" e indica que no puede restringirse y comprende el de guardia en el propio domicilio (presencia física obligada) con la necesidad de presentarse en el lugar de trabajo en un plazo de ocho minutos (lo que restringe enormemente la posibilidad de realizar actividades personales). El Tribunal concluye que la consideración como tiempo de trabajo de la guardia domiciliaria presencial no obliga a retribuir ese periodo de determinada manera pero sí a computarlo a efectos de las normas limitativas.

contestar los requerimientos empresariales, causándoles un grave perjuicio para su vida laboral y privada[8]. Todo ello puede fomentar la aparición de síndromes de dependencia de la tecnología, su permanente consulta y re-consulta, lo que se conoce con el nombre de tecno-adicción[9], propiciando la aparición de nuevos riesgos profesionales como el "cibercansancio", "acoso institucional", "tecno-fobia", "tecno-filia", "tecno-ansiedad", "esquirolaje tecnológico", "ciber-vigilancia", hasta llegar, al agotamiento emocional y cognitivo, tecno-estrés por sobrecarga de información o el conocido como síndrome de "burn out" o trabajador quemado. Hay que tener en cuenta que un empleado asfixiado y que no ha desconectado debidamente estaría menos motivado y también sería menos productivo[10].

Esa relación entre el derecho a la desconexión digital y el derecho a la salud conlleva que el derecho a la desconexión pueda ser invocado por cualquier empleado público[11]. Asimismo, es indiscutible que una de las finalidades de la limitación de la jornada es la protección de la salud garantizando el derecho al descanso y el derecho a la conciliación de la vida familiar.

Sin embargo, algún sector doctrinal considera que no era necesario ese reconocimiento legal expreso porque la normativa sobre tiempo de trabajo ya garantizaba de manera eficiente el derecho al descanso y por tanto de la desconexión digital[12]. Es decir, consideran que se podría interpretar que de la limitación de la jornada se deduce el derecho a no estar permanentemente disponible y por tanto a poder desconectar[13], porque no sería posible una hipotética obligación permanente de conexión equivalente a una

---

[8] MELLA MÉNDEZ, L., *Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y la salud de los trabajadores*, LA LEY DIGITAL 1902/2016, pp. 2 a 8.

[9] TASCÓN LÓPEZ, R., *El derecho de desconexión del trabajador (potencialidades en el ordenamiento español*, LA LEY DIGITAL 3170/2018, p. 3.

[10] TALÉNS VISCONTI, E.E., *La desconexión digital en el ámbito laboral: un deber empresarial y una nueva oportunidad de cambio para la negociación colectiva*, Revista de Información Laboral, núm. 4/2018 parte Negociación colectiva, p. 3.

[11] CIALTI, P.H., *El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece?*, Temas Laborales, Revista Andaluza de trabajo y bienestar social, núm. 137/2017, p. 177.

[12] BARRIOS BAUDOR, G.L., *El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral español: primeras aproximaciones*, Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 1/2019 parte Estudios, p. 126.

[13] El artículo 24 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 reconoce el "Derecho de toda persona al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo". El artículo 7.d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 reconoce el "disfrute de condiciones de trabajo que aseguren, en especial, el descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo". Asimismo, el Convenio núm. 30 de 1930 de la Organización Internacional del Trabajo señala en su artículo 2 que las horas de trabajo lo son mientras el personal esté a disposición del empleador, con exclusión de los descansos durante los cuales el personal no se halle a la disposición del empleador, indicando en su art. 3 que las horas de trabajo (...) no podrán exceder de cuarenta y ocho por semana y ocho por día". El artículo 31 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE señala que todo "todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a periodos de descanso diarios y semanales" fijando la Directiva 2003/88 la duración semanal de la jornada en 48 horas, incluidas las horas extraordinarias, en promedio anual, con período mínimo de descanso diario de 11 horas entre jornadas, descanso semanal ininterrumpido de 24 horas.

obligación permanente de disponibilidad[14]. En ese sentido, un sector doctrinal afirma que no hubiese sido necesario proceder a la regulación del derecho a la desconexión porque no es un derecho autónomo y diferenciado, sino que es una concreción del derecho al descanso[15].

Sin embargo, otra parte de la doctrina defiende como un importante avance su positivización[16], entendiendo que fuera del horario de trabajo, el trabajador no tiene obligaciones laborales. Como no se puede exigir esa permanente disponibilidad, obviamente no se puede sancionar a ningún empleado público que no responda al correo electrónico o a su teléfono móvil fuera de su horario de trabajo, porque no supone ningún incumplimiento laboral y no puede ser sancionado disciplinariamente[17]. Por lo que se deben impugnar todas las sanciones impuestas en caso de negativa a recibir trabajo fuera de la jornada laboral[18]. Asimismo, el derecho a la desconexión digital es una garantía de efectividad del derecho al descanso y del derecho al debido respeto de la intimidad del empleado[19], que impide que el poder directivo que se despliegue fuera de la jornada. En consecuencia, el empleador no puede controlar ni sancionar la falta de actividad fuera del horario laboral[20].

En la era digital, en relación al poder de control del empleador, es necesario remarcar que los avances en las herramientas tecnológicas facilitan la vigilancia de los empleados mediante programas y softwares[21], e incluso aparecen nuevas formas de control de los empleados como son los sistemas de geolocalización mediante posicionamiento global o GPS[22], o el control biométrico de los empleados mediante huella dactilar[23], retina-

---

[14] VALLECILLO GÁMEZ, M.R., *El derecho a la desconexión: ¿"novedad digital" o esnobismo del "viejo" derecho al descanso?*, Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros), núm. 408, 2017, pp. 167 a 178.
[15] MOLINA NAVARRETE, C., *El tiempo de los derechos en un mundo digital: ¿existe un nuevo derecho humano a la desconexión de los trabajadores fuera de la jornada?*, Revista de la Facultad de Derecho de México, núm. 269 (67), año 2017, pp. 891-919.
[16] ALEMÁN PÁEZ, F., *El derecho a la desconexión digital*, Revista de Trabajo y Derecho, núm. 30, año 2017.
[17] MORENO GONZÁLEZ-ALLER, I., *El derecho de los trabajadores a la desconexión tecnológica*, Revista de Jurisprudencia Lefebvre-El Derecho, núm. 2, versión online (EDC 2018/518248), p. 2.
[18] TODOLÍ SIGNES, A., (2017) *El derecho a la desconexión digital ya existe. Nos venden humo si no se establecen sanciones claras para quien lo vulnere*. https://adriantodoli.com/2017/03/29/el-derecho-a-la-desconexion-digital-ya-existe-nos-venden-humo-si-no-se-establecen-sanciones-claras-para-quien-lo-incumpla/ (consulta 24 de julio de 2019).
[19] STSJ Cataluña 3613/2013, de 23 de mayo.
[20] TASCÓN LÓPEZ, R., *El derecho de desconexión*... op. cit., p. 7.
[21] STSJ del País Vasco, de 29 de septiembre de 2015 (Rec. 1245/2015) y STSJ de Madrid, de 4 de mayo de 2017 (Rec. 304/2017).
[22] Global Positioning System.
[23] El control biométrico de los empleados mediante la huella dactilar no vulnera el derecho a la intimidad de los trabajadores porque no expresa ningún aspecto concreto de la personalidad, porque solo relevan datos relativos a un número de identificación personal. Véase la STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 28 de noviembre de 2016 (Rec. 3933/2016) o la STSJ de Canarias, Sala Contenciosa, de 18 de abril de 2012 (Rec. 357/2009). Aunque hay que tener en cuenta que el empleador debe informar a los trabajadores de la existencia de un registro de datos, derechos de rectificación y cancelación como señala el artículo 5 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, ya que si no lo hace, la Asociación Española de Protección de Datos le puede imponer sanciones (STS de 21 de junio de 2013, Rec. 483/2011).

iris, mano o rostro[24]. Cada vez resulta más necesario delimitar la frontera entre el poder de control y los derechos fundamentales de los empleados públicos, dejando claro que el control debe terminar cuando finaliza la jornada laboral o acaba el tiempo de trabajo, dejando de estar operativo el sistema de control[25]. Además los empleadores deberán informar de forma expresa y previa, clara e inequívoca, a los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, sobre la existencia y características de estos dispositivos[26].

Por otro lado, el horario de un empleado público se debe concretar en la oportuna relación de puestos de trabajo, normalmente con un horario prefijado que requiere la indicación del comienzo y el final de la jornada. Sin embargo, existen muchas posibilidades ante diferentes eventualidades que conllevan turnos de disponibilidad inmediata o de dedicación especial[27], incluso en festivos y en horario nocturno[28].

Llegados a este punto es necesario distinguir entre las horas extraordinarias en el ámbito laboral-privado y en el ámbito del empleo público. Porque en el ámbito laboral se deberá llevar un registro de la jornada y cuando se sobrepase la jornada ordinaria se considerarán horas extraordinarias, siendo el Convenio Colectivo correspondiente el que especifique su cuantía. Sin embargo, en el caso de los funcionarios públicos es necesaria la previa autorización por parte de un superior jerárquico a los efectos de poder realizar las horas extraordinarias[29]. Es necesario motivar las causas[30] de la autorización y en el caso de no tener la oportuna autorización no se generará ningún derecho a gratificación o resarcimiento[31]. También se puede reconocer el derecho mediante fórmulas no monetarias,

---

[24] PURCALLA BONILLA, M.A., *Control tecnológico de la prestación laboral y derecho a la desconexión de los empleados: Notas a propósito de la Ley 3/2018, de 5 de diciembre*, Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 218/2019, Aranzadi, 2019, p. 1. Versión online (BIB 2019/2891).

[25] STSJ de Asturias, de 27 de diciembre de 2017 (Rec. 2241/2017).

[26] Art. 90 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

[27] Art. 4 del Decreto 59/2013, de 5 de septiembre, por el que se regula la jornada, el horario, las vacaciones, los permisos y las licencias del personal funcionario al Servicio de la Administración de la Comunidad de Castilla y León (BOCYL núm. 54, de 18 de marzo) o el art. 3 del Decreto 72/2013, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de jornada, horario, vacaciones y permisos de los funcionarios de la Administración del Principado de Asturias, sus organismos y entes públicos (BOPA núm. 217, de 18 de septiembre).

[28] Art. 5 del Decreto 35/2014, de 1 de agosto, mediante el que se regulan la jornada y los horarios general y especiales del personal funcionario al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears representado en la Mesa Sectorial de Servicios Generales (BOIB núm. 104, de 2 de agosto).

[29] Por ejemplo, el art. 13 de la Ley 3/2012, de 21 de septiembre, de Medidas Fiscales, Administrativas, Laborales y en materia de Hacienda Pública para el reequilibrio económico-financiero de la Junta de Andalucía (BOE núm. 255, de 23 de octubre).

[30] Como acumulación del trabajo o necesidades que demanden una mayor prestación del servicio, ya sean permanentes o coyunturales como señala el art. 2.1 del Decreto 1/2007, de 4 de enero, por el que se regula el régimen de jornada y horario del personal funcionario de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria (BOC, núm. extraordinario 1, de 5 de enero).

[31] Art. 3.3 del Decreto 35/2014, de 1 de agosto, mediante el que se regulan la jornada y los horarios general y especiales el personal funcionario al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears representado en la Mesa Sectorial de Servicios Generales (BOIB núm. 104, de 2 de agosto).

como la reducción del tiempo empleado en los días posteriores más próximos[32]. Con respecto al cumplimiento del tiempo de trabajo por parte de la Administración Pública existen mecanismos de control de la jornada por los responsables del centro, unidad o dependencia, así como por algún órgano fiscalizador independiente, como la "Inspección General de Servicio"[33].

La doctrina del TC[34] y el TS, así como el TJUE[35], ya han hecho referencia al peligro de no limitar correctamente la duración de la jornada o los riesgos psicosociales como la sobrecarga digital que conllevarían las jornadas que superen el máximo legal permitido, dentro de la política de prevención de riesgos laborales.

Por tanto, existe una evidente relación entre la salud y el derecho a la desconexión digital, no siendo suficientes las genéricas previsiones normativas existentes en materia de seguridad y salud en el trabajo que se encuentran reguladas en los el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

II.- EL IMPACTO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL EMPLEO PÚBLICO DESDE LA PERSPECTIVA EUROPEA

Francia ha sido el primer Estado de la Unión Europea en reconocer legalmente el derecho a la desconexión digital. El primer precedente se puede apreciar en el año 2015 con el "Informe Mettling" sobre acuerdos sectoriales o de empresa que han favorecido la desconexión de los trabajadores, explicando algunas medidas e iniciativas que contribuirían a lograr que tal derecho a la desconexión fuera efectivo.

---

[32] De no ser posible esa compensación con períodos de descanso, se abonará una gratificación económica (apartados 2 y 3 del art. 5 del Decreto 349/1996, de 16 de julio, por el que se regulan las diversas formas de prestación del tiempo de trabajo del personal funcionario en la Administración de la Junta de Andalucía (BOJA núm. 86, de 27 de julio).

[33] Art. 7 del Decreto 349/1996, de 16 de julio, por el que se regulan las diversas formas de prestación del tiempo de trabajo del personal funcionario en la Administración de la Junta de Andalucía (BOJA núm. 86, de 27 de julio).

[34] El TC establece que toda conducta y/o práctica empresarial que considere el tiempo libre del trabajador como tiempo vinculado al interés empresarial, es inconstitucional, porque reduce a mero factor de producción la persona del trabajador. Asimismo, considera que el tiempo de descaso es un tiempo de reposición de energías y de esparcimiento propio, por lo tanto, exige, garantías de una libertad de desconexión respecto del tiempo productivo

[35] Como señala la STJUE de 1 de diciembre de 2005 (asunto C-14/2004), el Derecho de la Unión Europea impone que los conceptos de tiempo de trabajo, descanso y trabajo efectivo, deban ser interpretados de manera uniforme en todo el ámbito comunitario, para garantizar la seguridad y salud de los trabajadores.

El Informe sentó las bases para la elaboración del Proyecto de Ley "El Khormi" 2016-1088, de 8 de agosto, que prevé, en el Capítulo II del Título III, la modificación del Código del Trabajo francés. Concretamente, el artículo 25 reconoce el derecho a la desconexión tecnológica y regula las modalidades de su ejercicio. Se resalta la importancia de asegurar el derecho al descanso. También el artículo 55.I.2º L 2016-1088 introduce un nuevo apartado 7 en el artículo L 2242-8 del Código de Trabajo francés, estableciendo "las modalidades del pleno ejercicio por el trabajador de su derecho a la desconexión y la puesta en marcha por la empresa de dispositivos de regulación de la utilización de los dispositivos digitales, a fin de asegurar el respeto del tiempo de descanso y de vacaciones, así como de su vida personal y familiar. A falta de acuerdo, el empleador, previa audiencia del comité de empresa o, en su defecto, de los delegados de personal, elaborará una política de actuación al respecto. Esta política definirá las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y preverá, además, la puesta en marcha de acciones de formación y de sensibilización sobre un uso razonable de los dispositivos digitales, dirigida a los trabajadores, mandos intermedios y dirección". No obstante, sin quitar mérito al primer reconocimiento legal, no se define el contenido del derecho, ni se le atribuyen garantías de eficacia y se delega en la negociación colectiva su desarrollo, tan solo se reconoce la libertad de no responder a los mensajes profesionales fuera de su jornada[36]. Su regulación normativa se hace de forma tangencial bajo el paraguas de los planes de igualdad. La ausencia de un régimen sancionador hace que pierda efectividad el derecho de desconexión, mostrándose más como un desiderátum que como una realidad jurídica acabada y exigible, sin precisar cómo ha de llevarse a cabo tal implantación[37].

Hubiera sido positivo establecer el deber del empresario de respetar el derecho a la desconexión digital y no solo el derecho del empleado para garantizar su ejercicio. Unido a las correspondientes acciones de formación y de sensibilización sobre el correcto uso de la tecnología[38].

También Italia reconoció el derecho a la desconexión digital en la Ley número 81, de 22 de mayo de 2017[39]. Concretamente el art. 19 recoge el derecho de un determinado tipo de trabajadores al respeto a su tiempo de descanso y se ordena acordar la desconexión del empleado de los instrumentos tecnológicos de trabajo que son parte fundamental de la modalidad de "trabajo ágil".

---

[36] PAZOS PÉREZ, A., *El derecho a la desconexión digital en el empleo público*, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 54, 2019.
[37] TASCÓN LÓPEZ, R., El derecho de desconexión… *op. cit.*, p. 4.
[38] CIALTI, P.H., *El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece?*, Temas Laborales, Revista Andaluza de trabajo y bienestar social, núm. 137/2017, pp. 177 a 180.
[39] Gazzetta Ufficiale, núm. 135, de 13 de junio de 2017.

Con respecto a España, el reconocimiento expreso del derecho a la desconexión digital se encuentra en la Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre, sobre Protección de Datos Personales y Garantía de Derechos Digitales. Concretamente se hace referencia a la garantía de los derechos digitales y el derecho de los empleados públicos a exigir el derecho al descanso y la conciliación de la vida familiar y laboral, adquiere relevancia por su novedosa denominación y no tanto por su contenido y alcance[40].

Por otro lado, además de referencias normativas expresas también es necesario destacar el papel de la negociación colectiva, como el artículo 14 del convenio colectivo de AXA SEGUROS (2017-2020), que reconoce el derecho a la desconexión y el derecho de los trabajadores a no responder a los mensajes profesionales fuera de su horario de trabajo.

También hay que destacar, por su precocidad, el Acuerdo de julio del año 2011 de la empresa Volkswagen, en el que se establece que los smartphones se utilizan dentro del horario de trabajo. Su uso fuera de la empresa está sujeto a límites (entre las 18:15 de la tarde y las 7:30 de la mañana, así como durante los fines de semana).

Es muy interesante el Acuerdo Syntec[41] de sector firmado en abril de 2014 sobre duración del tiempo de trabajo que establece la "obligación de desconexión de los sistemas de comunicación a distancia" para asegurar el derecho a un período mínimo de descanso. En el mismo sentido, el Acuerdo de Areva del año 2012 en el que se reconoce el derecho a la desconexión del trabajador, cualquiera que sea su nivel jerárquico, y se prevé su deber de desconectarse de la red y la prohibición de enviar correos fuera de las horas de trabajo. De igual modo, se expresan otras empresas, como el Grupo Thales, que, en su Acuerdo de 4 de febrero del año 2014, establece el derecho a la desconexión para todo trabajador fuera del horario de apertura del centro de trabajo, especialmente durante el tiempo legal de descanso diario y semanal.

Con respectos al reconocimiento de los riesgos psicosociales hay que destacar a la empresa GIE RÉUNICA que reconoció que el trabajo fuera del horario laboral y el uso de las nuevas tecnologías constituyen factores de riesgos psicosociales, procediendo a implantar el 29 de enero de 2014 una medida de control consistente en que el principal servidor de mensajería electrónica de la empresa bloqueaba los mensajes entrantes desde las 20 horas de la tarde a las 7 horas de la mañana del día siguiente, así como el fin de semana (de las 20 horas del viernes a las 7 horas del lunes siguiente). Asimismo, el Acuerdo de la empresa Orange, señala la necesidad "de garantizar la buena utilización de las herramientas digitales

[40] VALLECILLO GÁMEZ, MR., *El derecho a la desconexión: ¿novedad digital o esnobismo del "viejo" derecho al descanso?*, Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF, núm. 408, 2017, pp. 167 y ss.
[41] Acuerdo firmado entre las patronales de tecnología Francesas SYNTEC y CINOV y los sindicatos CFDT y CFE-CGC.

a la vez que preservar la salud en el trabajo para garantizar condiciones y entorno de trabajo respetuosos de todos", afirma que "el respeto de la vida privada y el derecho a la desconexión son considerados fundamentales para proteger a los trabajadores de potenciales prácticas intrusivas de sus superiores y/o de sus compañeros y/o de ellos mismos".

Por último, el Acuerdo del Grupo Daimler-Benz por el que se ha instalado un "asistente de ausencia" que borra los mensajes a los trabajadores durante su permiso, e invita al remitente a ponerse en contacto con otra persona, o a esperar a que vuelva, para enviarle el correo otra vez[42]. Concretamente el sistema se denomina "mail on holiday", por medio del cual los correos enviados a trabajadores que se encuentran de vacaciones son automáticamente redirigidos a otros contactos disponibles dentro de la empresa, evitando así el que lleguen a sus destinatarios durante las fechas en que esos se encuentran de vacaciones, así como la sobrecarga de mensajes que suele seguir a los períodos de vacaciones.

III.- DESCONEXIÓN DIGITAL Y EMPLEO PÚBLICO DESDE LA PERSPECTIVA NACIONAL

Con anterioridad a la publicación de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales[43], el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, no había tenido en cuenta el impacto de la tecnología en el empleo público. Por ello, y ante la necesidad de adaptar el ordenamiento jurídico interno al Reglamento (UE) general de protección de datos, directamente aplicable en España desde el 25 de mayo de 2018, se regula por primera vez el derecho a la desconexión digital. Se pretende garantizar los derechos digitales de la ciudadanía conforme al mandato establecido en el artículo 18.4 de la Constitución. En este sentido, la dependencia o subordinación digital pone de relieve las posibilidades de reforzamiento del poder de control de la Administración Pública y de su ejercicio a través de herramientas

[42] USHAKOVA, T., *De la conciliación a la desconexión tecnológica. Apuntes para el debate*, Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 192/2016 parte Estudios, versión online (BIB 2016/85593), p. 13.
[43] BOE núm. 294, de 6 de diciembre de 2018.

digitales, hecho frente al que han de actuar los derechos fundamentales de los empleados públicos, limitando el uso de la informática para hacer posible el pleno ejercicio de sus derechos[44].

Aunque el artículo 88.1 la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, reconoce a los empleados públicos el derecho a la desconexión digital para garantizar el derecho al descanso, vacaciones y permisos, el sujeto obligado a respetar ese derecho es el empleador público. Asimismo, se puede afirmar que el derecho a la desconexión de los empleados públicos se puede utilizar frente a compañeros o terceros relacionados con la Administración Pública como proveedores, clientes u otras personas, siendo responsable la propia Administración de tomar las medidas oportunas. El derecho a la desconexión se vulnera por cualquier intromisión ilegítima del sujeto obligado a respetarlo. Por lo tanto, la Administración Pública se debe abstener de llevar a cabo cualquier tipo de comunicación profesional[45], directa o indirecta (a través de otros compañeros o terceros) fuera de la jornada y el horario laboral. Además, se requiere la elaboración de una política interna dirigida a la plantilla que definirá las modalidades para el ejercicio del derecho a la desconexión digital y para asegurar su efectividad. Asimismo, esa política interna deberá ir acompañada de acciones adecuadas de formación y sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas con fines laborales, prestando especial atención al trabajo a distancia[46].

Se potencia el derecho a la conciliación entre la vida personal y profesional, remitiendo a la negociación colectiva o, en su caso, al contrato individual, la potestad para regular el alcance y condiciones de ejercicio de este derecho a la desconexión. Siendo una materia a negociar de manera común en las mesas de negociación colectiva conjunta del art. 36.3 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. Derecho a la desconexión que es irrenunciable por los empleados públicos, de contenido extrapatrimonial y que no puede ser sustituido por una gratificación económica, sin perjuicio de la consideración como tiempo de trabajo del tiempo invertido fuera de la jornada utilizando dispositivos digitales que se convertirían en horas extraordinarias. En este sentido, el art. 24 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el

---

[44] CASAS BAAMONDE, M.E., *Tiempo de trabajo: formas de organización flexible del trabajo y derechos de las personas trabajadoras. Control del tiempo de trabajo y tiempo de vida privada*, Lefebvre-El Derecho, Centro de Documentación judicial. Actum Fiscal, núm. 143, 2019, p. 4.

[45] También se debe hacer extensible a las comunicaciones extraprofesionales, por ejemplo en relación con la recepción de mensajes de contenido diverso como pueden ser chistes, fotos, memes, vídeos, comentarios jocosos,…

[46] MEGINO FERNÁNDEZ, D., y LANZADERA ARENCIBIA, E., *El derecho a la desconexión digital: delimitación y análisis. Aplicación práctica en la Administración Pública*, Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas, núm. 18/2020, p. 67.

texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público se refiere a las retribuciones complementarias e indica que la cuantía y estructura de las retribuciones complementarias de los funcionarios se establecerán por las correspondientes leyes de cada Administración Pública, atendiendo a los servicios extraordinarios prestados fuera de la jornada normal de trabajo. Aunque nada impide que, bajo determinadas circunstancias, se establezca un complemento de disponibilidad remunerado cuando sea necesario atender al requerimiento previsto, porque la irrenunciabilidad del derecho no implica la disponibilidad de su ejercicio.

Por otro lado, en el artículo 88.3 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, se contempla la obligación empresarial de elaborar una política interna que, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, si es que existen en la empresa, regule las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y concrete las acciones de formación y sensibilización sobre el uso razonable de las herramientas tecnológicas a efectos de evitar el riesgo de "fatiga informática" y protegiendo la seguridad y la salud del personal frente a los riesgos potenciales frente a los riesgos potenciales de estar conectado fuera del horario laboral, con especial mención a aquellos supuestos en los que el trabajo se desarrolle a distancia. Así mismo, es necesario preservar el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia, así como en el domicilio del empleado. El teletrabajo tiene cada vez más impacto en la función pública, incrementado por la situación de la pandemia del Covid-19. Un empleo público profesional y flexible en la gestión, que se debe adaptar a la coyuntura social y económica. Tanto a nivel estatal como autonómico, aunque el desarrollo del derecho puede resultar dispar, lo que produce inseguridad jurídica y desprotección[47]. Concretamente, el marco normativo se encuentra regulado a nivel internacional por el Convenio 177 de la Organización Internacional del Trabajo de 1966 no ratificado por España. A nivel comunitario por el Acuerdo Marco Europeo sobre teletrabajo de 16 de julio de 2002 y a nivel estatal por el reciente Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia[48]. Es necesario destacar el art. 18 del Real Decreto que se refiere al derecho a la desconexión en el trabajo a distancia, particularmente en el teletrabajo.

Llegados a este punto, es necesario destacar el artículo 47 bis introducido por el artículo 1 del Real Decreto-Ley 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en

[47] QUINTANILLA NAVARRO, R.Y., "El teletrabajo: de la dispersión normativa presente a la necesaria regulación normativa europea y estatal futura", en AA.VV., *En una Organización Internacional del Trabajo (OIT)*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2017, pp. 107-122.
[48] BOE núm. 253, de 23 de septiembre de 2020, de trabajo a distancia.

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[49]. En este nuevo artículo 47 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. Al indicarse que se desarrollará siempre que las necesidades lo permitan, se excluye su extensión universal y se limita su uso cuando sea compatible con la naturaleza de las funciones y las características del puesto de trabajo.

La prestación del servicio mediante teletrabajo habrá de ser expresamente autorizada y será compatible con la modalidad presencial. En todo caso, tendrá carácter voluntario y reversible salvo en supuestos excepcionales debidamente justificados. Se realizará en los términos de las normas que se dicten en desarrollo del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, que serán objeto de negociación colectiva en el ámbito correspondiente y contemplarán criterios objetivos en el acceso a esta modalidad de prestación de servicio. El teletrabajo deberá contribuir a una mejor organización del trabajo a través de la identificación de objetivos y la evaluación de su cumplimiento. El personal que preste sus servicios mediante teletrabajo tendrá los mismos deberes y derechos, individuales y colectivos, recogidos en el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público que el resto del personal que preste sus servicios en modalidad presencial, incluyendo la normativa de prevención de riesgos laborales que resulte aplicable, salvo aquellos que sean inherentes a la realización de la prestación del servicio de manera presencial. Asimismo, la Administración proporcionará y mantendrá a las personas que trabajen en esta modalidad, los medios tecnológicos necesarios para su actividad. Por último, el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se regirá, en materia de teletrabajo, por lo previsto en el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público y por sus normas de desarrollo.

Por otro lado, se indica que 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

[49] BOE de 30 de septiembre de 2020.

normativa legal o convencional aplicables. También se indica la necesidad de elaborar una política interna dirigida a los empleados, incluidos los 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. Acciones de formalización y sensibilización dirigidas a la plantilla, específicas y obligatorias, que cada vez son más importantes[50]

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.

Con respecto a la política interna, hay que destacar que se traduce en protocolos de actuación que se deben ajustar a lo autorregulado colectivamente y en ellos se deben contemplar las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión digital y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas. Sería conveniente que las acciones de formación y sensibilización se enfocasen desde la perspectiva de la protección de la salud y el descanso de los trabajadores[51]. Es necesario proteger la salud de los empleados públicos porque el abuso de los instrumentos tecnológicos puede provocar daños como irritabilidad, insomnio, fatiga ocular, agotamiento mental, dolores de espalda, estrés, ansiedad, depresión…).

Por otro lado, el aumento de los avances tecnológicos que incrementa la conectividad puede provocar una invasión de la esfera privada de los empleados por cuestiones de índole profesional, por ello la necesidad de proteger el derecho a la intimidad. En este sentido, la Disposición Final 13ª de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, introduce un artículo 20 bis en el Estatuto de los Trabajadores, bajo el título Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión, en el que se reconoce el derecho de los trabajadores "a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización". En idéntico sentido, se

[50] CIALTI, P.H., El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece?, Temas Laborales, Revista Andaluza de trabajo y bienestar social, núm. 137/2017, p. 181.
[51] BARRIOS BAUDOR, G., *El derecho a la desconexión digital… op. cit.*, p. 134.

modifica la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, ya que la Disposición Final 14ª de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, añade una nueva letra j bis) en su artículo 14 que reconoce como derecho individual el derecho a la intimidad en el uso de dispositivos digitales puestos a su disposición y frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización, así como a la desconexión digital en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.

En el supuesto de que se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito por los empleados públicos se entenderá cumplido el deber de informar cuando existiese al menos un dispositivo de información, visible, al que se refiere el artículo 22.4 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (tratamiento de datos, responsable, etc.). El art. 47 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público señala que le corresponde a las respectivas Administraciones Públicas el establecimiento de la jornada de trabajo de los funcionarios públicos, respetando los descansos. Por lo tanto, en ningún caso se admitirá la instalación de sistemas de grabación de sonidos ni de videovigilancia en lugares destinados al descanso o esparcimiento de los empleados públicos, tales como vestuarios, aseos, comedores y análogos.

La regulación, en el ámbito de la Administración Pública, no solo es jurídica y de gestión, sino que también se basa en criterios políticos y económicos[52], por lo que coexisten múltiples ordenaciones singularizadas que dispensan un tratamiento específico a algunos colectivos. En este sentido, se concede un importante protagonismo a la autonomía colectiva en la determinación del contenido de estos derechos, encargada de definir garantías adicionales[53]. Asimismo, la libertad para pactar los términos del acuerdo permite una amplia variedad de resultados, siempre y cuando no contravengan la normativa aplicable.

El derecho a la desconexión digital a pesar de ser un derecho específico laboral, público o privado, no aparece recogido de un modo expreso entre los derechos laborales básicos del art. 4 del ET y sí, sin embargo, entre los homologables del precepto número 14 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, un la letra j) *bis*, después del

---

[52] BOLTAINA BOSCH, X., *Función pública. La jornada de trabajo de los empleados de las entidades locales tras la Ley 6/2018, de Presupuestos Generales del Estado (Primera parte)*, La Administración Práctica, núm. 10, pp. 1-6.
[53] BAYLOS GRAU, A., *Los derechos digitales y la negociación colectiva*, La Ley Digital, versión online (La Ley 15588/2018), p. 1.

derecho a la adopción de medidas que favorezcan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

Desde mi punto de vista, considero que todavía se tiene que desarrollar en profundidad el contenido del derecho a la desconexión digital, ya que resulta incompleta su regulación consistente en meros enunciados que precisan de concreción en la práctica y que darán lugar a conflictos que deberán ser precisados por los órganos jurisdiccionales mientras no se delimite su contenido[54].

Si bien es cierto que se reconoce expresamente el derecho a la desconexión digital, sin embargo no se establecen las reglas ni las condiciones precisas para su ejercicio, siendo una norma de "principios" que no regula el desarrollo de su ejercicio ya que se remite su ejercicio a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores. El problema puede surgir en aquellos supuestos en los que no se alcance un pacto expreso, que podría conllevar a su inaplicación[55].

El derecho a la desconexión digital tiene como finalidad potenciar la conciliación de la vida laboral y la vida personal y familiar pero en lugar de regularlo mediante una ley, se remite al posible acuerdo entre empresarios y representantes de los trabajadores, y esto impide que esta prerrogativa se convierta en un verdadero derecho. La delimitación de su contenido queda vinculado a su desarrollo mediante negociación colectiva a través de convenios colectivos, trasladándose la responsabilidad a la negociación que puede o no recoger esta materia según lo estime conveniente. No existe una referencia expresa a su contenido ni a la parte mínima obligatoria, por lo que puede convertirse en una mera declaración de principios que queda supeditada a un pacto entre las partes. Asimismo, es necesario tener en cuenta la ausencia de normas mínimas aplicables en defecto de pacto o la inexistencia de sanciones previstas ante un posible incumplimiento. Además, no se consigue que todos los trabajadores tengan las mismas ventajas básicas, con independencia de la necesidad de adecuar medidas a cada sector. Las medidas deberán congruentes, convenientes o necesarias en relación al tipo de trabajo, siendo irreal pretender una desconexión genérica[56]. Se trata de un derecho abstracto y abierto que no

---

[54] FUERTES LÓPEZ, F.V., *Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales: una aproximación a su exégesis y a sus efectos en el ámbito de las Entidades Locales*, Revista de Derecho Local, Lefebvre-El Derecho, núm. 69, diciembre 2018, p. 12.

[55] MEGINO FERNÁNDEZ, D., y LANZADERA ARENCIBIA, E., El derecho a la desconexión digital: delimitación y análisis. Aplicación práctica en la Administración Pública, Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas, núm. 18/2020, p. 67.

[56] QUÍLEZ MORENO, J.M., *Conciliación laboral en el mundo de las TIC. Desconectando digitalmente*, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 51, 2018, p. 317.

incluye referencias al modo, tiempo y lugar de su ejercicio, inconcreción que puede derivar en no garantizar su cumplimiento en defecto de pacto[57].

Se establece el deber de la Administración Pública de elaborar políticas que regulen el ejercicio del derecho a la desconexión de sus empleados. Por lo tanto, es necesario la adopción de políticas internas ajustadas a la norma en la Administración Pública para garantizar el derecho a la desconexión digital de forma efectiva. Aunque no es especifican qué instrumentos o herramientas han de ser evitadas, pero se puede deducir que se refieren al teléfono móvil-*smartphone*, ordenador,… usado como canal de comunicación con finalidad laboral, buscando la necesaria concienciación sobre la necesaria desconexión[58].

IV.- LOS ACUERDOS NEGOCIADOS EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CON RESPECTO AL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL

Una regulación rígida del derecho a la desconexión digital podría perjudicar a la Administración Pública y a los empleados, por lo que parece adecuada la derivación a la ductilidad de la negociación colectiva y a los acuerdos negociados el desarrollo de su contenido y alcance. Así como las acciones de formación y sensibilización del personal sobre el uso razonable de las herramientas informáticas. Sin embargo, sería interesante establecer la obligación formal de negociar en la norma, como se hizo con los planes de igualdad en la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres[59].

Prácticamente todos los derechos individuales enunciados en el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, son de aplicación indistintamente a los funcionarios y a los contratos laborales, salvo el derecho a la inamovilidad, de aplicación en exclusiva a los funcionarios de carrera[60].

---

[57] IGARTUA MIRÓ, M.T., *El derecho a la desconexión en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*, RTSS. CEF, núm. 42, 2019, p. 66.
[58] BLÁZQUEZ AGUDO, E.M., *Novedades laborales en la nueva Ley orgánica de protección de datos*, La Ley Digital, versión online (La Ley 1050/2019), p. 12.
[59] BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007.
[60] Como indica el art. 1 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público la inamovilidad en la condición de funcionario de carrera es un derecho exclusivo de los funcionarios de carrera que, a su vez, se configura como una garantía funcional cuando expresamente se dice objetividad, profesionalidad e imparcialidad en el servicio garantizados con esa inamovilidad.

El derecho a la desconexión digital se deberá regular por cada Administración Pública en sus normas de gestión de personal, es decir, por medio de convenios y pactos. Es necesario el reconocimiento del derecho a la desconexión digital paralelamente a la aplicación de la administración electrónica. La reforma de la Administración Pública electrónica es una oportunidad para la modernización e innovación de la gestión de los recursos humanos que puede servir para redefinir los derechos de los empleados públicos, implementando la digitalización y el establecimiento de límites al poder de dirección. La digitalización del empleo público tiene soporte legislativo en las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo, y en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que habilitan para la gestión telemática. El Plan de Transformación Digital de la Administración General del Estado (Estrategia TIC 2015-2020) sigue la misma línea que el Plan de Acción sobre Administración Electrónica 2016-2020 de la Unión Europea, de orientar la digitalización hacia la obtención de una mayor eficacia y eficiencia en la gestión y prestación de servicios públicos a los ciudadanos, incrementando la productividad, aumentando la eficiencia de los procesos, mejorando la atención y los tiempos de gestión.

Llegados a este punto es necesario destacar que sólo un tercio de las Administraciones Públicas dispone de personal propio especializado en digitalización y por ello deben recurrir a personal externo o a empresas especializadas en la materia[61]. El motivo de la lentitud en la transformación digital se puede deber a que no se encuentra sometida a la presión de la competencia y que hace la transformación con las variables propias en relación a cada organización administrativa[62]. Es necesario que la Administración diseñe e implemente estrategias digitales que pongan en marcha la inteligencia artificial y el uso de algoritmos, la automatización, la asistencia virtual o el procesamiento de datos. Por tanto, la Administración debe utilizar cada vez más instrumentos tecnológicos y consecuentemente se incrementa el poder de control del empleador. La tecnología facilita el control de la información y del rastro digital de los comportamientos desviados de los empleados públicos en la red, por ejemplo la consulta de páginas web o de redes sociales, que puede conllevar la adopción de medidas disciplinarias[63].

---

[61] El Estudio de Digitalización del Observatorio Vodafone 2018 señala que el 35% de las Administraciones Públicas en España se encuentra en una fase de implementación o mejora de su proceso de digitalización, un 13% en fase de seguimiento, un 10% no valora acometerlo todavía, un 4% se encuentra en una fase inicial y un 3% en una fase de estudio.

[62] BERGER, R., *Informe Transformation digitales dans le secteur publique. Faire converger l´intéret des citoyens et des agents*, marzo, 2017.

[63] MARÍN ALONSO, I., *Digitalización e innovación tecnológica en la Administración Pública: la necesaria redefinición de los derechos de los empleados públicos*, Temas Laborales (Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social), núm. 151/2020, pp. 382-389.

Es necesario implementar el derecho a la desconexión digital y para ello habrá que evaluar la naturaleza entablada entre el empleado y la Administración Pública, por ejemplo si se trata de alta dirección o una relación funcionarial. El derecho a la desconexión digital se puede aplicar de manera muy personal y flexible dependiente del empleado público, ya que no se tiene la obligación de conectarse a la entidad local una vez terminada la jornada, pero tampoco se puede impedir tal conexión[64]. También es importante tener en cuenta el lugar de la prestación de servicios del empleado público y será la negociación colectiva o los acuerdos entre la Administración Pública y los representantes de los empleados públicos los que delimiten las modalidades de ejercicio del derecho y las acciones de sensibilización y formación sobre su ejercicio razonable de las herramientas tecnológicas. Es la Administración Pública la responsable de poner en marcha la política de desconexión digital, previo acuerdo con los representantes de los empleados públicos, por ello es de vital importancia la existencia de acuerdos en la materia. Se deberían establecer políticas de control de las herramientas tecnológicas en el ámbito público, mediante la obligación de negociar entre los representantes de los empleados y la Administración de que se trate, para conseguir una regulación unitaria o igual para todos los empleados públicos[65]. La descentralización territorial de la negociación colectiva en la Administración Pública puede dar lugar a tratamientos muy diferentes, pese a que se podría abordar no solo en las mesas conjuntas de negociación[66] sino también en la Mesa General de Negociación[67].

Es necesario que se concreten en los acuerdos colectivos las medidas específicas que se deben implantar. Las medidas pactadas deberán ser razonables y proporcionales en relación con las necesidades de los empleados públicos y de las necesidades organizativas de la propia Administración Pública.

---

[64] POVEDANO ALONSO, D., *Comentario de urgencia a la Ley Orgánica, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, en su aplicación a las entidades locales*, Actualidad Administrativa, núm. 1, Sección Administración del siglo XXI, Editorial Wolters Kluwer, enero 2019, , p. 5.

[65] LAHERA FORTEZA, J., *El papel de la negociación colectiva en la regulación de los derechos digitales en el empleo público*, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 54, 2019, pp. 311 y ss.

[66] Art. 36.3 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

[67] Art. 34 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

V.- CONCLUSIONES

En la era digital, gracias a la tecnología, es posible desarrollar el trabajo en lugares variados y difuminándose el final de la jornada laboral[68]. Por eso la necesidad de regular expresamente el derecho a la desconexión digital. Concretamente, como indica el artículo 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, se reconoce expresamente el derecho a la desconexión digital de los empleados públicos.

En este contexto, es necesario garantizar el derecho a la desconexión digital y por ello se deben declarar ilegítimas e ilegales todas las medidas que dificulten o sancionen su ejercicio. Incluso se podría considerar que se vulneraría el derecho a la garantía de indemnidad del artículo 24 de la Constitución Española, ya que podría ser una represalia la sanción del ejercicio lícito del derecho a la desconexión de los empleados públicos.

El derecho de desconexión digital constituye un referente puntero en el proceso, necesario e inevitable, de modernización del Derecho. Por tanto era preciso un desarrollo normativo que contemplase el derecho a la desconexión digital, sin embargo no me parece suficiente la mención en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, ya que se refiere a los derechos digitales de una forma tangencial. Dicha referencia se transforma en una declaración de principios que no le hace justicia a su importancia y se delega en la negociación colectiva por lo que todavía deberán ser desarrollados por los convenios colectivos[69]. Desde mi punto de vista, los derechos digitales que han surgido en la era tecnológica, tienen el impacto y entidad suficiente como para justificar la creación de una futura Ley con nombre propio.

Hubiera sido conveniente que la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, hubiese concretado las medidas específicas que debe implementar la Administración Pública, así como un sistema efectivo de control del tiempo de trabajo que permitiera examinar con rigor el tiempo de trabajo empleado por los trabajadores desde los distintos medios electrónicos.

Es necesario regular el uso de esos instrumentos de trabajo digitales, sobre todo referido a los puestos directivos, si se quiere que el derecho a la desconexión llegue a ser efectivo para los empleados públicos en el ámbito de la Administración Pública.

---

[68] USHAKOVA, T., *De la conciliación a la desconexión tecnológica… op. cit.*

[69] El convenio colectivo, por su flexibilidad y adaptación, el instrumento idóneo para ir instaurando paulatinamente en nuestro ordenamiento jurídico el deber empresarial de respetar la desconexión digital.

Hubiera sido conveniente llenar de contenido el derecho a la desconexión digital en la negociación colectivo, estableciendo la obligatoriedad de negociar medidas dirigidas a lograr la efectividad del derecho del empleado público una vez acabada su jornada, diseñando los cauces y medidas mediante los cuales la Administración Pública garantizará el derecho efectivo de descanso y la imposibilidad de utilización de los dispositivos y servidores informáticos fuera de las horas de trabajo, añadiendo las consecuencias que debiera tener la falta de acuerdo.

Por otro lado, es fundamental poner énfasis en la relación existente entre el derecho a la desconexión y la salud de los empleados públicos, valorando correctamente los riesgos psíquicos. Los reconocimientos médicos tradicionalmente van dirigidos a valorar las aptitudes físicas del trabajador (vista, reflejos, oído…), pero deberían abarcar también el análisis de las potenciales dolencias psíquicas como el tecnoestrés, o su opuesto, la tecnoadicción o, incluso, la más amplia adicción al trabajo como es el *workalcoholims* que habitualmente tiene efectos secundarios como la tecnofatiga, la tecnoansiedad o la sobrecarga informativa, que pueden dar lugar a depresiones y derivar en situaciones de incapacidad temporal. Por ello es necesario la concreción material de los aspectos preventivos y los mecanismos de tutela del derecho de intimidad informática y su régimen de responsabilidades como consecuencia de no garantizar la salud de los empleados públicos. En definitiva, sería positivo proceder a evaluar los riesgos psicosociales en los diferentes puestos de trabajo[70], es necesario otorgar un mayor protagonismo a estos riesgos, respetando en todo momento la normativa preventiva y evaluando en qué medida los diferentes puestos están o no sometidos a un exceso de jornada generado por medios digitales[71].

En este contexto, los empleados públicos tienen derecho a que el tiempo de descanso transformado en laboral les sea retribuido como horas extraordinarias o que esa disponibilidad sea considerada como tiempo de trabajo como si fuera una guardia localizable, especialmente cuando conlleva la prestación de servicios[72], aunque sea desde el domicilio del trabajador y fuera de su jornada laboral[73]. Sin perjuicio de que los diversos responsables de áreas y/o departamentos deban de planificar y organizar sus recursos

[70] DAPT (Descripción y Análisis de Puestos de Trabajo). Les corresponde realizarlo a los departamentos de RR.HH., o en su defecto contratar unos servicios externos, aunque sería recomendable que la implicación de la propia empresa.
[71] QUÍLEZ MORENO, J., *Conciliación laboral en el mundo de las TIC. Desconectando digitalmente*, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 51, p. 319.
[72] STJUE de 3 de octubre de 2000, asunto *Simap* y STJUE de 21 de febrero de 2018, asunto *Ville de Nivelles.*
[73] STJUE de 5 de octubre de 2004, asunto *Pfeiffer.*

humanos disponibles para la ejecución de los objetivos asignados y que éstos se realicen dentro de la jornada de trabajo habitual establecida para los diferentes colectivos de personal funcionario y laboral, con carácter excepcional, en casos de necesidad inaplazable para un buen funcionamiento de los servicios, la prestación de servicios extraordinarios fuera del horario o la jornada habituales de trabajo estará condicionada a la autorización previa y motivada por el responsable respecto de su personal debiendo acreditar y motivar la imposibilidad material de llevar a cabo una determinada prestación o actuación dentro del horario o la jornada habitual. Concretamente en el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público no se prevé la forma de fijar el importe de las horas extraordinarias, porque no existe ese tipo de retribución, siendo lo más parecido las retribuciones complementarias que son las gratificaciones por servicios extraordinarias, fuera de la jornada normal, que en ningún caso podrán ser fijas en su cuantía y periódicas en su devengo[74]. No existe una fórmula para fijar los criterios de su cuantía, ni una limitación de su número al día, mes o año, pues esta materia vendrá condicionada por la limitación del crédito para estas atenciones, que obviamente será para todos los funcionarios que sean requeridos para prestar estos servicios.

Además, hay que tener en cuenta que trabajar en exceso puede producir daños en la salud del trabajador por falta de descanso, por lo que podrá reclamarse la correspondiente indemnización de daños y perjuicios por la vía civil[75].

Existen diferentes soluciones para garantizar el derecho a la desconexión digital como el cierre del servidor de la empresa, y la desconexión automática de los equipos informáticos en los períodos interjornadas[76] y en las vacaciones un sistema, a valorar en cada servicio en concreto en la negociación que se desarrolle, que permita la distribución, en la medida de lo posible, de esas tareas entre los compañeros de igual categoría y cualificación profesional que permanezcan en servicio, para evitar la sobrecarga de tareas a la vuelta de un período vacacional.

Es necesario concienciar sobre una práctica que se encuentra ampliamente asentada, como es la de enviar mensajes a los empleados fuera del horario laboral. Por tanto, el reconocimiento del derecho a la desconexión promueve la toma de conciencia colectiva sobre estos nuevos derechos que surgen en la era digital, aunque ello es claramente insuficiente.

---

[74] Art. 23.3.d) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública.
[75] Artículos 1101 y ss del Código Civil.
[76] Entre la hora de finalización en la tarde de un día laborable y la hora de inicio en el siguiente día laboral, incluyendo, en su caso, el descanso que proceda los días del fin de semana o festivos.

Además del reconocimiento legal y convencional, también es necesario para garantizar su cumplimiento de un efectivo régimen sancionatorio. Aunque la norma no contemple ninguna sanción administrativa, su incumplimiento por parte del empleador podría considerarse una transgresión de las normas relativas al tiempo de trabajo o en materia de prevención de riesgos profesionales, por el que se impone el deber de preservar la seguridad y salud de los empleados. Además, en orden invertido, también se debería proteger el derecho de los empleados a hacer caso omiso al intento de comunicación por parte del empleador, no contestando y no pudiendo ser sancionado por ello. Se podría relacionar incluso con la vulneración de un derecho fundamental como la intimidad o como una posible represalia motivada por la actuación del empleado en ejercicio de su derecho al descanso[77].

En definitiva, la ausencia de un control efectivo en el cumplimiento de estos derechos, constituye un pilar básico y fundamental que debe ser solucionado, así como la imposición de sanciones por parte de la Administración Pública incumplidora y el establecimiento de un régimen de inspección eficiente y eficaz que garantice su cumplimiento.

Es necesario hacer énfasis en el derecho a la desconexión digital como medida de prevención de riesgos laborales y elemento coadyuvante de una verdadera conciliación de la vida laboral y familiar, por lo que se hace necesario efectuar correctamente una oportuna evaluación de riesgos y descripción de puestos de trabajo para saber la posible incidencia de tales efectos perniciosos. Existen medidas reactivas de conciliación como las excedencias o reducciones de jornada a necesidades sobrevenidas, recayendo la responsabilidad sobre la Administración Pública de garantizar su ejercicio íntegro y real. Sin embargo, son infrecuentes las medidas preventivas que enfaticen la conveniencia de propiciar la desconexión digital durante el tiempo de descanso personal[78].

---

[77] MEGINO FERNÁNDEZ, D., y LANZADERA ARENCIBIA, E., *El derecho a la desconexión digital: delimitación y análisis. Aplicación práctica en la Administración Pública*, Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas, núm. 18/2020, p. 70.

[78] Acuerdo de 17 de julio de 2018, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Acuerdo Marco de 13 de julio de 2018, de la Mesa General de Negociación Común del Personal Funcionario, Estatutario y Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, para la mejora de la calidad del empleo público y de las condiciones de trabajo del personal del sector público andaluz (BOJA núm. 140, de 20 de julio).

BIBLIOGRAFÍA

- ALEMÁN PÁEZ, F., *El derecho a la desconexión digital*, Revista de Trabajo y Derecho, núm. 30, año 2017.

- BARRIOS BAUDOR, G.L., *El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral español: primeras aproximaciones*, Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 1/2019 parte Estudios. Edición online (BIB 2018/14719).

- BERGER, R., Informe Transformation digitales dans le secteur publique. Faire converger l´intéret des citoyens et des agents, marzo, 2017.

- BAYLOS GRAU, A., *Los derechos digitales y la negociación colectiva*, La Ley Digital, versión online (La Ley 15588/2018).

- BLÁZQUEZ AGUDO, E.M., *Novedades laborales en la nueva Ley orgánica de protección de datos*, La Ley Digital, versión online (La Ley 1050/2019).

- BOLTAINA BOSCH, X., Función pública. La jornada de trabajo de los empleados de las entidades locales tras la Ley 6/2018, de Presupuestos Generales del Estado (Primera parte), La Administración Práctica, núm. 10.

- CASAS BAAMONDE, M.E., *Tiempo de trabajo: formas de organización flexible del trabajo y derechos de las personas trabajadoras. Control del tiempo de trabajo y tiempo de vida privada*, Lefebvre-El Derecho, Centro de Documentación judicial. Actum Fiscal, núm. 143, 2019.

- CIALTI, P.H., *El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece?*, Temas Laborales, Revista Andaluza de trabajo y bienestar social, núm. 137/2017.

- FUERTES LÓPEZ, F.V., *Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales: una aproximación a su exégesis y a sus efectos en el ámbito de las Entidades Locales*, Revista de Derecho Local, Lefebvre- El Derecho, núm. 69, diciembre 2018.

- IGARTUA MIRÓ, M.T., *El derecho a la desconexión en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*, RTSS. CEF, núm. 42, 2019.

- MARÍN ALONSO, I., Digitalización e innovación tecnológica en la Administración Pública: la necesaria redefinición de los derechos de los empleados públicos, Temas Laborales (Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social), núm. 151/2020.

- MARTÍNEZ YAÑEZ, N.M., "Trazando los contornos del tiempo de trabajo y descanso frente a los retos de la economía digital: recientes aportaciones del Tribunal de Justicia", en AA.VV (Dir. MIRANDA BOTO, J.M.), El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones, Cinca, Madrid, 2018.

- MEGINO FERNÁNDEZ, D., y LANZADERA ARENCIBIA, E., El derecho a la desconexión digital: delimitación y análisis. Aplicación práctica en la Administración Pública, Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas, núm. 18/2020.

- MELLA MÉNDEZ, L., *Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y la salud de los trabajadores*, LA LEY DIGITAL 1902/2016.

- MOLINA NAVARRETE, C., *El tiempo de los derechos en un mundo digital: ¿existe un nuevo derecho humano a la desconexión de los trabajadores fuera de la jornada?*, Revista de la Facultad de Derecho de México, núm. 269 (67), año 2017.

- MORENO GONZÁLEZ-ALLER, I., *El derecho de los trabajadores a la desconexión tecnológica*, Revista de Jurisprudencia Lefebvre-El Derecho, núm. 2, versión online (EDC 2018/518248).

- PAZOS PÉREZ, A., El derecho a la desconexión digital en el empleo público, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 54, 2019.

- POVEDANO ALONSO, D., *Comentario de urgencia a la Ley Orgánica, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, en su aplicación a las entidades locales*, Actualidad Administrativa, núm. 1, Sección Administración del siglo XXI, Editorial Wolters Kluwer, enero 2019,.

- PURCALLA BONILLA, M.A., Control tecnológico de la prestación laboral y derecho a la desconexión de los empleados: Notas a propósito de la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 218/2019, Aranzadi, 2019. Versión online (BIB 2019/2891).

- QUÍLEZ MORENO, J., *Conciliación laboral en el mundo de las TIC. Desconectando digitalmente*, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 51.

- QUÍLEZ MORENO, J. Mª., *La garantía de Derechos Digitales en el ámbito laboral: el nuevo artículo 20 bis del Estatuto de los Trabajadores*, Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 217/2019 parte Estudios, Aranzadi, 2019. Versión online (BIB 2019/1558).

- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L y PÉREZ DEL PRADO, D., *Economía digital: su impacto sobre las condiciones de trabajo y empleo*, Fundación para el diálogo social, 2017.

- TALÉNS VISCONTI, E.E., *La desconexión digital en el ámbito laboral: un deber empresarial y una nueva oportunidad de cambio para la negociación colectiva*, Revista de Información Laboral, núm. 4/2018 parte Negociación colectiva.

- TASCÓN LÓPEZ, R., *El derecho de desconexión del trabajador (potencialidades en el ordenamiento español*, LA LEY DIGITAL 3170/2018.

- TODOLÍ SIGNES, A., (2017) *El derecho a la desconexión digital ya existe. Nos venden humo si no se establecen sanciones claras para quien lo vulnere*. https://adriantodoli.com/2017/03/29/el-derecho-a-la-desconexion-digital-ya-existe-nos-venden-humo-si-no-se-establecen-sanciones-claras-para-quien-lo-incumpla/ (consulta 24 de julio de 2019).

- USHAKOVA, T., *De la conciliación a la desconexión tecnológica. Apuntes para el debate*, Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 192/2016 parte Estudios, versión online (BIB 2016/85593).

- VALLECILLO GÁMEZ, M.R., *El derecho a la desconexión: ¿"novedad digital" o esnobismo del "viejo" derecho al descanso?*, Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros), núm. 408, 2017.

EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN EL EMPLEO PÚBLICO

Alexandre Pazos
Profesor de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad de Vigo
27 octubre 2020

ORIGEN

- A la clase trabajadora le costó años de lucha conseguir la regulación de un tiempo de trabajo cierto y limitado, pero puede cambiar por el uso de las nuevas tecnologías de la comunicación («disponibilidad tecnológica»). El TJUE considera la disponibilidad como tiempo de trabajo.

- El masivo e imparable uso de las nuevas tecnologías móviles, especialmente ordenadores y Smarthphones con aplicaciones como el email o el whatsapp, permiten a cualquier empleado público establecer contacto con el empleador en todo momento, generando estados de ansiedad y estrés (riesgos psicosociales) posibilitando el trabajo en todo momento y lugar (puede generar una disposición del empleado público desproporcionada limitando su descanso).

- Desconexión digital y restricción de la jornada de trabajo como medida de prevención de riesgos laborales (**protección de la salud**) y coadyuvante de una verdadera **conciliación** de la vida laboral y familiar (derecho a la intimidad).

ORIGEN

- La digitalización hace que se pueda trabajar en cualquier tiempo y lugar (ruptura **fronteras tiempo y lugar de trabajo**) sin tiempo para la vida privada y/o el descanso.

- Conflicto, entre un tiempo -**productivo**- (disposición permanente de su empleador sin poder realizar ocupaciones personales) y otro -**descanso**- (dispensa de prestar servicios), dando lugar a nuevos tiempos de subordinación ("**dependencia online**“) fuera de la jornada laboral.

- El nuevo contexto digital hace necesario adaptar la normativa a la nueva realidad social, por ello la LO 3/2018, de 5 de diciembre, sobre Protección de Datos Personales y Garantía de Derechos Digitales, incluye una mención expresa a la garantía de los derechos digitales y reconoce de un modo explícito el derecho a la **desconexión digital**.

Los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar.

Las modalidades de ejercicio de este derecho atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y se sujetarán a lo establecido en la **negociación colectiva** o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

El empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, elaborará una política interna dirigida a los trabajadores, incluidos los 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 del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas.

REGULACIÓN

- Parte de la doctrina considera que no es necesario un reconocimiento normativo expreso. Suficiente con la **normativa general** sobre tiempo de trabajo (Directiva 2003/88/CE y normativa nacional- LPRL, ET-límites de la jornada) que ampara la no obligatoriedad de la permanente conexión o disponibilidad.

- Ninguna medida de control, ni mucho menos de sanción, podría adoptar la Administración Pública en relación a una eventual falta de actividad en esos momentos extramuros de la jornada laboral fijada.

- ALARCÓN CARACUEL: No regular la jornada máxima implicaría la propia muerte del derecho del trabajo.

- Avance su positivación: necesidad de adaptación de la normativa a la realidad social: LOPD reconoce el derecho a la <u>desconexión digital.</u>

REGULACIÓN

- No existe una **definición** legal del concepto de desconexión digital, pero se puede desprender del objeto que ampara como es asegurar fuera del tiempo de trabajo el respeto al descanso, a los permisos y a las vacaciones, salvaguardando su intimidad personal y familiar.

- La desconexión sirve de **contrapeso** frente a la flexibilidad laboral por las TICS. Art. 8 EBEP: son **empleados públicos** quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales y se clasifican en funcionarios de carrera, funcionarios interinos, personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal y personal eventual. El derecho a la desconexión puede ser invocado por cualquier empleado público.

- LOPD y el RD 8/2019, 8 marzo: se "garantizará el **registro** diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora".

- RD Ley 28/2020, 22 septiembre, **trabajo a distancia** (art.18: garantiza el derecho a la desconexión digital fuera del horario limitando el uso de los medios tecnológicos-política interna que evite la fatiga informática).

- **Acuerdo Marco Europeo sobre la digitalización del trabajo** (23/6/2020): adoptar medidas de formación y sensibilización sobre los riesgos de la digitalización y evaluar la carga de trabajo.

DISPOSICIÓN FINAL 14 LOPD

- Añade una **nueva letra j bis) en el art. 14 EBEP**: Los empleados públicos tienen derecho a la intimidad en el uso de dispositivos digitales puestos a su disposición y frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización, así como a la desconexión digital en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.

- Concretamente, con respecto al derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo, se exige que los empleadores informen con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa, a los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de esta medida.

- En el supuesto de que se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito por los empleados públicos se entenderá cumplido el deber de informar cuando existiese al menos un dispositivo de información, visible, al que se refiere el artículo 22.4 de la LOPDP (tratamiento de datos, responsable, etc.)

CONTEXTO

- Cada vez resulta más frecuente que la jornada laboral (entendida como tiempo de trabajo efectivo y disponibilidad) se vaya extendiendo por el uso de dispositivos tecnológicos informáticos, conculcando el derecho al descanso, afectando su estado de **salud**:

- ***Riesgos psicosociales****: tecno-estrés* (sobrecarga del uso de la información recibida)-*síndrome de fatiga informativa* (imposibilidad de seguimiento del ritmo de los ordenadores, sobrecarga en las tareas de búsqueda o pérdida informativa y agotamiento emocional y cognitivo)-«*burn out*» o trabajador quemado, así como su permanente re-consulta (*tecno-adicción*), propicia la aparición de nuevos riesgos profesionales: «*cibercansancio*», o *tecno-fatiga*, «*tecno-fobia*», «*tecno-ansiedad*», «*ciber-vigilancia*» o "*acoso institucional".*
- **Riesgos psíquicos**: Enfermedades mentales y depresivas (suicidio)

Un trabajador asfixiado y que no ha desconectado debidamente estaría menos motivado y sería menos productivo

CONTEXTO EUROPEO

- Corte de Casación **Francesa** (2001): los trabajadores no tienen obligación de instalar instrumentos digitales de trabajo en sus casas y no se puede sancionar cuando no contesten fuera del horario de trabajo. La reforma francesa tuvo su base en el "*Informe Mettling*" (2015)-Proyecto de Ley "El Khormi": Ley 2016-1088, 8/8, Loi Travail (reconocimiento de la desconexión en planes de igualdad)

- Ley **Belga** de 5 de marzo de 2017 sobre el trabajo realizable y gestionable

- Ley **Italiana** 81, de 22 de mayo de 2017 recoge el derecho a la desconexión del empleado de los instrumentos tecnológicos

CONTEXTO EUROPEO-ACUERDOS

- 2012: Acuerdo interno Volkswagen: sistema que desconecta sus servidores de comunicación de los teléfonos móviles profesionales de sus empleados

- 2012: Acuerdo empresa AREVA: no enviarán correos fuera del horario laboral

- 2014: Acuerdo de sector SYNTEC y CINOV: reconoce el derecho a la desconexión y el respeto al descanso

- 2014: DAIMLER: sofware elimina todos los emails recibidos en vacaciones con la respuesta automática «Mail on Holiday» se informaba que el destinatario no estaba disponible y su correo electrónico sería eliminado, sugiriéndose a otra persona de contacto

LOPD-DESCONEXIÓN

- En el momento de la entrada en vigor del **Reglamento** (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, todavía seguía aplicándose la obsoleta LO 15/1999, de 13 de diciembre.

- LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y garantía de los derechos digitales: art.88.1 reconoce a los empleados públicos el derecho a la desconexión digital para evitar la invasión empresarial de su tiempo de descanso, vacaciones y permisos, y de su «intimidad personal y familiar».

- Reconocimiento normativo expreso de un derecho íntimamente vinculado con el derecho al descanso reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 24) y en la Carta Social Europea (art. 2).

LOPD-DESCONEXIÓN

- La Disposición final decimotercera de la LOPD, añade un nuevo párrafo bis en el art. 20.3 ET: «Los trabajadores tienen derecho a la **intimidad** en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la **desconexión** digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales»

- Art. 91 LOPDP: «Los CC podrán establecer **garantías adicionales** de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral». La ley propone que el contenido de la negociación colectiva se concentre en definir «garantías adicionales»

EBEP

Se modifica el EBEP, añadiendo una nueva letra j bis) en su artículo 14 que reconoce como derecho individual el <u>derecho a la intimidad en el uso de dispositivos digitales puestos a su disposición y frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización, así como a la desconexión digital</u> en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.

NEGOCIACIÓN COLECTIVA

- Si el convenio colectivo fuera la herramienta óptima de dar efectividad al derecho de desconexión, sería necesario establecer la **obligación** formal de negociar en la norma (ej. planes de igualdad- LO 3/2007).

- Además, en caso de que la negociación fracasara por no alcanzarse un acuerdo, la norma legal podría acudir supletoriamente a la solución prevista en el precedente francés: que fuera el empleador quien fijara la **política** de desconexión de forma unilateral, pero informando a los representantes de los trabajadores

CONVENIOS COLECTIVOS-PI

- ***AXA SEGUROS*** (2017-2020): “reconoce el derecho de los trabajadores a no responder a los mails o mensajes profesionales fuera de su horario de trabajo".
- ***EUI LIMITED SUCURSAL ESPAÑA*** (2018): “reconoce el derecho a la desconexión digital y/o a cualquier tecnología de comunicación para garantizar el respeto al tiempo de descanso y/o vacaciones. La desconexión digital efectiva, pretende la dedicación necesaria del tiempo personal a nuestro entorno familiar, amistades, y al desarrollo de nuestros intereses personales, que indudablemente protegen la vida privada de nuestros/as trabajadores/as y favorecen la conciliación de la vida personal y familiar.
- ***PLAN DE IGUALDAD REPSOL:*** «Principios del derecho a la desconexión fuera del tiempo de trabajo. En el marco de una adecuada gestión del principio de conciliación de vida privada y vida profesional, la Mesa de Igualdad del Acuerdo Marco analizará en el seno de la empresa esta materia e identificará, en su caso, posibles buenas prácticas y recomendaciones acerca del uso de herramientas digitales de comunicación».
- **VOLKSWAGEN** (bloqueo de acceso a comunicaciones corporativas); **IKEA** (derecho a no responder); **BMW** (derecho a no estar disponible),…

ACUERDO INTERPROFESIONAL CATALUÑA 2018-2020 (DOGC 7/9/18)

PROPUESTA DE CLÁUSULA TIPO:

- Derecho, una vez concluida la jornada laboral, a no atender comunicaciones telefónicas, mensajes o correos electrónicos (matices por sectores y tipos de trabajo).

- En el ámbito de la empresa se podrá elaborar un protocolo.

- Actuaciones de comunicación y sensibilización (plantillas, mandos intermedios, directivos), sobre el protocolo y sobre el uso razonable de las comunicaciones y medios digitales.

ACUERDO SECTOR BANCA (BOE 4/2/2020)

Derecho a no atender, sin sanción alguna ni perjuicio en evaluación o promoción profesional, dispositivos digitales fuera de la jornada de trabajo diaria, ni durante los tiempos de descanso, permisos, licencias o vacaciones.

Excepción: grave riesgo hacia las personas o un potencial perjuicio hacia el negocio, cuya urgencia requiera la adopción de medidas especiales

Programar respuestas automáticas, durante los periodos de ausencia, indicando las fechas en las que no se estará disponible y designando al sustituto

Convocatorias de formación, reuniones, videoconferencias, presentaciones… dentro de la jornada.

JURISPRUDENCIA

- **STSJ Cataluña 24 enero 2020**, reconoce el derecho a la desconexión digital para no "mantenerse en contacto" con la empresa durante la IT y para no ser informada de los "sucesos diarios del trabajo".

- **STSJ Madrid 8 julio 2020**, el tiempo de prestación adicional de servicios en régimen de teletrabajo que se añada sobre la jornada presencial, debe ser considerado tiempo de trabajo y adicionarse al tiempo presencial para calcular la jornada realizada.

- La doctrina del **TC** y el **TS**, así como el **TJUE**, ya han tenido la oportunidad de remarcar la integración, dentro de la política de prevención de riesgos laborales, de los llamados riesgos psicosociales (art. 14 LPRL) exige evaluar y remover todo factor estresante, como sería hoy la sobrecarga digital.

- TC: toda conducta y/o práctica- empresarial -y social- que considere el tiempo libre del trabajador como tiempo vinculado, de una u otra manera, al interés empresarial, es inconstitucional, porque reduce a mero factor de producción la persona del trabajador. el tiempo de descaso es un tiempo de reposición de energías y de esparcimiento propio, por lo tanto, exige, per se, garantías de una libertad de desconexión respecto del tiempo productivo.

INCONVENIENTES

- LOPD se refiere a la desconexión digital de forma tangencial (Ley con nombre propio).

- Declaración de principios: Desiderátum, no realidad jurídica acabada y exigible. Incompleto porque son meros enunciados que precisan de concreción en la práctica y que darán lugar a conflictos que deberán ser precisados por los órganos jurisdiccionales mientras no se delimite su contenido. No se establece el medio para ejercer este derecho que se deberá regular por cada Administración Pública en sus normas de gestión de personal, es decir, por medio de convenios y pactos. Es necesario el reconocimiento del derecho a la desconexión digital paralelamente a la aplicación de la administración electrónica.

- No se precisa cómo ha de llevarse la implantación de sistemas tecnológicos que impidan el acceso a los dispositivos digitales.

- Necesidad de régimen sancionador ante un posible incumplimiento.

SOLUCIONES

- Cierre del servidor de la empresa.

- Desconexión automática de los equipos informáticos en los períodos interjornadas.

- En las vacaciones un sistema, a valorar en cada empresa en concreto en la negociación que se desarrolle, que permita la distribución, en la medida de lo posible, de esas tareas entre los compañeros de igual categoría y cualificación profesional que permanezcan en servicio, para evitar la sobrecarga de tareas a la vuelta de un período vacacional.

- Control del incumplimiento con la consideración de sanción grave o muy grave.

- Evaluar los riesgos psicosociales en los diferentes puestos de trabajo (en qué medida los diferentes puestos están o no sometidos a un exceso de jornada generado por medios digitales). PRL-Conciliación.

CONCLUSIONES

- El derecho de desconexión constituye un referente puntero en el proceso (tan necesario, como inevitable) de modernización del Derecho del Trabajo.

- Concreción de aspectos preventivos, la consideración de los accidentes y enfermedades profesionales, los mecanismos de tutela del derecho de intimidad informática, o el régimen de responsabilidades.

- El reconocimiento médico, dirigido a valorar las aptitudes físicas del trabajador (vista, reflejos, oído…), hace tiempo que ha debido ser reenfocado en el análisis también de las psíquicas, que permitan verificar que se encuentra en perfecto estado (libre de tecno-estrés y ajeno al riesgo de la tecno-adicción) para acometer el cumplimiento de su prestación.

CONCLUSIONES

- Excepción de los teletrabajadores, para permitirles desarrollar su prestación con mayor discrecionalidad horaria

- El trabajador tendría derecho a que tal tiempo de descanso –transformado en laboral– le fuese retribuido como tiempo de trabajo extraordinario y si se trabaja en exceso y se produce cualquier daño en la salud del trabajador por falta de descanso, podrá reclamarse la correspondiente indemnización de daños y perjuicios por la vía civil (arts. 1.101 y ss.)

- Por su vínculo con el derecho a la salud el derecho a la desconexión puede ser invocado por cualquier trabajador, independientemente del tamaño de su empresa

- Modificación Directiva 2003/88/CE

CONCLUSIONES

- Debe ser considerado como una medida preventiva ante un posible riesgo psicosocial para el trabajador, lo que obligará a tener en cuenta los aspectos de control de la jornada efectiva de trabajo y la prolongación de la misma en el momento de evaluar los riesgos de los diferentes puestos de trabajo de la empresa

- Importancia del proceso de implementación a través de la negociación colectiva, a la que se le otorga un papel central y esencial. Necesidad de acompañamiento de medidas específicas que garanticen su ejercicio

- Los derechos digitales, hablando en un sentido más amplio, poseen el peso suficiente como para justificar la creación de una Ley con nombre propio

CONCLUSIONES

- El derecho a la desconexión digital ha sido planteado a nivel europeo por diversas organizaciones sindicales. Al apartado tercero del documento Dialogo Social: Programa de Trabajo 2018-2020: «el derecho a conectarse, el derecho a desconectarse y la cuestión de la protección de datos de los trabajadores deben abordarse conjuntamente a nivel europeo para evitar enfoques diferentes y diferentes formas de reglamentación como ya han comenzado a desarrollarse en algunos Estados miembros».

- Inclusión de esta obligación entre las materias sancionables que permitiría a la Inspección actuar y sancionar en casos de incumplimiento de la normativa. Completar esta regulación con alguna incursión normativa en la LPRL, por la evidente conexión con la salud de los trabajadores.

- El CC, por su flexibilidad y adaptación, es el instrumento idóneo para ir instaurando paulatinamente el deber empresarial de respetar la desconexión digital

CONCLUSIONES

- Establecer la obligación formal de negociar en la norma, como se hizo con los planes de igualdad en la LO 3/2007 de igualdad

- La proclamación del derecho a la desconexión tiene, en todo caso, un alcance simbólico, si bien claramente insuficiente, y el mérito de promover la toma de conciencia colectiva de un uso razonable de las TIC

- Solo mediante la adhesión y el compromiso de los diferentes actores en las empresas se podrá alcanzar la senda por la cual las TIC representen una herramienta de mejora de la calidad de vida en el trabajo y no una nueva herramienta de alienación

- Futura Ley con nombre propio

MUCHAS GRACIAS POR SU ATENCIÓN

alexpazos@uvigo.es

Reordenació, adaptació i reducció del temps de treball per raons preventives davant de les crisis sanitàries.

Francisco Javier Gómez Abelleira
Profesor Titular de Derecho del Trabajo
Universidad Carlos III de Madrid

* * *

La crisis sanitaria provocada por la pandemia de covid-19 está teniendo un enorme impacto en las relaciones laborales. La suspensión de actividad, articulada a través de ERTES, es la cara más visible de este impacto, pero en realidad la pandemia está obligando a llevar a cabo ajustes, adaptaciones y modificaciones en múltiples ámbitos de las relaciones laborales.

Lo que inicialmente pudo verse como una crisis profunda pero pasajera, superable mediante rápidos ajustes y adaptaciones de duración temporal, ha devenido en una crisis más estructural, cuyo término nadie es capaz de pronosticar. Los ajustes por la vía de extinciones y despidos se están produciendo ya, paralelamente a la desaparición de multitud de empresas y si la causa del problema, que es sanitaria, no se elimina o no se reduce o controla sustancialmente, estos ajustes continuarán con seguridad en 2021.

A raíz de la crisis sanitaria, ante nosotros aparece un panorama complejo en el que debe darse respuesta a fenómenos diversos. Estos tres son los más importantes:

(1) las restricciones y limitaciones de actividad decretadas por las autoridades competentes;

(2) la reducción de actividad que resulta de factores tales como la disminución de renta disponible de los hogares, el confinamiento voluntario o forzoso más o menos estricto de miles de personas o la disminución de pedidos empresariales a nivel global;

(3) la necesidad de proteger a trabajadores, clientes y usuarios frente al riesgo específico de contagio de covid-19.

Ante un panorama tan complejo, las líneas de actuación son también diversas, y es imposible que la respuesta que se dé en el ámbito laboral sea suficiente para abordar la totalidad del problema. En esta ponencia, vamos a centrar nuestra atención en los aspectos que atañen al tiempo de trabajo, a su reducción, adaptación y reordenación. Y es que en este contexto nada fácil, la gestión del tiempo de trabajo se ha convertido en una faceta importante de las

respuestas a los problemas causados por la crisis sanitaria. Y ello está siendo así en, al menos, los tres aspectos siguientes:

1) Reducción del tiempo de trabajo.
2) Distribución del tiempo de trabajo.
3) Adaptaciones horarias.

A continuación, abordamos separadamente cada uno de estos tres aspectos.

1. Reducción del tiempo de trabajo

1.1. Reducciones temporales del tiempo de trabajo: ERTES

La reducción del tiempo de trabajo es la respuesta más directa a la paralización y a la caída del volumen de la actividad productiva, en la medida en que se entienda que tales paralización y caída son coyunturales, transitorias o temporales. La reducción del tiempo de trabajo por fuerza mayor o por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción es una medida que, si es de duración temporal, puede articularse por la vía del artículo 47 ET. Este artículo contiene la regulación básica de las suspensiones y reducciones de jornada de duración temporal por las causas referidas, lo que coloquialmente conocemos como ERTES.

Este entendimiento de que la situación es coyuntural o temporal es el que viene sosteniendo el Gobierno desde el ya lejano mes de marzo. Las primeras normas laborales de urgencia dictada después de que el RD 463/2020, de 14 de marzo, diera inicio al **estado de alarma** fueron los **RD-ley 8/2020 y 9/2020**. En el primero se establecen con claridad dos de los tres principios de la regulación de los efectos laborales de las paralizaciones y caídas: (1) preferencia por la continuación de la actividad por medio del teletrabajo, (2) facilitación de ERTES por fuerza mayor y por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción (ETOP). El tercer principio, la llamada prohibición de despidos, se recoge días más tarde en el RD-ley 9/2020: su artículo 2 establece que la fuerza mayor y las causas ETOP en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del RD-ley 8/2020 no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido. La exoneración de cotizaciones a la seguridad social que caracteriza a los ERTES por covid-19 se vincula, asimismo, a un compromiso de mantenimiento de empleo (Disp. Adic. 6ª RD-ley 8/2020) que directamente conecta con ese principio de evitación de despidos.

La premisa sobre la que se asientan los ERTES es la coyunturalidad de la pandemia y de la crisis asociada a ella. Inicialmente, la coyunturalidad estuvo vinculada a la duración del estado de alarma. Los primeros ERTES-Covid, los regulados en los artículos 22 y 23 RD-ley 8/2020 eran tanto ERTES por fuerza mayo como ERTES por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas, aunque sin duda fueron los del primer tipo los más utilizados, tanto por responder mejor a las verdaderas causas que los motivaron, como por el hecho de que solo aquellos llevaban aparejada la exoneración de cotizaciones a la seguridad social.

En mayo de 2020, los agentes sociales y el Gobierno alcanzaron el Acuerdo Social en Defensa del Empleo (**I ASDE**), con el objetivo de facilitar la transición de una situación de repliegue e

hibernación a una situación de restablecimiento gradual y paulatino diferenciado por sectores, colectivos y zonas geográficas. Este I ASDE dio lugar al **RD-ley 18/2020**, de 12 de mayo, del que interesa destacar ahora dos aspectos. Por un lado, la norma da continuidad a los ERTES de fuerza mayor, insistiendo en la coyunturalidad, al limitar su extensión al 30 de junio de 2020. Por otro lado, se crea la figura del ERTE de fuerza mayor parcial, que se aplica desde el momento en el que las causas de fuerza mayor permitan la recuperación parcial de la actividad empresarial. El sistema de exoneración de cotizaciones a la seguridad social que diseña este RD-ley trata de promover esta recuperación de la actividad, al ofrecer una mayor bonificación en las cuotas respecto de los trabajadores desafectados del ERTE frente a los que permanecían en él.

A finales del mes de junio, próxima la fecha de expiración de ERTES del 30 de junio, se alcanza el II Acuerdo en Defensa del Empleo (**II ASDE**), nuevamente entre el Gobierno y los agentes sociales. Su objetivo es modular las medidas extraordinarias y excepcionales, reconociendo la persistencia de los efectos de la crisis sanitaria en el funcionamiento regular de las empresas y su capacidad de prestación íntegra de servicios, el carácter no homogéneo de dicha recuperación y la posibilidad de que puedan restablecerse, con un alcance limitado, ciertas restricciones de actividad por razones sanitarias. El **RD-ley 24/2020** es la norma que da curso a este Acuerdo. Esta norma vuelve a dar continuidad a los ERTES de fuerza mayor, total o parcial, ahora con un nuevo plazo de expiración, que se fija en el 30 de septiembre de 2020. También mantiene un sistema de exoneración de cuotas, que extiende a los ERTES por causas ETOP, aunque menos generoso que el existente hasta la fecha. Esta norma da a luz una nueva figura, la de los ERTE llamados coloquialmente "de rebrote", previstos en su Disposición Adicional 1ª.2 para la situación de aquellas empresas y entidades que, a partir del 1 de julio de 2020, vean impedido el desarrollo de su actividad por la adopción de nuevas restricciones o medidas de contención que así lo impongan en alguno de sus centros de trabajo. En estos casos, estas empresas o entidades podrán beneficiarse, respecto de las personas trabajadoras adscritas y en alta en los códigos de cuenta de cotización de los centros de trabajo afectados, de determinados porcentajes de exención, previa autorización de un expediente de regulación temporal de empleo de fuerza mayor en base a lo previsto en el artículo 47.3 ET.

El episodio más reciente de esta historia es bien conocido. El **Real Decreto-ley 30/2020**, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo, recoge el **III ASDE**. Además de seguir prorrogando hasta el 31 de enero de 2021 los ERTES por fuerza mayor ya aprobados, prórroga que afecta tanto a los ERTES del RD-ley 8/2020 como a los llamados ERTE de rebrote del RD-ley 24/2020, se crean las figuras de los ERTES por impedimento o limitaciones de actividad, de modo que las empresas y entidades de cualquier sector o actividad que vean impedido o limitado el desarrollo de su actividad en alguno de sus centros de trabajo, como consecuencia de nuevas restricciones o medidas de contención sanitaria adoptadas, a partir del 1 de octubre de 2020, por autoridades españolas o extranjeras, podrán beneficiarse, respecto de las personas trabajadoras que tengan sus actividades suspendidas, en los centros afectados, por los periodos y porcentajes de jornada afectados por la suspensión, de determinados porcentajes de exoneración, previa autorización de un expediente de regulación temporal de empleo, en base a lo previsto en el artículo 47.3 del Estatuto de los Trabajadores, cuya duración quedará restringida a la de las nuevas medidas de impedimento, y como máximo hasta 31 de enero de 2021.

Esta premisa de coyunturalidad sobre la que se ha basado el entero edificio de los ERTES y de los sucesivos ASDE se ha ido debilitando con el paso de los meses; en especial ante un horizonte que no permite vislumbrar con la mínima claridad necesaria la superación de las causas sanitarias que originaron paralizaciones y caídas de actividad. De ahí que sea apreciable ya en las estadísticas de extinción de contratos un repunte en los datos de **finalización de contratos temporales** -en España, los primeros que pierden su empleo en todas las crisis son los trabajadores temporales- y de **despidos objetivos**. Así, concretamente, de marzo a septiembre de 2020, el número de trabajadores temporales que acceden al desempleo por fin de contrato es de 776.325, mientras que el número del mismo período del año 2019 fue de 605.137. El incremento es de más del 28 por 100. En cuanto a los despidos objetivos, de marzo a septiembre de 2020, el número es de 87.898, mientras que el correspondiente al mismo período de 2019 es de 72.622. El incremento aquí es de más del 21 por 100. Todos estos datos proceden de la estadística oficial de acceso a prestación contributiva de desempleo, y están disponibles en la web del Ministerio de Trabajo (ALTAS INICIALES DE BENEFICIARIOS DE PRESTACIONES POR DESEMPLEO: Causa del derecho (nivel contributivo)).

Lo anterior no significa, en modo alguno, poner en cuestión la utilidad y éxito de los ERTES y de las sucesivas regulaciones que desde marzo han adaptado la figura contemplada en el artículo 47 ET para proteger el empleo y la actividad empresarial. Por tomar de nuevo el mismo período de marzo a septiembre de 2020, frente a 87.898 despidos objetivos y 12.221 trabajadores afectados por despido colectivo, han sido casi 5 millones los afectados por diversos tipos de ERTES. Lo que sucede es que los ERTES no pueden ser la única respuesta, máxime si la duración de la pandemia se prolonga en el tiempo, sobre todo por el alto coste que supone para las arcas públicas. Por otro lado, hay que cuestionarse la bondad de permanecer largos meses en un ERTE desde la perspectiva del trabajador, con la incertidumbre que ello acarrea y la importante reducción de ingresos que supone para la inmensa mayoría de afectados, al no ver complementada la prestación de desempleo con un abono a cargo de la empresa. Además, uno de los déficits de estos primeros meses de ERTES ha sido el de la formación y reciclaje profesionales, una tarea que empieza a verse como principal y urgente para cientos de miles de trabajadores. En suma, el ERTE es una buena medida si se cumplen las premisas de coyunturalidad y recuperación de la actividad; de otro modo, puede suponer la pérdida de un tiempo valioso para el reciclaje profesional.

Es dudoso, cuando menos, que las alteraciones sociales y económicas que está produciendo la pandemia sean meramente coyunturales. La velocidad de las transformaciones tecnológicas no es lineal, sino exponencial, y la intensa crisis generada por la pandemia no ha hecho más que acelerar esa velocidad. El cambio de paradigma es evidente en el sector del comercio y queda representado por la decisión estratégica de una empresa líder a nivel mundial en este sector: Inditex:

> "*Inditex y los sindicatos han llegado a un principio de acuerdo para fijar las condiciones de la recolocación de los empleados de las* ***tiendas que el grupo textil cerrará*** *durante los próximos meses en España, dentro de un proceso anunciado en junio pasado y en el que planea clausurar entre 1.000 y 1.200 tiendas en todo el mundo, hasta 300 de ellas en el mercado doméstico. CC OO y UGT valoran "positivamente los avances que se están produciendo en la negociación, que van encaminados a cumplir el objetivo que nos*

habíamos propuesto que es el mantenimiento del empleo en este ***proceso de transformación digital de las tiendas****", han indicado en un comunicado*". (Cinco Días, 22 octubre 2020).

No estamos, por tanto, ante una medida de reducción temporal de la actividad, sino ante una auténtica reestructuración del negocio, que va hacia un modelo en el que la digitalización (comercio electrónico, experiencia del usuario en línea, etc.) irá ganando peso en detrimento de los espacios comerciales físicos tradicionales. Podemos pensar en que esta decisión no es cortoplacista, sino que encierra una visión estratégica de largo plazo que debe llevarnos a la reflexión.

Lógicamente, Inditex es una empresa puntera, saneada y de gran tamaño, por lo que no puede decirse que sea exactamente representativa del tejido productivo español en su conjunto. Miles de empresas carecen de esta capacidad de reestructurarse y transformar su negocio sin apenas despidos, por lo que no hay otra salida que encarar colectivamente los desafíos a los que se enfrenta cada sector. En esa tarea, la formación y el reciclaje tendrán un papel protagonista, si no queremos perder el futuro de varias generaciones.

1.2. Reducciones definitivas del tiempo de trabajo

Tema distinto es el que plantea la reducción de jornada que por no ser temporal no puede ser tramitada como ERTE, sino, en su caso, por la vía del artículo 41 ET. Las reducciones definitivas de jornada plantean problemas en varios frentes. Para empezar, la reducción definitiva de jornada no tiene un tratamiento correcto desde la perspectiva de **protección por desempleo**: el trabajador que ve reducida su jornada no se encuentra en situación legal de desempleo, por lo que la reducción de ingresos salariales no se ve compensada con una prestación de desempleo. Ello convierte estas reducciones en medidas de muy difícil aceptación por los trabajadores, al contrario de lo que ocurre con los ERTES.

Por otro lado, técnicamente la reducción de jornada definitiva puede verse como una conversión de contrato, si es que el punto de partida es el de un trabajador a tiempo completo, conversión de contrato a jornada completa en a jornada a tiempo parcial que solo puede hacerse mediando la voluntad conjunta de ambas partes, según dispone el art. 12.4.e) ET: la conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo parcial y viceversa tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo al amparo de lo dispuesto en el artículo 41.1.a) ET. Es cierto que en los últimos años hemos asistido a una serie de pronunciamientos judiciales por parte de la Sala de lo Social del TS que no han clarificado la cuestión, sino más bien todo lo contrario, en especial la STS 14-5-2007 y luego la STS 7-10-2011, serie que parece cuestionarse en la más reciente STS 30-5-2018.

Lo que parece claro, a día de hoy, es que, para trabajadores a tiempo completo, la conversión de su relación laboral a jornada parcial, es difícilmente asumible sin una adecuada protección del desempleo parcial. Descartando modificaciones legislativas en el tema, la empresa pueda compensar esa insuficiencia con indemnizaciones acordadas, por ejemplo, en el marco de un período de consultas de un despido colectivo, con vistas a reducir el número de despidos.

2. Distribución del tiempo de trabajo

La distribución del tiempo de trabajo permite afrontar las paralizaciones y caídas de la actividad sin reducir la jornada anual de trabajo. La figura de la distribución irregular de la jornada irrumpió con fuerza en el contexto de la pandemia por medio del **RD-ley 10/2020**, el cual, en el peor momento de la crisis sanitaria de la primavera de este 2020, reguló un peculiar permiso retribuido recuperable para trabajadores que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19.

Se trata de un **permiso retribuido recuperable**, de carácter obligatorio y limitado en el tiempo entre los días 30 de marzo y 9 de abril (ambos incluidos), para todo el personal laboral por cuenta ajena que preste servicios en empresas o entidades del sector público o privado que, no estando afectadas por la paralización de actividad como consecuencia de la declaración de estado de alarma establecida por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, desarrollen cualquier actividad no esencial. A estos efectos, el citado RD-ley 10/2020 contenía un anexo con las actividades consideradas esenciales. Del permiso retribuido quedaron excluidas las personas con contratos suspendidos (por ERTE, incapacidad temporal, etc.) y las personas en modalidad de trabajo a distancia.

El régimen sustantivo de este permiso implica el mantenimiento de la remuneración (la retribución que les hubiera correspondido de estar prestando servicios con carácter ordinario, incluyendo salario base y complementos salariales) y una recuperación de las horas de trabajo no prestadas durante el mismo. La recuperación de estas horas se ajusta a las siguientes reglas:

1ª. La recuperación se podrá hacer efectiva desde el día siguiente a la finalización del estado de alarma (21 junio 2020) hasta el 31 de diciembre de 2020.

2ª. Esta recuperación deberá negociarse en un periodo de consultas abierto al efecto entre la empresa y la representación legal de las personas trabajadoras, que tendrá una duración máxima de siete días. En caso de no existir representación legal, la comisión representativa para la negociación del periodo de consultas estará integrada por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y con legitimación para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación. La comisión estará conformada por una persona por cada uno de los sindicatos que cumplan dichos requisitos, tomándose las decisiones por las mayorías representativas correspondientes. En caso de no conformarse esta representación, la comisión estará integrada por tres personas trabajadoras de la propia empresa, elegidos conforme a lo recogido en el artículo 41.4 ET. En cualquiera de los supuestos anteriores, la comisión representativa deberá estar constituida en el improrrogable plazo de cinco días.

Durante el periodo de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo. Dicho acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de las personas que integran la representación legal de las personas trabajadoras o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la comisión representativa siempre que, en ambos casos, representen a la mayoría de las personas que se hayan visto afectadas por este permiso extraordinario.

Las partes podrán acordar en cualquier momento la sustitución del periodo de consultas por los procedimientos de mediación o arbitraje previstos en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico a los que hace referencia el artículo 83 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

3ª. El acuerdo que se alcance podrá regular la recuperación de todas o de parte de las horas de trabajo durante el permiso, el preaviso mínimo con que la persona trabajadora debe conocer el día y la hora de la prestación de trabajo resultante, así como el periodo de referencia para la recuperación del tiempo de trabajo no desarrollado. De no alcanzarse acuerdo durante este periodo de consultas, la empresa notificará a las personas trabajadoras y a la comisión representativa, en el plazo de siete días desde la finalización de aquel, la decisión sobre la recuperación de las horas de trabajo no prestadas durante la aplicación del presente permiso.

4ª. En cualquier caso, la recuperación de estas horas no podrá suponer el incumplimiento de los periodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la ley y en el convenio colectivo, el establecimiento de un plazo de preaviso inferior al recogido en el artículo 34.2 ET, ni la superación de la jornada máxima anual prevista en el convenio colectivo que sea de aplicación. Asimismo, deberán ser respetados los derechos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar reconocidos legal y convencionalmente.

Además de la distribución irregular de la jornada propiciada por la implantación obligatoria del permiso retribuido del RD-ley 10/2020 entre los días 30 de marzo a 9 de abril, que es una medida extraordinaria, es evidente que los **mecanismos ordinarios de distribución irregular** siguen vigentes. Sin embargo, pese a la amplitud y generosidad con que el artículo 34.2 ET concibe el mecanismo de distribución irregular de la jornada, permitiendo incluso una compensación de las diferencias por exceso o por defecto entre la jornada realizada y la duración máxima de la misma en el plazo de doce meses desde que se produzcan, lo que permite traspasar la barrera del año natural y, por tanto, realizar una jornada en 2020 inferior a la máxima, con vistas a recuperarla en 2021, lo cierto es que este mecanismo presenta tres insuficiencias importantes: por un lado, si se mantiene la remuneración no obstante las alteraciones de jornada, no ataja el grave problema de liquidez que afecta a miles de empresas, especialmente las más pequeñas, con menos acceso a los mercados de crédito; por otro lado, si se afecta a la remuneración, es el trabajador quien sufre la merma salarial temporalmente, sin compensación mediante el sistema de protección por desempleo; finalmente, la medida tiene sentido cuando existe un horizonte de recuperación de la actividad en los doce meses siguientes a la aplicación de la irregularidad (que en nuestro caso sería a menudo una reducción de horas), lo cual dista de estar claro en estos momentos. Téngase en cuenta, además, que salvo pacto entre la empresa y los representantes de los trabajadores o en convenio colectivo, el límite máximo de distribución irregular es del 10 por 100 de la jornada.

3. Adaptaciones horarias

Las disrupciones de todo tipo que está causando la pandemia están encontrando diversas respuestas, salidas o tratamientos, no solo en la esfera del tiempo de trabajo, sino en otros planos, como el del trabajo a distancia. Esta respuesta del trabajo a distancia puede ser un

buen punto de inicio para analizar posteriormente, con más profundidad, la problemática que plantea la adaptación del tiempo de trabajo en la pandemia.

La regla general es que el **trabajo a distancia** solo puede resultar de un acuerdo entre empresa y trabajador, de manera que ninguna de las partes unilateralmente puede imponer esta modalidad de prestación de servicios. Esta regla está claramente establecida en el artículo 5 del RD-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia. Sin embargo, el art. 5 RD-ley 8/2020 estableció la preferencia por el trabajo a distancia, lo que concreta en la obligación empresarial de establecerá sistemas de organización que permitan mantener la actividad por mecanismos alternativos, particularmente por medio del trabajo a distancia, debiendo la empresa adoptar las medidas oportunas si ello es técnica y razonablemente posible y si el esfuerzo de adaptación necesario resulta proporcionado. Estas medidas alternativas, particularmente el trabajo a distancia, deberán ser prioritarias frente a la cesación temporal o reducción de la actividad. Aunque este artículo estableciendo el carácter preferente del trabajo a distancia dejó de estar en vigor el pasado 21 de septiembre, lo cierto es que una regla similar puede deducirse del RD-ley 21/2020, cuyo artículo 7 establece que, sin perjuicio del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales y del resto de la normativa laboral que resulte de aplicación, el titular de la actividad económica o, en su caso, el director de los centros y entidades, deberá adoptar medidas para la reincorporación progresiva de forma presencial a los puestos de trabajo y la potenciación del uso del teletrabajo cuando por la naturaleza de la actividad laboral sea posible.

Esta palabra "potenciación" es poco clara y deja un amplio margen de ambigüedad. Sin embargo, de la aplicación de los principios de la prevención de riesgos laborales -entre otros, sustituir lo peligroso por lo que entrañe poco o ningún peligro (art. 15.1 f LPRL)- puede derivarse que la imposición del trabajo a distancia, cuando este sea posible, es una medida adecuada de prevención de riesgos laborales, sin necesidad de invocar ningún principio de precaución, dada la evidencia científica ya importante sobre el peligro de contagio por aerosoles en espacios poco ventilados. El trabajo a distancia puede funcionar, por tanto, como "medida de contención sanitaria", en cuyo caso no le resulta de aplicación la nueva norma reguladora del trabajo a distancia (el RD-ley 28/2020), sino que continuará rigiéndose por la normativa laboral ordinaria, aunque con la novedad de que las empresas están obligadas a dotar de los medios, equipos, herramientas y consumibles que exige el desarrollo del trabajo a distancia, así como al mantenimiento que resulte necesario. Más dudosa es la regla sobre la compensación de gastos, ya que se remite a lo que establezca la negociación colectiva.

La misma lógica preventiva es la que puede fundamentar las **adaptaciones horarias**. Durante todos estos meses, las disrupciones provocadas por la pandemia, ya en forma de limitaciones a la actividad, a los aforos, a los horarios de apertura, ya en forma de cuarentenas, equipos burbuja, etc. han afectado la organización horaria de la actividad empresarial. La cuestión fundamental que plantean estas adaptaciones horarias por iniciativa empresarial es cuál es el cauce correcto para su implementación.

La primera respuesta que cabe aventurar es el **artículo 41 ET**. Como se sabe, en este artículo se regulan las **modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo**, presumiéndose, en general, que las que afectan a la distribución de la jornada, al horario o al régimen de trabajo a turnos son, en efecto, modificaciones sustanciales. La aplicación del artículo 41 ET a las

adaptaciones horarias por razones sanitarias es, sin embargo, bastante dudosa. El principal argumento para excluir su aplicación es que las medidas en cuestión no se adoptan por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción stricto sensu, sino que se adoptan por fuerza mayor en muchos casos (limitaciones horarias a la actividad impuestas por las autoridades sanitarias, por ejemplo) y por razones de contención de la pandemia y reducción de riesgo de contagio en muchas otras. Esta causalización conecta más con la prevención de riesgos laborales que con las razones ETOP que describe el artículo 41 ET.

Si se repasa la jurisprudencia sobre alteraciones de las condiciones de trabajo por razones preventivas (alteraciones de las funciones o de los horarios o turnos, etc.), podrá comprobarse que existe una clara tendencia a negar la aplicación del artículo 41 ET en estos contextos preventivos. Se trataría de medidas más ancladas en la normativa de prevención de riesgos laborales que en dicho artículo estatutario.

Quizá es la **STS 18-12-2013** la más conocida o citada en este tema. En ella, la Sala de lo Social del alto tribunal razona que "establecido el plan de prevención, en atención a la previa evaluación, las medidas que en los protocolos de prevención se establecen devienen imperativas para la empresa. Por consiguiente, la ***adopción de una medida prevista, como puede ser el cambio de turnos para evitar el trabajo nocturno mientras persista el riesgo detectado en la evaluación, no constituye una modificación sustancial de condiciones de las que regula el art. 41 ET***, ni exige, por consiguiente, el cumplimiento del procedimiento allí establecido". De este modo, la decisión empresarial de etiología preventiva no sigue el régimen de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo; pero tampoco se aloja en la esfera puramente discrecional del poder de dirección o ius variandi. Así lo expresa la propia sentencia: "la decisión empresarial aquí controvertida no puede estar amparada por el ius variandi".

La referida sentencia parece inclinarse por la no aplicación del artículo 41 ET con base en una argumentación que asocia la "decisión" empresarial al cumplimiento de una "obligación" empresarial. El Tribunal estima que la decisión empresarial "se hallaba justificada en el cumplimiento de una obligación legal de ineludible cumplimiento para la empresa". Entronca así este supuesto con la serie de sentencias en que se rechaza la aplicación del artículo 41 a las modificaciones de condiciones que derivan de puras imposiciones legales: en ellos, la modificación se opera para ajustarse a un mandato normativo. Como expresa con nítida claridad la STS 126/2019 de 19 febrero, "los cambios introducidos en la relación laboral (aunque sean de relevancia) como consecuencia de los **mandatos legales** no han de sujetarse a las disposiciones del artículo 41 ET".

El régimen jurídico de estas decisiones empresariales de cambios horarios o del régimen de turnos debe encontrarse, por tanto, primeramente, en la normativa de **prevención de riesgos laborales**. El cambio deriva de la dinámica de cumplimiento de las obligaciones preventivas, dinámica que tiene sus propios requerimientos, a los que hay que atender de manera primordial. Entre ellos, en especial, el deber de consulta a los trabajadores sobre la organización del trabajo en la empresa en todo lo relacionado con las consecuencias que pudiera tener para la seguridad y la salud de los trabajadores (artículo 33.1 LPRL).

Trasladando estas consideraciones jurisprudenciales al actual escenario de la pandemia de covid-19, puede resultar de interés traer a colación varias sentencias recientes, de este mismo año 2020, dictadas por Tribunales Superiores de Justicia, concretamente los de Madrid, Cataluña y La Rioja.

En la reciente **STSJ Madrid 25-6-2020** (núm. 688/2020), se enjuician varias medidas adoptadas por Zara desde el mes de marzo, que han consistido en cambios de turnos y cambios horarios, con modificaciones sucesivas a lo largo del tiempo en función de las distintas circunstancias del proceso de desescalada. Así, por ejemplo, en determinado momento la empresa decide "la creación de 2 grupos de trabajo rotativos, independientemente de jornada, horario de origen de la persona trabajadora o concreción de jornada por guarda legal. Todas las personas trabajadoras deberán incorporarse a estos turnos y en caso de no poder prestar servicios por cuestiones de conciliación, la empresa expone una serie de medidas de flexibilización".

Para el TSJ Madrid, las decisiones empresariales adoptadas desde el 11 de marzo entran dentro de atribuciones del titular de la actividad laboral legalmente encomendadas. Sus razonamientos son los siguientes:

-En primer lugar, encuentran su cobertura en la **normativa excepcional de la pandemia** reguladora de una situación ciertamente excepcional y perentoria. Se trata, igualmente, del ejercicio adecuado de un poder de dirección y organización con un margen de determinación individual en el que no se ha desconocido el espacio ocupado por otras fuentes normativas pues, ciertamente, se ha contado en todo momento con el comité de empresa a través de un **proceso negociador** en toda regla en el que la parte trabajadora se ha visto igualada en la mesa negociadora a la hora de determinar las medidas a adoptar. El hecho de que no se haya logrado un acuerdo no minimiza la bondad del proceso negociador ni mancha la actuación empresarial, por esta sola circunstancia, de ilegalidad.

-En segundo término, las decisiones empresariales han tratado de conjugar la obligación de adoptar las medidas impuestas por la normativa del estado de alarma con la normativa de **prevención de riesgos laborales** en la que se exige al empresario una **diligencia máxima** así como con la laboral, tarea ciertamente compleja porque implica la construcción de un adecuado y equilibrado entramado de derechos y obligaciones de protección de la salud, de intereses personales, sociales y empresariales, de necesidades productivas y familiares de muy diversa índole en el que se ha dado en todo momento prevalencia a la **preservación de la salud de los trabajadores**.

En consecuencia, el empresario ha de adoptar cuantas medidas sean necesarias para asegurar la protección de la seguridad y salud de los trabajadores, desarrollando una acción permanente adaptando las medidas de protección a las modificaciones que puedan experimentar las circunstancias que inciden en la realización del trabajo. Obviamente, la pandemia COVID 19 es una circunstancia que incide en la realización del trabajo y que obliga a llevar a cabo modificación de las condiciones de trabajo entendiéndose por tal, a tenor del art. 4.7 LPRL, cualquier característica del mismo que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y la salud del trabajador. El citado precepto enumera una serie de características que quedan especialmente incluidas en la definición de "condición de trabajo", para concluir con una cláusula de cierre -apartado d)- en la que se contemplan

"todas aquellas otras características del trabajo, incluidas las relativas a su organización y ordenación, que influyan en la magnitud de los riesgos a que esté expuesto el trabajador". Desde el punto de vista de la Sala, todas las medidas han estado encaminadas a minimizar la magnitud de los riesgos de un posible contagio a que estaban expuestas las personas trabajadoras y preservar su salud. Puede ser que, en ocasiones, **a costa de otros derechos, pero siempre con carácter temporal y en adecuada ponderación**.

-En tercer lugar y en directa relación con lo anterior, no puede desconocerse el carácter reiteradamente recalcado de la **temporalidad de las modificaciones** decididas vinculadas a la propia evolución y correlativa temporalidad del estado de alarma y que en todo momento se han tratado de consensuar. Esta temporalidad de las medidas y las causas de su aplicación nos llevan a concluir que falta el rasgo esencial de la sustancialidad de la modificación y afirmar, en consecuencia, que no nos encontramos en sede del art. 41 ET sino ante una materia concreta, novedosa, que ha merecido una respuesta específica y coyuntural.

En efecto, aunque estemos examinando las instrucciones empresariales amparadas en su poder de organización y dirección de la actividad encaminadas a cumplir su deber de garante de salud desde una perspectiva de afectación colectiva, no podemos obviar ponderar el carácter o naturaleza sustancial de la modificación de condiciones. Desde nuestro punto de vista si no hay cambio en los derechos y obligaciones recíprocas sino alteración temporal (unas semanas) debidamente justificada por la protección de un bien innegable y prioritario como es la salud y la integridad física, en un contexto en el que la sociedad y, es más, el mundo en su conjunto ha sufrido una alteración, no es dable concluir que estemos ante la tradicional categoría jurídica de una modificación sustancial de condiciones de trabajo.

Los casos enjuiciados por el TSJ Cataluña y el de La Rioja no son casos covid-19, pero sí son de interés aquí por su evidente actualidad y por guardar una estrecha analogía con los problemas que plantea la pandemia.

En el caso enjuiciado por la **STSJ Cataluña 25-5-2020** (núm. 1661/2020), se trata de un técnico de transporte sanitario y conductor que venía prestando servicios en la unidad de transporte sanitario urgente realizando una jornada de 12 horas diarias siendo 8 de ellas de trabajo efectivo y 4 horas de presencia. Tras un proceso de IT, el trabajador puso en conocimiento de la empresa que los facultativos médicos consideraban que no era aconsejable prestar servicios durante 12 horas consecutivas así como aquellas actividades que comportaran estrés por urgencia continuada y solicitó un puesto de trabajo compatible con su estado de salud. La empresa adscribió al trabajador al servicio de la unidad de transporte no urgente de 8 horas diarias alegando la necesidad de adaptar su puesto de trabajo a la condición de trabajador especialmente sensible. Como consecuencia de la modificación operada el actor ha pasado de realizar un horario de 6.30 h a 18.30 h (12 horas) en el turno de transporte urgente a realizar un horario de 15.00 h a 23.30 o de 18.30 h a 00.30 h. en el turno de transporte no urgente sin producirse cambio en la remuneración percibida por el mismo. Las vacantes que se han producido en el turno de mañana de transporte no urgentes han sido atribuidas a trabajadores con preferencia por razón de conciliación familiar, cargas familiares o solicitud previa.

Presentada demanda por el trabajador sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo, la Sala confirma la desestimación de la demanda, razonando que el cambio llevado a cabo por

la empresa no obedeció a ninguna necesidad de la misma, sino al **cumplimiento de un deber** que debe cumplir cual es el de **proteger la salud de los trabajadores** y no se ha realizado de una forma arbitraria o discrecional, sino atendiendo a la posibilidad que tenía de reubicar al trabajador, tal como este había solicitado, en otro puesto de trabajo que no comportara una jornada de 12 horas ni servicios urgentes.

Finalmente, el caso resuelto por la **STSJ La Rioja 13-2-2020** (núm. 25/2020) concierne a un conductor de autobús que por razones psicofísicas no mantiene el permiso de conducción y debe ser cambiado a otras funciones. Concretamente, la empresa lo mueve a funciones administrativas básicas.

La valoración que hace la Sala, confirmando la de instancia, es que no nos encontramos puramente ante una modificación del articulo 41 ET, si bien debe señalarse que en todo caso la decisión de la empresa resulta ajustada a derecho, por cuanto que en todo caso debe **cumplir la normativa** existente sobre permisos de conducción, debiendo prevalecer el mantenimiento del empleo, de ahí la recolocación, y sin perjudicar al trabajador por cuanto que el trabajo asignado es compatible con sus circunstancias de salud, a la vista del informe de prevención que le declaró apto con limitaciones, respeta su retribución salarial al introducirle un complemento salarial por la modificación sustancial, sin que el hecho de que pierda cierta retribución por festivos resulte relevante, además de que ya desde enero había desaparecido el plus de disponibilidad como consecuencia de la adaptación de su jornada a sus circunstancias de salud, el horario se adapta igualmente a sus limitaciones, y el hecho de que sea jornada partida y tenga que comer en su casa tampoco puede entenderse como un perjuicio real justificativo de la **acción extintoria** de la relación laboral, que por otro lado desaparece en el momento que, conforme a la jurisprudencia ya indicada, **no estamos ante un modificación del articulo 41 del E.T.**, y máxime en un supuesto en que nos encontramos ante un situación transitoria por cuanto que sería posible que el trabajador recuperara su permiso de conducción tipo D, caso de superar las correspondientes pruebas psicofísicas.

La conclusión que puede extraerse de este repaso jurisprudencial -la fundamental STS 18-12-2013 y las tres sentencias de 2020 que hemos detallado, especialmente la del TSJ Madrid que resuelve un caso específicamente relacionado con la pandemia- es que las medidas adoptadas por las empresas para adaptar horarios, turnos y distribución del tiempo de trabajo en general a las exigencias directamente relacionadas con la pandemia (restricciones de actividad, contención sanitaria, grupos de trabajo estancos, reducción de aforos, etc.) no deben ser calificadas de modificación sustancial de condiciones de trabajo del artículo 41 ET.

Ello implica que ni es de aplicación el procedimiento individual o colectivo regulado en dicho artículo, ni tampoco lo son las consecuencias jurídicas que este precepto contempla; en particular, la facultad de extinción del contrato de trabajo con derecho a indemnización por voluntad del trabajador perjudicado por la modificación.

Esta conclusión puede suscitar alguna inquietud, con razón. Para empezar, las medidas que adoptan las empresas tienen un importante ámbito de discrecionalidad. No es verdad que lo que se dispone legalmente para el ámbito laboral en relación a la pandemia sean meras recomendaciones, dado que lo recomendable y posible es obligatorio en términos preventivos. Pero sí es cierto que el abanico de medidas o respuestas frente a la pandemia es muy amplio.

Si existe esta discrecionalidad, sería recomendable que las medidas no resultaran de la decisión unilateral de la empresa, sino de la **consulta con los representantes de los trabajadores**. No parece, en efecto, que nos encontremos ante una situación tan detalladamente predeterminada desde el campo preventivo como para que no exista un margen de diálogo. Es cierto que cambios en la organización del tiempo de trabajo, afectando a horarios de entrada y de salida o a los turnos, pueden ser considerados adecuados como medidas preventivas. Pero su valoración tiene un grado no despreciable de discrecionalidad, lo que aconseja que el proceso de toma de decisiones incorpore la consulta con los representantes de los trabajadores. Esta discrecionalidad se aprecia en casos como el resuelto por la STSJ La Rioja núm.165/2019 de 12 septiembre, la cual reconoce a la empresa una "libertad organizativa" a fin de determinar, de entre varias opciones razonables, cuál se va a aplicar a una trabajadora cuyo "reconocimiento médico no señala limitaciones de la trabajadora para actividades concretas, cargas de pesos por encima de cierto número, elevación de los brazos por encima de lo horizontal, sino que se limita a señalar que se debe evitar el turno de mañana por ser de mayor carga ergonómica".

Estos procesos de toma de decisiones que están basados en un dictamen médico o técnico de naturaleza preventiva tienen, por tanto, un espacio de discrecionalidad, y es a menudo posible, a la hora de elegir cómo llevarlo a la práctica, contar con varias alternativas razonables. Esto justifica que, cuando se trata de medidas de alcance colectivo, la consulta con los representantes de los trabajadores sea ineludible. Además, el deber de consulta a los trabajadores sobre la organización del trabajo en la empresa en todo lo relacionado con las consecuencias que pudiera tener para la seguridad y la salud de los trabajadores tiene una clara base normativa en el artículo 33.1 LPRL, el cual dispone que el empresario deberá consultar a los trabajadores, con la debida antelación, la adopción de las decisiones relativas a la planificación y la organización del trabajo en la empresa y la introducción de nuevas tecnologías, en todo lo relacionado con las consecuencias que éstas pudieran tener para la seguridad y la salud de los trabajadores, derivadas de la elección de los equipos, la determinación y la adecuación de las condiciones de trabajo y el impacto de los factores ambientales en el trabajo; en general, cualquier acción que pueda tener efectos sustanciales sobre la seguridad y la salud de los trabajadores debe ser materia de consulta.

Más dudoso es aplicar, ante cambios verdaderamente sustanciales que afectan intensamente al trabajador, el **derecho a extinguir el contrato con indemnización de 20 días** por año si el cambio le resulta perjudicial. Si el perjuicio es meramente temporal y tiene que ver con razones de conciliación de la vida laboral, personal y familiar, pueden arbitrarse fórmulas que permitan reconciliar los intereses empresariales con los del trabajador. El Plan Mecuida (art. 6 RD-ley 8/2020, permanecerá vigente hasta el 31 de enero de 2021, según establece la disposición adicional 3 del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre) o las adaptaciones derivadas del artículo 34.8 ET pueden proporcionar una respuesta adecuada.

Reordenació, adaptació i reducció del temps de treball per raons preventives davant de les crisis sanitàries

Barcelona, 27 – 10 – 2020

Francisco Javier Gómez Abelleira
Profesor Titular de Derecho del Trabajo
uc3m | Universidad Carlos III de Madrid

Tiempos excepcionales que ponen a prueba las costuras del sistema de relaciones laborales

Los límites de la coyunturalidad

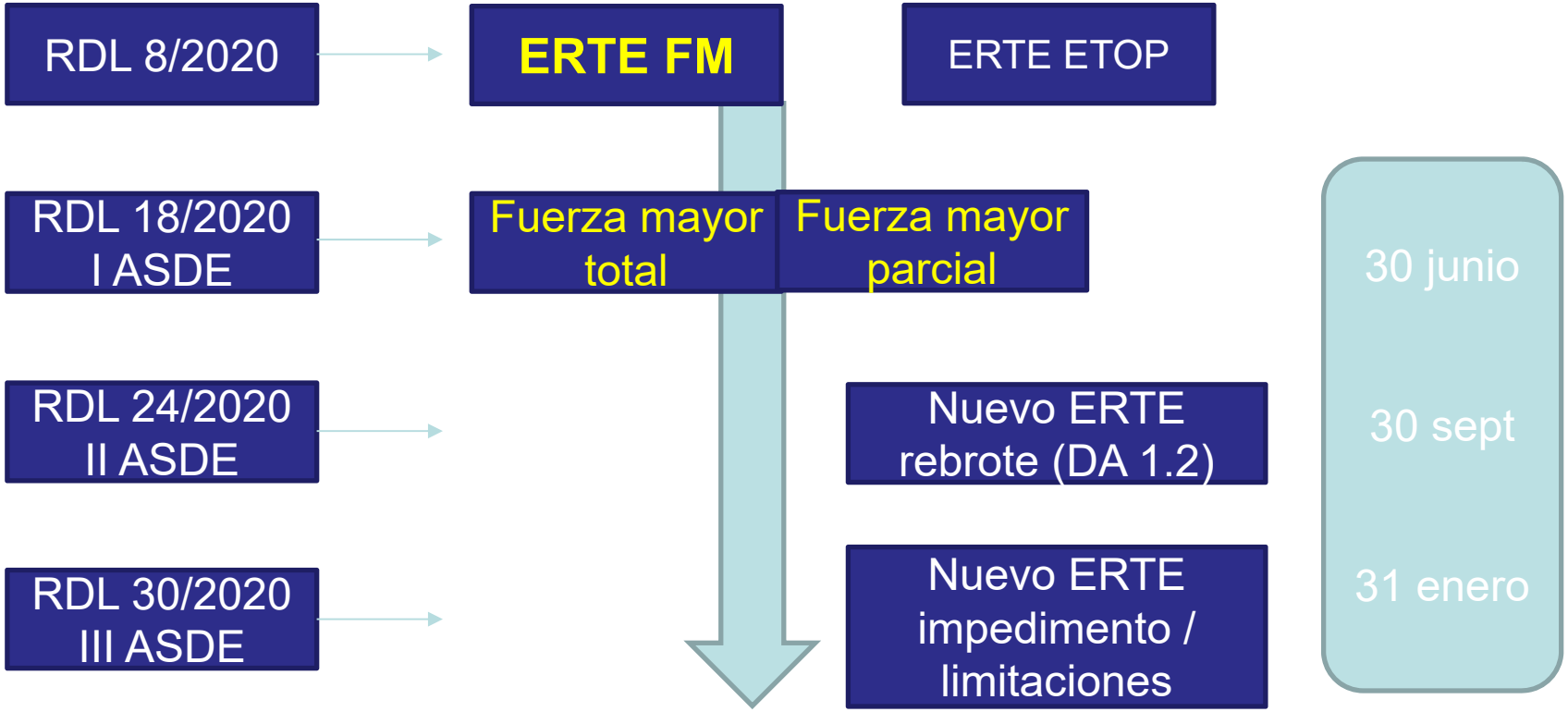
Reordenación, adaptación, reducción

Extinción, despido

Algunos datos

La reducción de jornada a través de ERTE

Los ERTES en la era Covid-19



¿Y tras los ERTES qué?
Digitalización, reconversión…

Reducción permanente de jornada
Arts. 12, 41, 51 ET

Adaptación de jornada mediante distribución irregular

El permiso retribuido obligatorio del RDL 10/2020

Escaso alcance de la distribución irregular ordinaria

Modificaciones horarias, de turnos, etc.

¿Modificación sustancial de condiciones de trabajo?

Razones preventivas
Cumplimiento normativo

Consulta con RLT

¿Derecho del trabajador a extinguir el contrato con indemnización?

Moltes gràcies!

uc3m | Universidad Carlos III de Madrid

EL CONTROL DEL TIEMPO DE TRABAJO DE LOS MPLEADOS PÚBLICOS EN EL TRABAJO A DISTANCIA

Raquel Poquet Catalá
Professora de Dret del Treball i de la Seguretat Social
Universitat de València

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN
2. CONCEPTUACIÓN DEL TELETRABAJO
2.1. Concepto
2.2. Notas configuradoras
3. MARCO JURÍDICO DEL TELETRABAJO
3.1. Antecedentes
3.2. Ámbito laboral
3.3. Ámbito de la Administración Pública
4. LA ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO EN EL TELETRABAJO
5. OBLIGACIÓN LEGAL DE CONTROL DEL TIEMPO DE TRABAJO
5.1. Antecedentes normativos
5.2. Antecedentes judiciales nacionales
5.3. Antecedentes judiciales comunitarios
5.4. Antecedentes normativos en la Administración Pública
6. RÉGIMEN DE CONTROL DEL TIEMPO DE TRABAJO EN EL TELETRABAJO
6.1. Legislación de la Administración Pública
6.2. Regulación normativa en otras Comunidades Autónomas
6.3. Legislación laboral
7. CONCLUSIÓN
8. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

Si el teletrabajo ya constituía una incipiente y, cada vez más creciente, modalidad de prestación de servicios en los últimos años, con la crisis sanitaria causada por la pandemia declarada el pasado 11 de marzo de 2020 por la OMS, se ha precipitado la implementación de esta modalidad de trabajo a distancia. De hecho, el RDL 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, en su art. 5, se refiere al carácter preferente del teletrabajo, previendo que se establecerán sistemas de organización del trabajo que permitan mantener la actividad por mecanismos alternativos, particularmente por medio del trabajo a distancia (teletrabajo), debiendo la empresa o entidad pública adoptar las medidas oportunas si ello es técnica y razonablemente posible y si el esfuerzo de adaptación necesario resulta proporcionado. Esta medida, además, debe ser prioritaria frente al cese temporal o la reducción de la actividad.

Su Exposición de Motivos ya señalaba que "*las recomendaciones de las Autoridades Sanitarias dirigidas a reducir la expansión del COVID-19 han puesto de manifiesto los beneficios de la modalidad del trabajo no presencial, en aquellos puestos en que resulta posible, por su capacidad potencial de reducir la probabilidad de exposición y contagio por COVID-19. Gracias a las herramientas informáticas y digitales, pueden realizarse las tareas laborales diarias desde dispositivos conectados a Internet, incluyendo reuniones online, llamadas «virtuales» vía voz, videoconferencias o envío de documentos internos".*

Asimismo, el RDL 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo, prorroga también el carácter preferente del trabajo a distancia frente a la cesación temporal o reducción de la actividad, que mantendrá su vigencia hasta 3 meses después del fin de la vigencia del estado de alarma. La misma prórroga se establece para la concreción mediante trabajo a distancia del derecho a la adaptación de la jornada por deberes de cuidado por circunstancias excepcionales relacionadas con el COVID-19.

En el ámbito concreto de la Administración Pública, por Resolución de 10 de marzo de 2020, del Secretario de Estado de Política Territorial y Función Pública sobre medidas a adoptar en la Administración General del Estado (AGE) con motivo del COVID-19, se contemplaba el uso del teletrabajo como una de las medidas de frenar la propagación del COVID-19. Expresamente se indicaba que "*en supuestos debidamente justificados se permitirá modalidades no presenciales de trabajo, previa autorización de los titulares de las Subsecretarías de los Departamentos ministeriales con el objetivo de garantizar la prestación de los servicios públicos. En aquellos Departamentos que ya tengan implantada dicha modalidad de prestación del servicio se mantendrán vigentes las condiciones previstas en dicho régimen".*

Y, en términos similares, procedieron las comunidades autónomas y entidades locales respecto a su personal a través de sus propias instrucciones y resoluciones.

La urgencia y precipitación en activar el teletrabajo para sus personas empleadas por parte de las distintas Administraciones (AGE, autonómica y local) en esta situación excepcional no puede ocultar la existencia de serias limitaciones que han dificultado su implantación, tan simple, como que unos departamentos ya tenían implantado el teletrabajo, mientras que otros no, o unos contaban con una alta digitalización de los procedimientos administrativos, mientras que otros no.

De hecho, según un informe de Gartner que recoge una muestra mundial, la situación ocasionada por el COVID-19 ha provocado que un 74% de las empresas haya decidido instaurar de manera permanente el teletrabajo en al menos un 5% de su plantilla una vez terminada la crisis del coronavirus. Y una cuarta parte de las empresas encuestadas pasarán al menos al 20% de sus empleados y empleadas a trabajar en remoto. De cualquier forma, a pesar de esta puesta en marcha, en España, y aunque, según datos de Eurofond, un 30 % de las personas ocupadas ha pasado a prestar sus servicios en la modalidad de teletrabajo, esta cifra se sitúa bastante alejada de la de otros países como Bélgica, Países Bajos o Finlandia donde más de la mitad de las personas trabajadoras han pasado a prestar servicios desde casa. Antes de esta crisis, Países Bajos (14%), Finlandia (13,3%) y Luxemburgo (11%) eran los países europeos con mayor número de personas teletrabajadoras, el triple que en España, que apenas alcanzaba ese exiguo 4%, según datos de Eurostat.

En la Administración General del Estado el porcentaje de personal en activo que prestaba servicios en modalidad no presencial, a fecha de 3 de abril de 2020, según la información proporcionada por la Dirección General de Función Pública fue del 66,80%. El resto del personal estaría dentro de los servicios esenciales (29,39%), cuya prestación se considera imprescindible realizarla de forma presencial (por ejemplo, los funcionarios con destino en los establecimientos penitenciarios) o en aislamiento por motivo del COVID-19 (3,81%).

Como prueba de ello, está el hecho de que el Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regula el permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19, dejó fuera de su ámbito de aplicación con carácter general al personal público, pues su disposición adicional primera señalaba que "*el Ministerio de Política Territorial y Función Pública y los competentes en las comunidades autónomas y entidades locales quedan habilitados para dictar las instrucciones y resoluciones que sean necesarias para regular la prestación de servicios de los empleados públicos incluidos en el ámbito de aplicación del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, con el objeto de mantener el funcionamiento de los servicios públicos que se consideren esenciales*". Por tanto, este permiso retribuido recuperable no fue de aplicación general al personal funcionario, ni al personal laboral de departamentos ministeriales, organismos autónomos, agencias estatales, entes públicos, entidades públicas empresariales y organismos reguladores.

Muestra más de la implantación del teletrabajo en la Administración se puede observar en titulares como "*Cataluña da teletrabajo a todos sus*

funcionarios y les compra 8.000 portátiles" (El Confidencial, 29 de marzo de 2020); o "*El 95% de los funcionarios de la Administración regional [Murcia] trabaja desde su casa" (La Opinión de Murcia, 8* de abril de 2020).

No obstante, ello no debe ser incompatible con que, como indica la exposición de Motivos RDL 8/2019, "*las reglas sobre limitación de la jornada laboral son uno de los elementos que están en el origen del Derecho del Trabajo. Estas reglas se configuran como un elemento de protección de las personas trabajadoras y se aglutinan en torno al establecimiento legal de una jornada máxima de trabajo y su indisponibilidad para las partes del contrato de trabajo, al ser normas de derecho necesario*".

2. CONCEPTUACIÓN DEL TELETRABAJO

2.1. Concepto

Fue en la década de los setenta, en la época de la crisis del petróleo, cuando JACK NILLES (1973), considerado el "padre" del teletrabajo, hizo referencia a uno de los cambios más drásticos en la organización del trabajo, esto es, "enviar el trabajo al trabajador en vez de enviar el trabajador al trabajo". Se trataba de sustituir los desplazamientos al trabajo gracias a la posibilidad de trabajar de forma no presencial que ofrece el desarrollo de las TIC. Con ello, se ponían en duda los dos ejes centrales de la tradicional relación laboral: la relación entre la persona trabajadora y su lugar de trabajo, por una parte, y la caracterización del horario como elemento definitorio del trabajo, por otra. Lógicamente, debe tenerse presente que las TIC de aquel momento, nada tienen que ver con las actuales[1].

En los años 90, la OIT lo definió como "un trabajo efectuado en un lugar donde, apartado de las oficinas centrales o de los talleres de producción, el trabajador no mantiene contacto personal alguno con sus colegas, pero está en condiciones de comunicarse con ellos por medio de las nuevas tecnologías"[2]. Veinte años más tarde, la aproximación de la OIT se simplificó y modernizó, haciendo referencia al "trabajo a distancia (incluido el trabajo a domicilio) efectuado con auxilio de medios de telecomunicación y/o una computadora"[3]. Es decir, para la OIT, el término "trabajo a distancia" no cuenta con una definición propia y remite a "teletrabajo". De este modo, en principio, podría pensarse que tanto "trabajo a distancia", como "teletrabajo" o "trabajo a domicilio" son sinónimos en determinados contextos e intercambiables. Sin embargo, no es así, pues cada uno de ellos posee una parcela propia. El "trabajo a distancia" acentúa el carácter remoto del servicio prestado, el "teletrabajo" pone de relieve el uso de las TIC, y el "trabajo a domicilio" resalta la tarea que se lleva a cabo en la residencia habitual de la persona trabajadora.

Según el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo puede conceptuarse como "una forma de organización y/o de realización del

---

[1] THIBAULT ARANDA, J., *Relaciones laborales e internet*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002 (versión on line)

[2] DI MARTINO, V. Y WIRTH, L., "Teletrabajo: Un nuevo modo de trabajo y de vida", *Revista Internacional del Trabajo*, 109, 1990. p. 6.

[3] Tesauro de la OIT, disponible en: http://www.ilo.org/thesaurus/defaultes.asp

trabajo, utilizando las tecnologías de la información en el marco de un contrato o de una relación de trabajo, en la cual un trabajo que podría ser realizado igualmente en los locales de la empresa se efectúa fuera de estos locales de forma regular".

A nivel nacional, un sector doctrinal lo conceptúa como "todo trabajo que se realiza por medio de un sistema informático o de telecomunicación e independientemente del lugar en que esa realización se produce (sentido amplio) o fuera de la empresa a la cual se dirige (sentido propio)". Otro sector lo define como "aquellas actividades laborales prestadas total o mayoritariamente desde un lugar distinto del centro de trabajo o unidad productiva autónoma de la empresa, por medio del uso intensivo de nuevas tecnologías, básicamente, herramientas informáticas y de las telecomunicaciones"[4].

Por su parte, la doctrina judicial[5] lo define como una relación laboral "propiciada por las nuevas tecnologías que mejoran la calidad de vida de nuestra sociedad y permiten nuevas formas de relacionarse que deben ser reguladas legalmente y amparadas por la legislación vigente, que no puede quedar burlada", debiendo, además, "asimilar a la presencia física la presencia virtual".

Por tanto, de estas definiciones se puede señalar que las características básicas de esta emergente modalidad organizativa del trabajo que lo diferencian de otras, especialmente, del contrato de trabajo a distancia, son fundamentalmente la utilización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación y el lugar de prestación de trabajo. Por un lado, el uso de estas nuevas tecnologías es la herramienta básica del teletrabajo, pues sin ellas no se podría prestar y, por tanto, no se estaría ante esta modalidad contractual. Por otro lado, en cuanto al lugar de trabajo, se requiere también que se preste fuera de la sede física de la empresa, pudiendo ser tanto en el domicilio de la persona trabajadora como en cualquier otro establecido al efecto como podrían ser los denominados "telecentros" o "centros de recursos compartidos", o bien en centro satélite o móvil[6].

Por tanto, ni todas las situaciones posibles de trabajo a distancia son manifestaciones del teletrabajo, ni tampoco todas las actividades que se presten en régimen de teletrabajo serán al mismo tiempo supuestos de trabajo a distancia, ni mucho menos trabajo a domicilio.

La NTP 1122[7] va más allá y, además del teletrabajo en el hogar, define unas nuevas formas mixtas de organización del trabajo que combinan la realización del trabajo en el domicilio con el realizado en la oficina de la empresa como es "el teletrabajo suplementario u ocasional (puede entenderse como aquel en el que el trabajador pasa uno o varios días de trabajo en el hogar –en función de la fuente consultada- a la semana) y/o el

---

[4] SEMPERE NAVARRO, A.V.; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, Pamplona, Aranzadi, 2002. p. 113.

[5] STSJ Madrid, sala de lo social, de 30 de septiembre de 1999, rec. núm. 2938/1999.

[6] CERVILLA GARZÓN, M.J.; JOVER RAMÍREZ, C., "Teletrabajo y delimitación de las contingencias profesionales", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, núm. 4, 2015, (versión on line).

[7] MANZANO SANTAMARÍA, N., *NTP 1122: Las tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) (I): nuevas formas de organización del trabajo*. Madrid: INSSBT, 2018. Disponible en https://www.insst.es/documents/94886/566858/ntp-1122w.pdf/baa93260-6840-4b9b-9abb-b6980b7f8f71

teletrabajo alterno (aquel en el que el trabajador divide su tiempo de dedicación al trabajo entre la oficina y el hogar)", como sería el caso del teletrabajo en la Administración Pública.

Asimismo, añade nuevas categorías como el teletrabajo móvil o trabajo móvil basado en las TIC y el trabajo nómada, que han dado "respuesta a un mercado cada vez más global, competitivo y deslocalizado, apostando por la flexibilidad como medio para adaptarse a los continuos cambios del mercado y los procesos productivos, alcanzando mayor visibilidad alrededor del año 2000 y aumentando progresivamente desde entonces". El trabajo móvil basado en las TIC es definido por EUROFOND como aquel donde "el trabajador (ya sea empleado o autónomo) opera desde varias posibles localizaciones fuera de las instalaciones de su empresa, por ejemplo, desde su casa, desde la instalación del cliente o en desplazamiento, apoyándose en la terminología moderna como un portátil y una tablet"[8].

Por su parte, el trabajo nómada es definido como una "forma extrema de trabajo móvil, caracterizada (al igual que los teletrabajadores móviles), por el uso de las TIC, la flexibilidad en la organización del tiempo de trabajo, la movilidad física, etc., y por tres características específicas que marcan la diferencia: viajan de manera intensiva durante la mayoría de su tiempo, no están fuertemente vinculados a ninguna oficina o lugar de trabajo trascendiendo la necesidad de acudir a un centro de trabajo físico, y la necesidad de llevar, gestionar, reconfigurar sus propios recursos (ordenador, fax, impresora, conexión a internet, toma de corriente, etc.) cuando realizan su trabajo en diferentes localizaciones"[9]. Como se observa pues, cada vez más se está evolucionando hacia esta nueva modalidad de trabajo nómada donde éste viaja junto con la persona trabajadora, en sus dispositivos, ya sea en el ordenador portátil, en la tablet o en el móvil, desde los cuales se realizan muchas gestiones.

El RDL 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, también diferencia entre el trabajo a distancia, esto es, "forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral conforme a la cual esta se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por esta, durante toda su jornada o parte de ella, con carácter regular", y el teletrabajo, definido como "aquel trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación".

Por tanto, a mi entender, el trabajo a distancia sería la categoría general que engloba varias submodalidades, entre ellas, el trabajo a domicilio y el teletrabajo, modalidad esta última que aglutina al trabajo nómada y el teletrabajo móvil. De ahí que se abogue por crear un nuevo concepto, cual es, el "trabajo digital a distancia", que englobaría las diferentes formas de trabajo con TIC y a distancia[10].

---

[8] European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2015, 7

[9] MANZANO SANTAMARÍA, N., *NTP 1122: Las tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) (I): nuevas formas de organización del trabajo*. Madrid: INSSBT, 2018. Disponible en https://www.insst.es/documents/94886/566858/ntp-1122w.pdf/baa93260-6840-4b9b-9abb-b6980b7f8f71, citando a MAKOTO, N.; MARK, G., *Designing for Nomadic Work*. Irvine, Department of Informatics, University of California, 2008.

[10] ARRIETA IDIAKEZ, F. J., "La desconexión digital y el registro diario en España como mecanismo para garantizar el descanso, la salud y el bienestar de los trabajadores digitales a distancia", *Lan Harremanak*, núm. 42, 2019. p. 7.

2.2. Notas configuradoras

Teniendo presente las anteriores definiciones y el hecho de que el teletrabajo debe prestarlo necesariamente una persona física, las notas que lo caracterizan son básicamente tres[11], las cuales, además, deben darse simultáneamente[12] para poder hablar de esta modalidad de prestación de servicios. La primera es la localización, por cuanto el espacio físico en el que se desarrolla la actividad laboral se encuentra fuera de la empresa. En segundo lugar, la utilización de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación. En tercer lugar, es preciso que se produzca un cambio en la organización y realización del trabajo, característica que afecta con profundidad en el horario/jornada de trabajo y su control empresarial.

a) La localización

En cuanto al lugar de prestación de servicios como elemento configurador, éste se sitúa fuera de la empresa. Por ello, se podría afirmar que el trabajo es realizado lejos de donde es esperado el resultado, a distancia de la empresa o del cliente que lo ha contratado. La persona trabajadora ya no realiza, pues, sus tareas en los centros habituales de la empresa, sino que ese lugar de trabajo existe y varía según el tipo de trabajo que se desarrolle, pero ya no es dispuesto, con carácter general, por la empresa.

No obstante, cabe recordar las matizaciones indicadas anteriormente, pues se debe diferenciar del trabajo a distancia en que el teletrabajo se trata de una prestación de servicios realizada en un lugar distinto a la sede empresarial, esto es, un verdadero trabajo a distancia.

Así la doctrina judicial[13] ha señalado, en un caso de un trabajador que prestaba servicios de colaboración periodística fuera de la empresa, concretamente en el domicilio de la actora, acudiendo regularmente al centro de trabajo, aunque no para desempeñar sus tareas, sino someramente para recibir encargos e instrucciones, que se cumple con la primera premisa del teletrabajo, por lo que se estaría ante un trabajo a distancia, normalmente en el domicilio de la persona teletrabajadora.

La elección del lugar recae sobre la persona teletrabajadora o por acuerdo con la empresa, porque en el caso de que lo fije unilateralmente la empresa se está ante un ejercicio del poder de dirección que se extralimita del art. 20.1 ET, pues así se deduce del art. 7 RDL 28/2020.

b) Nuevas tecnologías

La segunda nota característica es la referida a los medios utilizados para ejecutar la prestación laboral, no siendo válido cualquier instrumento,

---

[11] PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.; THIBAULT ARANDA, J., *El teletrabajo en España. Perspectiva jurídico laboral.* Madrid: MTSS. 2001.

[12] ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., "Teletrabajo", en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*. Madrid: MTSS, 2000. p. 761.

[13] STSJ Asturias, sala de lo social, de 14 de abril de 2000, rec. núm. 51/2000.

sino que se requiere la utilización de sistemas informáticos y de comunicación avanzados (teléfonos móviles, ordenadores, correo electrónico o internet). Partiendo de esta premisa se puede afirmar que la persona teletrabajadora está cualificada, o al menos, adaptada a las nuevas tecnologías. Es este elemento configurador el que puede haber hecho que se aparte definitivamente del contrato a domicilio clásico, pues a diferencia de éste, la persona teletrabajadora realiza labores especializadas, de creación e innovación, lo que supone una mayor preparación de aquella que realiza las tareas. Por tanto, el teletrabajo lejos de ser un nuevo trabajo a domicilio necesita de otras características que lo configuran como una modalidad distinta, pese a tener elementos comunes con aquél. Consiste fundamentalmente en recibir, tratar y enviar informaciones, inmateriales por naturaleza, lo que le distingue del trabajo a domicilio tradicional basado en el intercambio de bienes materiales cuantificables y fungibles[14].

c) Cambio en la organización del trabajo

Es obvio que en esta nueva forma de prestación del trabajo las fronteras entre una relación laboral y un arrendamiento de servicios no son tan claras, pues como se examinará a continuación, se pone en duda, muchas veces, la existencia de las notas configuradoras del contrato de trabajo, especialmente, la dependencia y la subordinación de la persona trabajadora.

Es cierto que la persona teletrabajadora en su prestación de servicios va acompañado de una cierta independencia a la hora de organizar su trabajo. Así en cuanto al tiempo de trabajo no se ve sometido a un horario, o al menos, no tan rígido como el que presta sus servicios de forma presencial, de manera que la persona teletrabajadora puede determinar cuáles son las horas que dedica al trabajo y cuáles al ocio, aunque no hay que olvidar que está la posibilidad de que pase todo lo contrario, es decir, que, en determinados casos, en situaciones de acumulación de trabajo, sobrepase la jornada laboral. De ahí que ya se propuso hace más de 35 años que se establecieran unos mecanismos de control a través de los programas informáticos que permitan conocer el tiempo real de prestación de servicios, y así, determinar el cumplimiento de las jornadas máximas y el disfrute de los descansos[15]. Para que ello se produzca es necesario que exista comunicación con la empresa. De ahí la importancia que juegan los medios informáticos, a través de los cuales la persona trabajadora puede ponerse en contacto con la empresa y recibir de ésta órdenes e instrucciones. Por tanto, el ordenador de la persona teletrabajadora, al estar conectado con la empresa, permite no sólo la realización del trabajo, sino también el control de la actividad de la persona trabajadora, control que se concreta en el ejercicio de los poderes empresariales. Así, la comunicación interactiva persona trabajadora/empresa potencia, por ello, el que se esté ante un teletrabajo, sometido a las órdenes y directrices de la empresa[16].

---

[14] MORGADO PANADERO, P., "El teletrabajo: nueva formación de prestación de servicios (avance jurisprudencial)", *AL*, núm. 16, 2004. p. 1915.

[15] GARCÍA NINET, I., "Contrato de trabajo a domicilio", en AA.VV., *Comentario a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores.* Madrid: Edersa, Tomo III, 1985. p. 487.

[16] SANGUINETI RAYMOND, W., *Contrato de trabajo y nuevos sistemas productivos*. Lima: Ara Editores, 1997. p. 59.

De esta forma, el teletrabajo supone una nueva forma de organización y de ejecución de la prestación de trabajo, donde se deben buscar nuevos indicios de subordinación que respondan a estas nuevas tecnologías. En esta línea se pronuncia también el TS al señalar que "en el actual sistema de producción, caracterizado por una gran variedad de prestaciones de servicios, esta nota no se manifiesta necesariamente a través de los indicadores clásicos de tiempo, lugar o modo de realización del trabajo, como jornada y horario preestablecido, puesto de trabajo en fábrica u oficina, ordenación y control continuos, etc., sino que se refleja también en otros posibles aspectos de la ejecución del trabajo, que están en función del tipo de servicios prestados en cada caso"[17]. Por tanto, en relación con la dependencia como nota configuradora del contrato de trabajo se señala que no se tiene que exigir una dependencia absoluta de la persona trabajadora frente a la empresa, sino que cabe una cierta autonomía a la hora de organizar su trabajo, bastando pues con que el sujeto esté incluido dentro de un ámbito organicista y rector de la persona para la que realice la actividad[18].

En definitiva, y como resumen podría decirse que las características del teletrabajo son las siguientes: "1.–El operario realiza un trabajo fuera de la empresa, normalmente en su domicilio particular. 2.–Esto conlleva la modificación de la estructura organizativa tradicional del trabajo y de la empresa, tanto en los aspectos físicos como materiales. 3.–La utilización de nuevos instrumentos de trabajo como pueden ser videoterminales, videoconferencia, telefax, etc. 4.–Una red de telecomunicación que permita el contacto entre la sede de la empresa y el domicilio del trabajador"[19].

3. MARCO JURÍDICO DEL TELETRABAJO

3.1. Antecedentes

Los primeros pasos en la regulación del teletrabajo se sitúan en la Comisión Delors en los años noventa, cuando realizó una serie de recomendaciones de carácter general. Así, en diciembre de 1993 publica el "Libro Blanco de la Comisión sobre Crecimiento, competitividad y empleo. Retos y pistas para entrar en el siglo XXI". Posteriormente, en 1994, se elaboró el "Informe Bangemann sobre Europa y la Sociedad Mundial de la Información. Recomendaciones al Consejo"; y la citada Comisión adoptó el "Plan de Actuación Europa en marcha hacia la Sociedad de la Información".

Además, el Libro Verde de la Comisión de 16 de abril de 1997[20] hacía hincapié en la necesidad de regular el teletrabajo, y en 1998 la Comisión elaboró la Comunicación "Modernizar la Organización del Trabajo. Actitud positiva ante el cambio"[21] donde propone que sean los interlocutores sociales los que intervengan para regular esta nueva forma de organización del

[17] STS, sala de lo social, de 8 de octubre de 1992, rec. núm. 2754/1991.
[18] STS, sala de lo social, de 22 de octubre de 1983.
[19] SAN, sala de lo social, de 31 de mayo de 2004, st. núm. 42/2004.
[20] Comunicación núm. 128, 1997
[21] Comunicación núm. 98, 1998

trabajo por cuenta ajena[22].

Así se aprueba el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, de 16 de julio de 2002, que regula la definición y el campo de aplicación del mismo, su carácter voluntario y diversos aspectos del mismo, como la seguridad y salud señalando que la empresa es responsable de la protección de la salud y seguridad profesional de la persona teletrabajadora, de tal forma que la empresa debe informar a la persona teletrabajadora sobre la política de la empresa en materia de seguridad y salud en el trabajo, en particular, sobre las pantallas de visualización de datos. Cabe tener presente que este acuerdo es de carácter no vinculante, pues es fruto de las voluntades de los agentes sociales a nivel comunitario para influir en la negociación colectiva y su aplicación efectiva depende de la voluntad de diálogo social.

Asimismo, en España, contamos con el Libro Blanco del Teletrabajo (junio, 2012) que se conforma como un informe sobre la situación del teletrabajo y su aplicación, y la Nota Técnica de Prevención núm. 412 constituye una guía para la implementación del teletrabajo.

3.2. Ámbito laboral

A nivel jurídico-laboral, esta modalidad de organización del trabajo quedó incorporada en nuestro ordenamiento laboral mediante la reforma operada por el RDL 3/2012, de 10 de febrero, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral, donde se reguló por primera vez la figura del teletrabajo o, mejor dicho, "*trabajo a distancia*", definiéndolo como "*aquél en que la prestación de la actividad laboral se realice de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa*". Lo configura como una modalidad voluntaria, donde la persona teletrabajadora goza de los mismos derechos que los presenciales y en relación con la prevención de riesgos laborales, en su apartado 4, se determina que "*los trabajadores a distancia tienen derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud resultando de aplicación, en todo caso, lo establecido en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y su normativa de desarrollo*".

Paralelamente, el II Acuerdo para la Negociación Colectiva[23] lo incluyó entre una de sus medidas para permitir un adecuado equilibrio entre flexibilidad para las empresas y seguridad para los trabajadores, como una de las "formas innovadoras de organización y ejecución de la prestación laboral derivada del propio avance de las nuevas tecnologías", y estableciendo algunos criterios orientadores en la negociación, como son, el carácter voluntario y reversible del teletrabajo, tanto para la persona trabajadora como para la empresa, la igualdad de derechos de las personas teletrabajadoras con respecto a las personas trabajadoras presenciales, o la importancia de que se regulen aspectos como la privacidad, la confidencialidad, la prevención de riesgos laborales o la formación de las personas

[22] PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.; THIBAULT ARANDA, J., *El teletrabajo en España. Perspectiva jurídico laboral.* Madrid: MTSS. 2001.

[23] Resolución de 30 de enero de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014.

teletrabajadoras. De igual modo, el III Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva de 2015, 2016, 2017, de 8 de junio de 2015 (y, por remisión, el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, Resolución de 17 de julio de 2018) también hace hincapié en el teletrabajo en su punto 4 indicando que sería deseable que se negociasen en esta materia "aspectos como la privacidad, la confidencialidad, la prevención de riesgos, las instalaciones, la formación, etc."

Con posterioridad, con el RDL 6/2019[24] se intenta promover también su uso, pues se reconoce en el art. 34.8 ET el derecho de las personas trabajadoras de solicitar adaptaciones en la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación del mismo, incluyendo la prestación del trabajo a distancia, como medida para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral.

Finalmente, con el RDL 8/2020 citado anteriormente, como medida para hacer frente al impacto de la pandemia causada por el COVID-19, se determina el carácter preferente y prioritarito de esta modalidad de prestación de trabajo.

En la actualidad, el RDL 28/2020, regula el teletrabajo, destacando como características básicas las siguientes. Por un lado, el carácter voluntario y no obligatorio en su prestación. En segundo lugar, la libertad para la elección de horario, siempre dentro de unos límites y siempre que se garantice la conciliación de la vida laboral y familiar. En tercer lugar, los gastos y herramientas deben ser compensados, en cierta forma, por la empresa. Se prevé también como derecho básico a respetar la desconexión digital, y el derecho a la intimidad de la persona trabajadora.

3.3 Ámbito de la Administración Pública

En el sector público no existía ninguna referencia expresa al trabajo a distancia, ni al teletrabajo en el EBEP, hasta la recién reforma llevada a cabo por el RDL 29/2020.

Sin embargo, fue un sector pionero en la implementación del mismo. Así destaca el Plan Concilia[25], como primer plan piloto, y posteriormente la Orden APU/1981/2006, de 21 de junio, que promovió la extensión de esta experiencia piloto al resto de departamentos y organismos públicos. En esta Orden se hace referencia al teletrabajo como una "*nueva fórmula basada en las tecnologías de la información*", como una "*modalidad de prestación de servicios de carácter no presencial*", por la que una persona empleada de la Administración General del Estado puede desarrollar parte de su jornada laboral mediante el uso de medios telemáticos desde su propio domicilio. Concretamente, lo define como "*toda modalidad de prestación de servicios de carácter no presencial en virtud de la cual un empleado de la Administración General del Estado puede desarrollar parte de su jornada laboral mediante el uso de medios telemáticos desde su propio domicilio, siempre que las necesidades del servicio lo permitan y en el marco de la*

[24] De 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el trabajo y la ocupación.

[25] Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2005.

política de conciliación de la vida personal y familiar y laboral de los empleados públicos". La finalidad de este proyecto era la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. En este pilotaje, era cada programa piloto en concreto el que determinada la jornada y horario aplicable al personal empleado público que participaba.

De hecho, se publicó un *Manual para la Implantación de programas piloto de teletrabajo en la Administración General del Estado* por el Ministerio de Administraciones Públicas, aunque con carácter meramente informativo, en el que se añadía la potenciación del trabajo en términos objetivos, al margen del tiempo de presencia, el aumento del compromiso y la motivación del personal.

Ahondando un poco más en la citada Orden APU/1981/2006, del Ministerio de Administraciones Públicas, además de su definición del teletrabajo, de su referencia al Plan Concilia como mecanismo de conciliación de las responsabilidades profesionales con la vida personal y familiar, destaca que en materia de jornada y horarios no se aplica al personal participante en estos programas de teletrabajo la Resolución de 20 de diciembre de 2005, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal civil al servicio de la Administración General del Estado.

Tras el plan piloto, y en atención a la disposición final sexta de la derogada L 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, que recoge una habilitación para regular las condiciones del teletrabajo en la Administración General del Estado, se elaboró el proyecto de real decreto de regulación del teletrabajo de 8 de mayo de 2007, pero que no vio la luz.

Y, como se ha dicho, a causa de la crisis sanitaria, el art. 5 RDL 8/2020, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, regula el "*carácter preferente del trabajo a distancia*". A mayor abundamiento, el art. 6 del citado Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, indica que le corresponde a los Ayuntamientos la "*gestión ordinaria de sus servicios*", unos servicios tras de los cuales se encuentran unos empleados públicos que, en la medida de lo posible, deben seguir trabajando desde casa. Y todo ello sin perjuicio de las medidas que tome el Alcalde sobre organización del trabajo en el Ayuntamiento, en el ejercicio de sus competencias al respecto.

Y, por último, recientemente, se ha aprobado el RDL 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones Púbicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, que añade un nuevo artículo 47 bis al RD Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, del Estatuto Básico del Empleado Público, definiendo el teletrabajo como "*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*".

En Cataluña, por un lado, el art. 108.2.g) Decreto Legislativo 1/1997[26] establece que la jornada y el horario de trabajo se determinarán por reglamento en función de la mejor atención a los administrados, de los objetivos señalados en los servicios y del buen funcionamiento de estos. De ello cabe deducir, pues, que la forma de prestación de los servicios en régimen del teletrabajo se tiene que regular mediante disposición reglamentaria.

Como consecuencia, la Instrucción 2/2008 de la Secretaria de Función Pública y Modernización de la Administración impulsó un proyecto para incorporar el teletrabajo como experiencia piloto. Tras la misma, se decidió seguir con otro segundo plan piloto, hasta la negociación de la Ley sobre teletrabajo. Así se aprueba el Acuerdo del Govern de la Generalitat (Acord GOV 28/2020, de 18 de febrero) sobre medidas aplicables al personal de la Administración de la Generalitat y sus organismos autónomos, que incorpora transitoriamente la regulación de la prestación de servicios mediante la modalidad de teletrabajo. Para su ejecución se dicta la Instrucción 1/2020, de 28 de febrero, sobre el procedimiento de autorización para la prestación de servicios en la modalidad de teletrabajo al personal de la Administración de la Generalitat y sus organismos autónomos que presta servicios en el Distrito Administrativo de la Generalitat de Cataluña en Barcelona.

La Instrucción 5/2020, de 24 de mayo, también regula la prestación de servicios de forma preferente mediante el teletrabajo, definiéndolo como la forma de organización del trabajo en virtud de la cual la jornada se desarrolla de manera no presencial y mediante el uso de las tecnologías de la información y la comunicación.

Finalmente, se ha aprobado el Decreto 77/2020, de 4 de agosto, por el que 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. Este Decreto es aplicable al personal al servicio de la Administración de la Generalidad y de sus organismos autónomos, con excepción del personal docente, el personal estatutario de los servicios de salud, así como el personal de los cuerpos de *Mossos d'Esquadra*, Bomberos y Agentes Rurales y el personal que ocupa puestos de trabajo en centros penitenciarios y de justicia juvenil, los cuales se rigen por sus normas, pactos o acuerdos específicos (art. 2). Por tanto, en principio, el personal funcionario de la Administración local queda incluido en su ámbito de aplicación, así como también el personal laboral, aunque para este último, cabe atenerse también, en principio, a la regulación laboral.

El art. 1 empieza definiendo el teletrabajo como "*una modalidad de prestación de servicios en la que una parte de la jornada laboral se desarrolla de manera no presencial y mediante el uso de las tecnologías de la información y la comunicación*". Como se observa, pues, se parte de su carácter parcial, esto es, sin que sea el régimen de prestación de servicios de forma exclusiva. Es decir, no se prevé la prestación de teletrabajo de forma exclusiva, sino combinándolo con la presencial, de tal forma que se podrán prestar en modalidad de teletrabajo hasta un máximo de dos jornadas diarias enteras. Las jornadas de teletrabajo admiten flexibilidad, respetando las pausas y los descansos entre jornadas, con franjas horarias de disponibilidad

[26] De 31 de octubre, por el cual se aprueba la refundición en un Texto único de los preceptos de determinados textos legales vigentes en Cataluña en materia de función pública.

obligatoria para la interconexión y coordinación que se establecen dentro del horario de permanencia obligatoria.

El hecho de que se acuerde el régimen de teletrabajo no puede implicar un aumento de la jornada laboral de los empleados públicos, por lo que se debe respetar la media semanal de 37.5 horas. La disposición adicional primera es la que establece, en relación con el control horario, que la Administración habilitará los mecanismos de control horario a efectos de registrar la jornada, y por tanto, sin detallar dichos instrumentos de control.

Debe destacarse, como norma autonómica pionera en la regulación del teletrabajo, la Ley 10/2010, de 9 de julio, de ordenación y gestión de la Función Pública Valenciana, cuya Disposición adicional décima estableció que "*la administración de la Generalitat, en el marco del Plan para la Implantación de la Administración Electrónica, y de garantía en el acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, incorporará las fórmulas telemáticas más adecuadas para hacer posible la implantación del teletrabajo. La definición de los ámbitos funcionariales o colectivos en los que pueda ser posible el teletrabajo, en atención a sus características o por las funciones que deban desempeñar, será delimitada reglamentariamente*". Dicho desarrollo reglamentario se abordó mediante el Decreto 82/2016, de 8 de julio, por el que se regula la prestación de servicios en régimen de teletrabajo del personal empleado público de la Administración de la Generalitat. En su Preámbulo se indica que "*el trabajo desde el domicilio supone una forma de trabajar con información, mediante herramientas informáticas y telemáticas y sin dependencia de un espacio concreto. Se trata de aprovechar las ventajas de estas tecnologías, fundamentalmente respecto a la adaptabilidad en la prestación laboral que aportan espacial y temporalmente. Asimismo, cada vez son mayores las demandas de medidas de conciliación de la vida familiar, personal y laboral que faciliten la compatibilización del cumplimiento de las tareas profesionales con un desarrollo satisfactorio de las condiciones personales. También a ellas pretende dar respuesta la implantación del teletrabajo, habiéndose manifestado sus bondades en este sentido allá donde hay experiencias de su implantación. Esta forma de organización del trabajo puede suponer importantes beneficios, tanto para la organización como para el personal afectado. Por una parte, a la Administración le permite reorganizar los procesos de trabajo redefiniendo objetivos, obteniendo, mediante un trabajo orientado a resultados, una mejor gestión del tiempo, una mejora de la calidad en la prestación de los servicios que se prestan a la ciudadanía. Por otra, a la persona teletrabajadora se le posibilita flexibilizar su jornada laboral para adaptarla a sus circunstancias personales y familiares, hecho que, sin duda, aumenta su compromiso y nivel de motivación y singulariza de forma más concreta los derechos generales subjetivos de los que es titular*".

En relación con la implantación de la Administración Electrónica cabe reflexionar que si se implanta esta digitalización y electronificación de los expedientes y actos administrativos, significa, en el fondo, que el personal empleado público está obligado a utilizar los medios telemáticos, tanto entre sí como con los ciudadanos, por lo que, el camino final es implantar el teletrabajo sin repujo alguno. En realidad, se puede afirmar que, el personal empleado público ya es, en cierta forma, personas teletrabajadoras, pues las

herramientas que dan soporte al funcionamiento electrónico o telemático de la Administración son propios de la modalidad de teletrabajo.

Es decir, con la electronificación del procedimiento administrativo puesto en marcha con la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y según el art. 70.2, el expediente administrativo es electrónico, y según el art. 75.2 las gestiones y trámites y actos administrativos se tramitan y se firman a través de plataformas con acceso personalizado para el empleado público. Ello significa que cualquier empleado público puede acceder a la plataforma, operar en ella y desempeñar sus funciones de tramitación desde cualquier equipo informático que cuente con conexión a internet, teniendo en ese momento acceso al expediente administrativo del mismo modo que si estuviese en el centro de trabajo.

4. LA ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO EN EL TELETRABAJO

Debe partirse de la premisa de que una característica por excelencia del teletrabajo es su flexibilidad en lo referente a la ordenación y distribución del tiempo de trabajo, pero ello no significa que no cumpla con su horario.

En este sentido, cabe diferenciar entre jornada y horario. La jornada fija un límite de duración máxima temporal de los servicios prestados por la persona trabajadora durante un período de tiempo. En palabras de la doctrina, la jornada es "el tiempo que cada día, cada semana o cada año, ha de dedicar el trabajador a la ejecución del contrato de trabajo, constituyendo la jornada una primera aproximación para medir la prestación que el trabajador debe"[27]. Mientras que el horario determina el momento inicial y final de su prestación de servicios y su distribución a lo largo de la jornada diaria. Es decir, el horario fija la hora de inicio y de fin de la prestación de servicios.

En la Administración Pública, cuando se trata del trabajo presencial, la distribución de la jornada y la fijación de los horarios se realiza, en general, previa negociación con la representación de los empleados públicos.

Pero cuando se trata de la modalidad de teletrabajo, debe tenerse en cuenta que una de sus principales singularidades es la flexibilidad en la ordenación del tiempo de teletrabajo. El teletrabajo va íntimamente ligado a la idea de autonomía de la persona teletrabajadora, ya que le permite una mayor disponibilidad de administrar el tiempo de trabajo, con lo que se pretende, al fin y al cabo, una mayor productividad. No obstante, no debe perderse de vista que esta mayor autonomía en la organización del tiempo dedicado a la actividad profesional puede interferir entre la separación entre vida personal o familiar y vida profesional, aspecto que debe ser cuidado también.

De hecho, la doctrina se había planteado si las personas teletrabajadoras quedaban sometidas o no al régimen legal de la jornada de la misma forma que una persona presencial.

[27] ALONSO OLEA, M.; CASAS BAAMONDE, M.E., *Derecho del Trabajo*. Madrid: Civitas, 2001. p. 265.

5. OBLIGACIÓN LEGAL DE CONTROL DEL TIEMPO DE TRABAJO

5.1. Antecedentes normativos

La importancia de la jornada de trabajo en el contrato de trabajo queda evidenciada en que el primer Convenio de la OIT, el Convenio núm. 1[28], tiene como fin, precisamente, limitar la jornada laboral, fijando así un máximo de ocho horas de trabajo al día y cuarenta y ocho a la semana en las empresas industriales. Su art. 7 c) obliga al empresario a "*inscribir en un registro, en la forma aprobada por la legislación de cada país o por un reglamento de la autoridad competente, todas las horas extraordinarias efectuadas de acuerdo con los arts. 3 y 6 del presente convenio*". Además, no es el único Convenio que tiene como fin controlar el tiempo de trabajo, pues también se cuenta con el Convenio núm. 30[29] cuyo art. 11.2 prevé la inscripción en un registro de todas las horas de trabajo extraordinarias efectuadas y el importe de la remuneración.

Como se observa, en estos Convenios únicamente se hace referencia a la obligación de registrar las horas extraordinarias, no la jornada ordinaria de trabajo.

No obstante, el art. 8 Convenio núm. 1 OIT y el art. 11 Convenio núm. 30 establecen que la empresa debe dar a conocer, por medio de carteles colocados en sitios visibles de la empresa la hora en que comience y termine el trabajo, y si el trabajo se realiza por equipos, las horas en que comienza y finaliza el trabajo de cada equipo, añadiendo que las horas se fijarán de manera que no excedan de los límites del convenio y, una vez notificadas, no podrán modificarse sino en el modo y con el aviso aprobado por el Gobierno. De esta exigencia un sector doctrinal[30] considera que se deduce la necesidad de dar a conocer la información sobre el inicio y fin de la jornada ordinaria de trabajo, por lo que esta delimitación entre hora ordinaria y hora extraordinaria, debe llevar necesariamente a realizar un control de la jornada ordinaria de trabajo.

También la Recomendación núm. 116[31], aunque carezca del carácter vinculante, prevé en su art. 21 una serie de medidas proponiendo que "debería obligarse a los empleadores a inscribir en un registro, en forma que pueda ser aceptada por la autoridad competente, las horas de trabajo, los salarios y las horas extraordinarias por trabajador, y a presentar a la Inspección dicho registro siempre que se le solicite".

---

[28] De 28 de noviembre de 1919, Convenio por el que se limitan las horas de trabajo en las empresas industriales a ocho horas diarias y cuarenta y ocho semanales. Su art. 2 establecía que "*en todas las empresas industriales públicas o privadas, o en sus dependencias, cualquiera que sea su naturaleza, con excepción de aquellas en que sólo estén empleados los miembros de una misma familia, la duración del trabajo del personal no podrá exceder de ocho horas por día y de cuarenta y ocho por semana, salvo las excepciones previstas a continuación*".

[29] De 10 de junio de 1930, Convenio sobra a las horas de trabajo (comercio y oficinas).

[30] LILLO PÉREZ, E., "Notas sobre la realidad de la jornada laboral en España y el derecho a la limitación de la jornada de los trabajadores como consecuencia ineludible de la protección de la salud laboral de los mismos. La exigencia imprescindible del registro o anotación de la jornada ordinaria", *Ciudad del Trabajo*, núm. 7, 2018. p. 40.

[31] De 6 de junio de 1962, sobre la reducción de la duración del trabajo.

A nivel comunitario, destaca la Directiva 2003/88/CE[32] que establece las condiciones mínimas de seguridad y salud relacionadas con la ordenación del tiempo de trabajo, los períodos de descanso y pausas diarias, el descanso semanal, la duración máxima del trabajo semanal, las vacaciones anuales y determinados aspectos del trabajo nocturno y el trabajo a turnos. Su art. 22 prevé una serie de disposiciones de las cuales se deduce la obligación de controlar y registrar el horario de trabajo. Así establece que "*siempre que respete los principios generales de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, un Estado miembro podrá no aplicar el artículo 6, a condición de que adopte las medidas necesarias para garantizar que:*

a) ningún empresario solicite a un trabajador que trabaje más de 48 horas en el transcurso de un período de siete días, calculado como promedio del período de referencia que se menciona en la letra b) del artículo 16, salvo que haya obtenido el consentimiento del trabajador para efectuar dicho trabajo;

b) ningún trabajador pueda sufrir perjuicio alguno por el hecho de no estar dispuesto a dar su consentimiento para efectuar dicho trabajo;

c) el empresario lleve registros actualizados de todos los trabajadores que efectúen un trabajo de este tipo;

d) los registros mencionados se pongan a disposición de las autoridades competentes, que podrán prohibir o restringir, por razones de seguridad y/o de salud de los trabajadores, la posibilidad de sobrepasar la duración máxima del tiempo de trabajo semanal;

e) el empresario facilite a las autoridades competentes, a petición de éstas, información sobre el consentimiento dado por los trabajadores para efectuar un trabajo que exceda de 48 horas en el transcurso de un período de siete días, calculado como promedio del período de referencia que se menciona en la letra b) del artículo 16".

Asimismo, la Directiva 89/391/CEE[33] también es importante en materia de limitación de la jornada de trabajo, pues el derecho al descanso requiere que exista un control del tiempo de trabajo para así garantizar la seguridad y salud de las personas trabajadoras, así como los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar o personal. En este sentido, la conexión entre la salud y la ausencia de límites y de control en el tiempo de trabajo, especialmente en el caso de las personas teletrabajadoras, requiere un control y registro del mismo.

A nivel nacional, no ha existido ninguna previsión normativa expresa que estableciera la obligación de registro hasta el RD 1561/1995[34], que regula para los trabajadores móviles de transporte por carretera que la empresa deberá "*llevar un registro del tiempo de trabajo de los trabajadores móviles*" debiéndose conservar durante tres años después de que finalice el período considerado (art. 10 bis 5). Respecto del trabajo en la marina mercante también se establece la obligación de llevar "*a bordo registros individuales para cada trabajador de las horas diarias de trabajo o de las horas diarias de descanso, en los que figuren los datos contenidos en el modelo que se incluye en el Anexo II del presente Real Decreto, redactados en el idioma*

[32] De 4 de noviembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

[33] De 12 de junio, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo.

[34] De 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo.

común de trabajo a bordo y en inglés" (art. 18 bis). Y en relación con los trabajadores móviles que realicen servicios de interoperabilidad transfronteriza en el transporte ferroviario también quedan las empresas ferroviarias obligadas a "*disponer de un registro en el que se recojan las horas diarias de trabajo y de descanso de los trabajadores móviles con el fin de asegurar el cumplimiento de esta disposición*".

Posteriormente, el RDL 16/2013[35] ha reformado el art. 12.4 ET para establecer que "*la jornada de los trabajadores a tiempo parcial se registrará día a día y se totalizará mensualmente, entregando copia al trabajador, junto con el recibo de salarios, del resumen de todas las horas realizadas en cada mes, tanto las ordinarias como las complementarias a que se refiere el apartado 5*".

Y, finalmente, ha sido el RDL 8/2019[36] que incluye, entre otras medidas, un conjunto de disposiciones dirigidas a establecer el registro de la jornada de trabajo. La finalidad no es más que, como indica su exposición de motivos, "*garantizar el cumplimiento de los límites en materia de jornada, de crear un marco de seguridad jurídica tanto para las personas trabajadoras como para las empresas y de posibilitar el control por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social".*

El citado RDL 8/2019 justifica en su exposición de motivos que el objetivo es acabar con la extralimitación horaria que ha facilitado la realización de jornadas superiores a las legalmente establecidas o convencionalmente pactadas, debido a la ausencia en el ET de una obligación clara por parte de la empresa del registro de la jornada que realizan las personas trabajadoras.

Este establecimiento de la obligación empresarial de registro de la jornada de trabajo se basa en unos precedentes judiciales decisivos, que fueron dictados en relación con la interpretación que debía darse al art. 35.5 ET cuando establece la obligación de la empresa de "*a efectos del cómputo de horas extraordinarias, la jornada de cada trabajador se registrará día a día".*

5.2. Antecedentes judiciales nacionales

El primer pronunciamiento clave fue el de la AN[37], que en relación con la interpretación que debía darse al art. 35.5 ET sobre las horas extraordinarias, abogó por llevar a cabo un registro de la jornada de trabajo, y no únicamente respecto de las horas extraordinarias, pues con ello se trata de garantizar el control de los distintos horarios pactados. Es decir, en este registro no se contiene el número de horas extraordinarias realizadas diariamente, sino la jornada realizada diariamente, pues si la razón de ser de dicho precepto estatutario es procurar a la persona trabajadora un medio de

[35] De 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores.

[36] De 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo.

[37] SAN, sala de lo social, de 4 de diciembre de 2015, proc. 301/2015. En el mismo sentido, SSAN, sala de lo social, de 19 de febrero de 2016, rec. núm. 383/2015; sala de lo social, de 6 de mayo de 2016, rec. núm. 59/2016.

prueba documental para acreditar la realización de horas extraordinarias[38], parece evidente que el registro de la jornada diaria es la herramienta, promovida por el legislador, para asegurar efectivamente el control de las horas extraordinarias. Si no fuera así, si el registro diario de la jornada solo fuera obligatorio cuando se realicen horas extraordinarias, se estaría en un círculo vicioso que vaciaría de contenido la institución y sus fines, puesto que el presupuesto, para que las horas extraordinarias tengan dicha consideración, es que se realicen sobre la duración máxima de la jornada de trabajo, siendo esta la razón por la que, sin el registro diario de la jornada, es imposible controlar la realización de horas extraordinarias. Los resúmenes diarios no tienen que reflejar pues horas extraordinarias, puesto que una jornada diaria puede prolongarse sin que se produzcan horas extraordinarias, que sólo concurrirán cuando se supere, en cómputo anual, la jornada de cuarenta horas semanales, sino reflejar día a día la jornada realizada, que es el único medio para constatar si se superaron o no los límites de la jornada ordinaria[39].

En definitiva, "el registro diario de jornada, que no de horas extraordinarias, es el requisito constitutivo para controlar los excesos de jornada y su negación coloca a los trabajadores en situación de indefensión, que no puede atemperarse, porque las horas extraordinarias sean voluntarias, puesto que el único medio de acreditarlas es precisamente el control diario de la jornada, cuya actualización ya no dejará dudas sobre si se hacen o no horas extraordinarias y si su realización es voluntaria"[40]. No obstante, la doctrina científica[41] cuestiona esta argumentación de la prueba en base a que la ausencia de un registro de jornada no tiene por qué generar indefensión a los trabajadores, pues la doctrina judicial hace uso de las presunciones judiciales del art. 386 LEC para evitar que el incumplimiento de la obligación de registrar horas extraordinarias beneficie al empresario infractor. En este sentido, probada la realización de horas extraordinarias por cualquier medio admitido en Derecho, los tribunales pueden presumir como efectivamente trabajadas las horas extraordinarias invocadas por los trabajadores. De esta forma, el perjudicado por no registrar las horas extraordinarias, incumpliendo la obligación del art. 35.5 ET es la empresa y no la persona trabajadora.

Un sector doctrinal[42] considera que esta posición judicial confunde dos aspectos. Por un lado, que el registro de la jornada diaria constituye un medio para acreditar las horas extraordinarias, esto es, se presenta como un instrumento útil para controlar las horas extraordinarias. Por otro lado, no es imposible controlar la realización de horas extraordinarias a través de otros medios, ya que es posible su acreditación por otras vías. En este sentido, la doctrina judicial considera que "a través de la prueba testifical y por la

---

[38] SAN, sala de lo social, de 12 de julio de 2005, proc. núm. 39/2005; STSJ Cataluña, sala de lo social, de 3 de octubre de 2008, rec. núm. 8892/2007.

[39] CUBO MAYO, A., "El tiempo de trabajo y los problemas no resueltos de control y registros de la jornada y horario", *Diario La Ley*, núm. 8819, 2016 (versión on line)

[40] SAN, sala de lo social, de 4 de diciembre de 2015, proc. núm. 301/2015.

[41] NAVARRO CUÉLLAR, A., "El control de la jornada diaria de trabajo: ¿obligación legal o potestad empresarial? Doctrina judicial reciente y posición de la Inspección de Trabajo", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 44, 2016. p. 82.

[42] MOLL NOGUERA, R., "Comentario a la sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de diciembre de 2015, núm. 207/2015, ponente D. Ricardo Bodas Martín, sobre la obligatoriedad del registro de jornada del art. 35.5 ET", *Revista de Información Laboral*, núm. 3, 2016 (versión on line)

actuación de la propia empresa es claro que procede desestimar el recurso, pues la doctrina sobre la carga u obligación de probar las horas extraordinarias deviene intrascendente cuando el juzgador sigue la vía de la presunción"[43], "el juzgado a quo ha seguido la vía de la presunción en buena lógica ya que tal medio probatorio viene recogido por el artículo 1249 del Código Civil (…) ya que la demandada debía llevar el control y cómputo de las horas trabajadas por sus empleados (…) por lo que su posibilidad probatoria a ella debe perjudicar"[44], "si de manera injustificada la empresa deja de aportar al proceso los registros diarios de la jornada del trabajador o no los ha realizado, habrán de tenerse por ciertas las horas que el trabajador alegue como trabajadas"[45] . En definitiva, se sostiene que la persona trabajadora no se encuentra desamparada en el reconocimiento de las horas extraordinarias, aunque la empresa no lleve tal registro, pues puede entrar en juego la presunción a favor de la persona trabajadora de haberlas realizado efectivamente, siendo la empresa la perjudicada.

El segundo hito judicial fue el de nuestro alto tribunal, el cual, en sendos pronunciamientos[46], determinó que las empresas no están obligadas a llevar un registro de la jornada diaria de toda la plantilla para comprobar el cumplimento de la jornada laboral y horarios pactados, sino que sólo deben llevar un registro de horas extraordinarias realizadas, de acuerdo con la interpretación que realiza del art. 35.5 ET.

En la primera de ellas[47], resuelve el recurso de Bankia contra la SAN de 4 de diciembre de 2015 que condenaba a dicho banco a establecer un sistema de registro de la jornada diaria efectiva que realiza su plantilla. El TS, no obstante, mantiene la parte del fallo de la AN que determinó que la empresa debía proceder a dar traslado a la representación legal de los trabajadores de la información sobre las horas extraordinarias realizadas en cómputo mensual.

De cualquier forma, el TS admite que "convendría una reforma legislativa que clarificara la obligación de llevar un registro diario y facilitara al trabajador la prueba de la realización de horas extraordinarias", pero "esa obligación no existe por ahora y los Tribunales no pueden suplir al legislador imponiendo a la empresa el establecimiento de un complicado sistema de control horario, mediante un condena genérica, que obligará, necesariamente, a negociar con los sindicatos el sistema a implantar, por cuanto, no se trata, simplemente, de registrar la entrada y salida, sino el desarrollo de la jornada efectiva de trabajo con las múltiples variantes que supone la existencia de distintas jornadas, el trabajo fuera del centro de trabajo y, en su caso, la distribución irregular de la jornada a lo largo del año, cuando se pacte".

No obstante, el TS rechaza "llevar a cabo una interpretación extensiva del art. 35-5 del ET imponiendo obligaciones que limitan un derecho como el establecido en el artículo 28-3 del citado texto legal y el principio de libertad de empresa que deriva del artículo 38 de la Constitución y ha reconocido

[43] STSJ Navarra, sala de lo social, de 29 de octubre de 1996, rec. núm. 468/1996.
[44] STSJ Cataluña, sala de lo social, de 2 de junio de 1995, rec. núm. 3480/1995.
[45] STSJ Comunidad Valenciana, sala de lo social, de 13 de mayo de 2010, rec. núm. 2409/2010.
[46] SSTS, sala de lo social, de 23 de marzo de 2017, rec. núm. 81/2016; de 20 de abril de 2017, rec. núm. 116/2016.
[47] STS, sala de lo social, de 23 de marzo de 2017, rec. núm. 81/2016. En el mismo sentido, SSTS, sala de lo social, de 20 de abril de 2017, rec. núm. 116/2016; de 20 de diciembre de 2017, rec. núm. 206/2016.

nuestro Tribunal Constitucional como imprescindible para la buena marcha de la actividad productiva". Declara asimismo que la "falta de llevanza, o incorrecta llevanza del registro, no se tipifica por la norma como infracción de forma evidente y terminante, lo que obliga a una interpretación restrictiva y no extensiva de una norma sancionadora como la contenida en el artículo 7-5 del RDL 5/2000, de 4 de agosto, sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, norma cuya naturaleza sancionadora impide una interpretación extensiva del art. 35-5 del ET, pues es principio de derecho el de interpretación restrictiva de las normas limitadoras de derechos y de las sancionadoras. Además, tampoco se tipifica como falta la no llevanza del registro que nos ocupa y no informar a los trabajadores sobre las horas realizadas en jornadas especiales o incumplir obligaciones meramente formales o documentales constituye, solamente, una falta leve, en los supuestos previstos en el art. 6, números 5 y 6 del Real Decreto Legislativo citado". En este sentido, un sector doctrinal ha considerado que este pronunciamiento "hubiera exigido un esfuerzo argumentativo más intenso en relación con la importancia que ostenta la ordenación del tiempo de trabajo en la salud y seguridad de los trabajadores"[48].

Esta solución, concluye, "no deja indefenso al trabajador a la hora de probar la realización de horas extraordinarias, pues a final de mes la empresa le notificará el número de horas extras realizadas, o su no realización, lo que le permitirá reclamar frente a esa comunicación y a la hora de probar las horas extraordinarias realizadas tendrá a su favor el artículo 217-6 de la LEC, norma que no permite presumir la realización de horas extras cuando no se lleva su registro, pero que juega en contra de quien no lo lleva cuando el trabajador prueba que sí las realizó".

En la segunda sentencia[49], nuestro alto tribunal reafirma su posicionamiento anulando así el criterio de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en su Instrucción 3/2016, así como la doctrina judicial en contra. En este pronunciamiento resuelve un procedimiento de conflicto colectivo contra Abanca, dando la misma solución que en la anterior sentencia donde señala que el único registro que debe llevarse es el de las horas extraordinarias realizadas, ya que el art. 35.5 ET únicamente se refiere a ellas y si el legislador hubiese querido que el deber de la empresa de registro alcanzase la jornada diaria, así lo hubiera indicado expresamente, de igual forma que lo hace en relación con los trabajadores a tiempo parcial. Recuerda su anterior sentencia en la que se sostiene que esta interpretación literal es la que "se acompasa con los antecedentes históricos y legislativos que nunca impusieron una obligación del tipo que nos ocupa, cual muestra la anterior redacción del ET en la materia y que en la Exposición de Motivos de las reformas del ET y del artículo 35-5 que nos ocupa no se haya dicho nada al respecto". Igualmente, recuerda que dicha interpretación es acorde con una interpretación lógico sistemática del precepto estudiado, pues el deber de registrar la jornada laboral "se contempla al tiempo de regular el legislador las horas extraordinarias y no la jornada laboral ordinaria, el tiempo de trabajo, lo que es relevante por cuanto el diferente encabezamiento de cada artículo indica que el legislador constriñe el deber empresarial que nos ocupa al

[48] ROJO TORRECILLA, E., "La obligación de registro diario de la jornada: la necesaria intervención del TJUE en el debate judicial entre la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo", *RJL*, núm. 3, 2019. p. 7.
[49] STS, sala de lo social, de 20 de abril de 2017, rec. núm. 116/2016.

registro diario de las horas extras, por cuanto de ser otra su intención habría incluido esa disposición en el artículo 34 que regula la jornada ordinaria, lo que habría obligado al registro diario de toda la jornada laboral, lo que no ha hecho".

En definitiva, "dado el contexto en el que se ubica la norma debe entenderse que su finalidad es el control de la realización de horas extraordinarias, para evitar excesos con los que se sobrepasen los límites que establece, pero no implantar un control de la jornada ordinaria, registro al que no obliga el art. 34 del ET y sí impone en los supuestos especiales que antes se citaron, lo que evidencia el espíritu de la norma que sólo establece esa obligación en casos concretos"[50].

Debe resaltarse, como el TS, aunque no confirma la sentencia de la AN, insiste en la idea de que sería conveniente "una reforma legislativa que clarificara la obligación de llevar un registro horario y facilitara al trabajador la prueba de la realización de horas extraordinarias".

Posteriormente, la doctrina judicial de suplicación[51] ha seguido el criterio del TS en el sentido de declarar que no existe obligación alguna de registrar la jornada diaria de trabajo.

5.3. Antecedentes judiciales comunitarios

En esta misma línea, debe tenerse en cuenta la interpretación que de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, se viene manteniendo desde las instituciones europeas, en concreto desde el TJUE[52].

El conflicto planteado surge en el marco del litigio entre CCOO y Deutsche Bank sobre la inexistencia en dicha empresa de un sistema de registro de la jornada diaria realizada por su plantilla. Concretamente, dicho sindicato considera que este sistema permitiría comprobar el cumplimiento de los horarios de trabajo pactados y de la obligación, establecida en la normativa nacional, de comunicar a los representantes sindicales la información sobre las horas extraordinarias realizadas mensualmente. Según CCOO, la obligación de establecer ese sistema de registro no deriva sólo de la normativa nacional, sino de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de la Directiva 2003/88/CE. Por su parte, Deutsche Bank estima que de la jurisprudencia española se deduce que el Derecho español no establece dicha obligación con carácter general, sino que debe entenderse que la normativa española únicamente exige, salvo pacto en contra, que se lleve un registro de las horas extraordinarias efectuadas por las personas trabajadoras y que, al final de cada mes, se comunique a las mismas y a sus representantes el número de horas extraordinarias realizadas.

---

[50] STS, sala de lo social, de 20 de abril de 2017, rec. núm. 116/2016.

[51] SSTSJ Comunidad Valenciana, , sala de lo social, de 3 de mayo de 2018, rec. núm. 910/2018; Castilla y León, de 13 de abril de 2018, rec. núm. 179/2018.

[52] STJUE de 14 de mayo de 2019, asunto C-55/18, caso Federación de Servicios de Comisiones Obreras contra varios.

Ante dicho procedimiento, la AN plantea la cuestión prejudicial[53] al TJUE, pues, estima que para comprobar si se han realizado horas extraordinarias, debe conocerse con exactitud el número de horas ordinarias de trabajo que se efectúan. Considera, en fin, que el Derecho español no puede garantizar el cumplimiento efectivo de las obligaciones establecidas en las citadas Directivas. Estima que "la interpretación del Derecho español adoptada por el Tribunal Supremo priva en la práctica, por un lado, a los trabajadores de un medio probatorio esencial para acreditar que su jornada laboral ha superado la duración máxima del tiempo de trabajo y, por otro, a los representantes de aquellos de un medio necesario para comprobar si se respetan las normas aplicables en la materia, lo que comporta dejar en manos del empresario el control del cumplimiento de la jornada laboral y de la observancia de los períodos de descanso".

Finalmente, el TJUE[54], en el referido caso, interpreta que las Directivas 2003/88/CE y 89/391/CEE, consideradas a la luz del art. 31.2 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se oponen a una normativa que no impone a los empresarios la obligación de establecer un sistema que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada persona trabajadora. Es decir, el tribunal comunitario estima que el Estado español queda obligado a establecer legalmente la obligación de registrar y controlar la jornada laboral diaria realizada por cada persona trabajadora.

El TJUE comienza destacando la importancia del derecho fundamental de toda persona trabajadora a la limitación de la duración máxima del tiempo de trabajo, así como a los períodos de descanso diario y semanal, consagrado en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Estima que los Estados miembros deben velar por que las personas trabajadoras se beneficien efectivamente de los derechos que les han conferido, sin que los criterios concretos elegidos para garantizar la aplicación de la Directiva puedan vaciar de contenido dichos derechos. Recuerda que la persona trabajadora es la parte débil de la relación laboral, por lo que debe, de alguna forma, intentar equilibrar la posición de ambas partes[55].

Es decir, sin un sistema que permita controlar y computar la jornada laboral diaria realizada por las personas trabajadoras no es posible determinar de manera objetiva el número de horas de trabajo efectivas ni su distribución en el tiempo, como tampoco el número de horas extraordinarias, lo que dificulta, cuando no imposibilita en la práctica, que las personas trabajadoras puedan hacer respetar sus derechos.

La importancia pues de ello se halla en que, como se ha indicado, determinar de manera objetiva el número de horas de trabajo diario y semanal es esencial para poder comprobar si se ha respetado la duración máxima del tiempo de trabajo semanal y los períodos mínimos de descanso diario y semanal.

Por ello, se estima que una normativa nacional que no establezca obligación de utilizar un registro para comprobar y verificar esos límites de

[53] Auto de 19 de enero de 2018, proc. núm. 252/2017.

[54] STJUE de 14 de mayo de 2019, asunto C-55/18, caso Federación de Servicios de Comisiones Obreras contra varios.

[55] Añade que "habida cuenta de esta posición de debilidad, podría disuadirse al trabajador de hacer valer expresamente sus derechos frente al empresario, en particular cuando la reivindicación de estos pudiera provocar que quedara expuesto a medidas adoptadas por el empresario que redundase en perjuicio de las condiciones de trabajo del trabajador".

jornada no puede asegurar el efecto útil de los derechos que confieren la Carta y la Directiva relativa al tiempo de trabajo, ya que priva tanto a las empresas como a las personas trabajadoras de la posibilidad de comprobar si se respetan esos derechos. Por tanto, para garantizar dicho efecto útil, los Estados miembros deben imponer a los empresarios la obligación de implantar un sistema objetivo, fiable y accesible que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada persona trabajadora. En palabras del TJUE, "los Estados miembros deben adoptar todas las medidas necesarias para asegurarse de que se respeten los períodos mínimos de descanso y para impedir que se sobrepase la duración máxima del tiempo de trabajo semanal con el fin de dar plena efectividad a la Directiva 2003/88, una normativa nacional que no establezca la obligación de utilizar un instrumento que permita determinar objetivamente y de manera fiable el número de horas de trabajo diario y semanal no puede asegurar, de conformidad con la jurisprudencia expuesta en el apartado 42 de la presente sentencia, el efecto útil de los derechos que confieren el artículo 32, apartado 2, de la Carta y esta Directiva, en la medida en que priva tanto a los empresarios como a los trabajadores de la posibilidad de comprobar si se respetan tales derechos, y, por tanto, puede comprometer el objetivo de dicha Directiva, que consiste en garantizar una mejor protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores"[56].

5.4. Antecedentes normativos en la Administración Pública

En el ámbito de la Administración Pública, el control del horario de trabajo lleva, en realidad, más de 40 años implantado. Su origen se halla en Instrucción del 21 de diciembre de 1983, del Ministerio de la Presidencia del Gobierno, en el primer Ejecutivo de Felipe González, cuyo punto cuarto señalaba que "*a la entrada en vigor de estas normas, todos los centros y oficinas de la Administración Civil del Estado, sus organismos autónomos y entidades de Seguridad Social deberán dotarse de los medios adecuados de control de los horarios del personal, basados en mecanismo de reloj registrador de ficha*". La norma seguía expresando que "*todos los funcionarios y empleados públicos tendrán obligación de fichar al entrar y salir del centro de trabajo, tanto al comienzo y final de la jornada, como en toda ausencia y retorno durante la misma".*

También es verdad que cada centro tiene su forma del registro horario. No todas las personas empleadas públicas están dedicadas a tareas administrativas

Con anterioridad, únicamente la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 recogía en su art. 78 que "*la jornada de trabajo de los funcionarios de la Administración del Estado será la que reglamentariamente se determine*", y

[56] Y adiciona que "esta dificultad no se ve atenuada en absoluto por la obligación que incumbe a los empresarios en España de establecer, en virtud del artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores, un sistema de registro de las horas extraordinarias realizadas por los trabajadores a que hayan prestado su consentimiento a este respecto. En efecto, la calificación de horas "extraordinarias" presupone que se conozca, y por lo tanto, que se haya computado de antemano, la duración de la jornada laboral efectiva de cada trabajador afectado. La obligación de registrar únicamente las horas extraordinarias realizadas no ofrece a los trabajadores un medio eficaz capaz de garantizar, por un lado, que no se sobrepasa la duración máxima del tiempo de trabajo semanal establecida en la Directiva 2003/88".

previéndose en sus arts. 88 y ss que el incumplimiento de esa obligación podría ser falta muy grave si suponía el abandono del servicio, o falta grave o leve en función de la perturbación que ocasionase al servicio público.

Asimismo, la Ley 30/1984 también recogía en su art. 31 como falta muy grave el abandono del servicio o la notoria falta de rendimiento que comportase inhibición en el cumplimiento de las tareas encomendadas, mientras que las faltas de puntualidad y asistencia, cuando constituyesen faltas leves, serían sancionadas con la deducción proporcional de retribuciones.

6. RÉGIMEN DE CONTROL DEL TIEMPO DE TRABAJO EN EL TELETRABAJO

Desde el punto de vista de la jornada de trabajo, la modalidad de teletrabajo plantea importantes problemas, pues cuando se prestan los servicios presenciales la persona trabajadora se siente, en cierta forma, obligada a estar en contacto con la empresa a través de los distintos dispositivos tecnológicos que existen, mientras que cuando se trata de una persona trabajadora digital a distancia es más complejo llevar a cabo un control real del tiempo de trabajo.

Esta modalidad de prestación de servicios obliga a revisar los instrumentos habituales de control de la prestación de servicios en la modalidad presencial, pues el teletrabajo comporta, como característica innata, una autonomía en la organización de la prestación de servicios por parte de la persona trabajadora.

La necesidad de establecer un control del tiempo de trabajo en esta modalidad halla su causa, por un lado, en la necesidad de cumplir la normativa laboral a efectos de la jornada laboral, pero también, por otro lado, desde el punto de vista de la seguridad y salud laboral de la persona trabajadora, pues no cabe duda que "la eliminación de la rígida frontera entre tiempo de trabajo y descanso puede terminar generando una situación en la que el trabajo (…) lo invada todo y el trabajador ya no disponga de un tiempo de descanso genuino y propio"[57]. Por ello, esta necesidad de respetar el descanso requiere de un control de los límites de la jornada de trabajo. Se trata de evitar riesgos que puedan afectar a la salud de la persona teletrabajadora. Por tanto, en cumplimiento de la obligación empresarial de proteger la salud de sus personas trabajadoras se debe respetar y controlar la jornada de trabajo.

El desajuste que puede existir entre la jornada y la carga laboral, o la prolongación de ésta a través de la permanente conexión de la persona teletrabajadora con la empresa por el uso intensivo de las nuevas tecnologías, no sólo plantea interrogantes sobre ese exceso de trabajo, sino también en relación con los nuevos riesgos emergentes, esto es, los riesgos psicosociales que, cada vez más alcanzan cifras más preocupantes. Y de ahí, el derecho a la desconexión digital.

[57] MELLÁ MÉNDEZ, L., "Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y la salud de los trabajadores (I)", *Trabajo y Derecho*, núm. 16, 2016. p. 2.

Debe recordarse que el control de la jornada de trabajo no debe contemplarse únicamente desde un punto de vista del cumplimiento del horario de trabajo y evitar excesos, sino que también es importante para ordenar los tiempos de descanso dentro de la jornada y entre jornadas, aspecto íntimamente relacionado con la desconexión digital, derecho recogido en el art. 88 LO 3/2018[58].

Por ello, la doctrina judicial[59] considera que el respeto del descanso forma parte del derecho de la persona teletrabajadora de su seguridad y salud, obligación empresarial, pues así señala que "el respeto de los límites de jornada y descansos forma parte del derecho del trabajador a la protección de su seguridad y salud (Directiva 2003/88/CE), que es responsabilidad del empresario, a partir de la obligada evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva. Aunque el trabajador preste su trabajo en su domicilio corresponde a la empresa establecer las pautas necesarias sobre tiempo de trabajo para garantizar el cumplimiento de los límites de jornada y descansos".

Este control del tiempo de trabajo en el teletrabajo es necesario pues, aunque, como es aplaudida la mayor posibilidad de conciliar las responsabilidades familiares y profesionales a través del teletrabajo, sin embargo, estos "procesos de cambio que permiten que el individuo pase más tiempo en su casa que en el trabajo, pero que también pase más tiempo trabajando en casa, podrían ser un arma de doble filo para algunos"[60]. En otras palabras, "si bien ciertos avances tecnológicos recientes como el teletrabajo y el trabajo móvil (T/TICM) crean una mayor autonomía, también parecen estar asociados con una mayor intensidad de trabajo, ya que difuminan los límites entre el lugar de trabajo y el hogar, y entre el tiempo dentro y fuera del trabajo"[61]. Concretamente, Alemania aporta datos más concretos advirtiendo sobre los riesgos derivados del abuso del horario flexible y la desaparición gradual de las fronteras entre el tiempo de trabajo y el tiempo libre al señalar que "el 30 por ciento de los empleados administrativos afirma que trabajan a domicilio al menos de vez en cuando (el 2 por ciento en caso de los obreros) y el 12 por ciento reconocen que varias veces a la semana atienden cuestiones relacionadas con el trabajo durante su tiempo libre (el 4 por ciento en el caso de los obreros)"[62].

De ahí la necesidad, como ya adelantó la Declaración del Centenario de la OIT para el futuro del trabajo, en la centésima octava reunión de la Conferencia, celebrada el 21 de junio de 2019, en Ginebra, que el potencial del progreso tecnológico debe aprovecharse para lograr trabajo decente y

---

[58] De 5 de diciembre, de Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.

[59] STSJ de Castilla y León, de 3 de febrero, de 2016, re. núm. 2229/2015.

[60] OIT, *Memoria del Director General. Informe I. La iniciativa del centenario relativa al Futuro del Trabajo.* Ginebra: OIT, 2015. p. 15. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_370408.pdf

[61] OIT, *Informe inicial para la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo*. Ginebra: OIT, 2017. p. 22. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_591504.pdf

[62] OIT, *Síntesis de los diálogos nacionales sobre el futuro del trabajo*. Ginebra: OIT, 2017. p. 62. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_591507.pdf

desarrollo sostenible, con el objetivo de asegurar la dignidad, la realización personal y una distribución equitativa de los beneficios para todos[63].

Sin embargo, la exigencia legal del registro de la jornada de trabajo en la modalidad de teletrabajo ha sido uno de los aspectos más discutidos a raíz del RDL 8/2019, norma que tiene como fin garantizar el cumplimiento de las limitaciones en materia de jornada, crear un marco de seguridad jurídica –tanto para empresas como para personas trabajadoras- y permitir el control por parte de la autoridad competente. Esta obligación de registro que establece, además de ser obligatoria para las empresas privadas es también obligatoria para el personal laboral de la Administración Pública, que en materia de jornada le es aplicable tanto la normativa de función pública como la laboral. No obstante, para el empleado público el sistema no es tan claro.

Por un lado, como señala la doctrina, uno de los problemas que surgen a la hora de realizar el registro horario es que "el tiempo de dedicación al trabajo no es una realidad común, puesto que en el mercado de trabajo conviven horarios de distinta naturaleza, desde fijos, flexibles, libres; se contemplan jornadas continuadas, partidas o intensivas; jornadas que arrancan o finalizan en el centro de trabajo y jornadas que no; teletrabajadores; sistemas de jornada flexwork; tiempos de trabajo efectivo y otros de mera presencia…"[64]

Concretamente, en el régimen legal de la Administración Pública debe tenerse en cuenta la aplicación de dos regímenes jurídicos que regulan las condiciones de trabajo, y más concretamente, en relación con el control del tiempo de trabajo. Concretamente, el EBEP[65] regula en su art. 45 la jornada de trabajo de los funcionarios previendo al respecto que "*las Administraciones Públicas establecerán la jornada general y las especiales de trabajo de sus funcionarios públicos*", y en relación con el personal laboral, el art. 51 determina que para la ordenación del régimen de su jornada de trabajo, permisos y vacaciones se estará a lo establecido en el EBEP y en la legislación laboral correspondiente, sin olvidar tampoco la importancia de la negociación colectiva en la materia. De esta forma, por un lado, para los funcionarios (de carrera o interinos) la regulación se halla en el EBEP, mientras que para el personal laboral, nos encontramos con diversas fuentes (EBEP, y ET) debiéndose interpretar que, dada la redacción del EBEP, está dirigido esencialmente a los que ostentan la condición de funcionarios públicos y sólo se aplica al personal laboral de forma subsidiaria, cuando no exista una norma convencional que regule la materia[66]. Otro sector considera que esta aplicación acumulativa de diversas normativas nos sitúa en un supuesto de concurrencia de normas que debe resolverse en el sentido más favorable para el interés de la persona trabajadora, aplicándose pues la normativa laboral si constituye una mejora en relación con el carácter mínimo del EBEP y las disposiciones administrativas correspondientes.

Asimismo, el art. 37.1.m) EBEP señala como materias objeto de negociación las referidas a calendario laboral, horarios, jornadas y permisos,

---

[63] OIT, *Declaración del Centenario de la OIT para el futuro del trabajo*. Ginebra, Conferencia Internacional del Trabajo, 2019. p. 3.

[64] DEL MAR, V.; MOLINA GARCÍA, O., "La implementación técnica del Registro de la Jornada", *El Derecho,* 2019. Disponible en https://elderecho.com/la-implementacion-tecnica-del-registro-la-jornada

[65] RDLegislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

[66] STS, sala de lo social, de 13 de febrero de 2019; de 5 de octubre de 2010.

siendo una de ellas ésta, de tal forma que su no negociación, conllevaría la nulidad[67].

Por su parte, la LRBRL[68] en su art. 94 establece que la jornada de trabajo de los funcionarios de la Administración local será en cómputo anual la misma que se fije para los funcionarios de la Administración Civil del Estado, aplicándoseles las mismas normas sobre equivalencia y reducción de jornada. Por tanto, cabe remitirse a lo regulado en el EBEP y legislación complementaria.

Sin embargo, atendiéndonos a la doctrina judicial comunitaria[69], que establece que, en atención a la Directiva Europea sobre el tiempo de trabajo y la Directiva sobre seguridad y salud, los Estados miembros deben establecer un sistema de registro de la jornada laboral diaria, y obligar a las empresas a implantar un sistema que sea objetivo, fiable y accesible para computar la jornada laboral diaria de cada persona trabajadora, cabe interpretar que dicha obligación afecta tanto a las empresas privadas como a la Administración Pública.

De ahí, que a la hora de estudiar este aspecto, vamos a diferenciar entre la regulación estatutaria y la laboral.

6.1. Legislación de la Administración Pública

En el ámbito de la Administración Pública, destaca, por un lado, el recién art. 47 bis EBEP incorporado por el RDL 29/2020, el cual no hace referencia específica al control del tiempo de trabajo, indicando únicamente que el personal empleado público tiene 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*", incluyendo también al personal laboral. No obstante, la Exposición de Motivos del RDL 29/2020 establece de forma clara que "*el teletrabajo no podrá suponer ningún incumplimiento de la jornada y el horario que corresponda en cada caso*". Asimismo lo establece también el Acuerdo de la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas de 21 de septiembre de 2020.

Por tanto, habrá que estarse a la norma de desarrollo que se negocie en cada Administración para la regulación del control horario.

En este sentido, por el momento, ante la ausencia de un desarrollo específico, se cuenta con la Resolución de 28 de febrero de 2019, de la Secretaría de Estado de Función Pública, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal al servicio de la Administración General del Estado y sus organismos públicos. Esta Resolución no es específica de la modalidad de teletrabajo, pero se pueden extraer una serie de observaciones.

En su apartado 11.1, referente a la justificación de las ausencias se establece que "*los empleados o empleadas públicos deberán registrar en el sistema de control horario de su centro de trabajo todas las entradas y salidas correspondientes a su modalidad de jornada*". Además, como bien recuerda

[67] STSJ Andalucía, sala de lo contencioso-administrativo, de 6 de julio de 2015, rec. núm. 44/2011.
[68] Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local.
[69] STJUE de 14 de mayo de 2019, asunto C-55/18, caso Federación de Servicios de Comisiones Obreras contra varios.

el apartado 12.3 de la Resolución de 28 de febrero de 2019, ello incide en los *"programas de cumplimiento de la jornada de trabajo debida y de control del absentismo, adoptando las medidas necesarias para la corrección de incumplimientos e infracciones"*.

Concretamente, el artículo 12.3 señala que "*asimismo, deberán remitir trimestralmente a la Secretaría de Estado de Función Pública información sistemática sobre el cumplimiento de jornadas y horarios de trabajo y sobre los niveles de absentismo, de acuerdo con los criterios que se determinen por la Comisión Coordinadora de las Inspecciones Generales de Servicios de los Departamentos ministeriales y con el procedimiento que establezca la Dirección General de Gobernanza Pública. Por su parte, las Inspecciones de Servicios u otros órganos de control, realizarán mensualmente seguimiento tanto de las ausencias no justificadas como de la realización de las correspondientes deducciones proporcionales de haberes*".

De hecho, en cuanto a la forma de llevar a cabo el registro y el control, de acuerdo con el art. 37 EBEP, su posible implantación deberá negociarse previamente en la Mesa General de Negociación.

Además, según la doctrina judicial, debe tenerse presente que no es suficiente fichar para cumplir con la jornada y el horario laboral fijado, sino que es necesaria, la presencia efectiva en el puesto de trabajo durante dicha jornada[70]; aunque ello no impide la realización de ciertas tareas fuera de la sede[71]. El control horario supone una garantía jurídica no sólo para la Administración asegurando que el funcionario cumple, sino también para el propio empleado (laboral o funcionario).

En el caso de la Generalitat de Cataluña, la Instrucción 1/2020, de 28 de febrero, sobre el procedimiento de autorización para la prestación de servicios en la modalidad de teletreball al personal de la Administración de la Generalitat y sus organismos autónomos que presta servicios en el Distrito Administrativo de la Generalitat de Cataluña en Barcelona, se ordena el registro mediante el sistema de control horario del Portal de información y servicio para el empleado público (ATRI), que consiste en una declaración responsable de la persona teletrabajadora, sin perjuicio de que la Administración, obviamente, pueda verificarlo. Ello significa pues que se acoge una fórmula de autogestión del tiempo de trabajo por parte de la persona teletrabajadora.

Asimismo, la Instrucción 1/2020, de 28 de febrero, recoge en su art. 3 que "*3.2.2 La jornada en régimen de teletrabajo admite una flexibilidad total, respetando las pausas y los descansos entre jornadas, así como las franjas horarias de disponibilidad obligatorias por interconexionado y coordinación que se establezcan dentro del horario de permanencia obligatoria. 3.2.3 Durante las jornadas de teletrabajo, por necesidades del servicio debidamente justificadas y con un preaviso no inferior a veinticuatro horas, se podrá exigir la presencia física obligatoria a las reuniones de trabajo. 3.2.4 La jornada realizada en la modalidad de teletrabajo se registrará mediante el sistema de control horario del portal del empleado público ATRI y es una declaración responsable de la persona teletrabajadora"*.

Posteriormente, la Instrucción 5/2020, de 24 de mayo, sobre reincorporación progresiva a los centros de trabajo, teletrabajo y otras

[70] STS, sala de lo contencioso-administrativo, de 31 de enero de 1995, rec. núm. 9372/1999.
[71] STSJ Aragón, sala de lo contencioso-administrativo, de 8 de febrero de 2000, rec. núm. 477/1997.

medidas organizativas de aplicación al personal al servicio de la Administración de la Generalitat de Cataluña con motivo del coronavirus SARS-CoV-2, establece en su art. 3 el régimen preferente del teletrabajo, regulando en su art. 10 que, además de que la jornada equivaldrá a siete horas y treinta minutos, la distribución de las horas de la jornada deberá respetar la franja horaria acordada de disponibilidad, siendo las horas totalmente flexibles, respetando siempre las pausas y descansos. Es decir, se dispone que aquellas personas empleadas públicas que hayan sido autorizadas para prestar sus servicios mediante teletrabajo deberán cumplir con la franja horaria de disponibilidad pactada para interconexión y coordinación dentro del horario de permanencia obligatorio, siendo el resto de la jornada totalmente flexible.

Además, dicho art. 10 Instrucción 5/2020 establece que dichos empleados deberán registrar en el portal del empleado público ATRI como justificación de no presencia el "teletrabajo" indicando la hora de inicio y de finalización de su jornada, y sin superar la jornada autorizada.

Actualmente, contamos con una norma más concreta, esto es, el Decreto 77/2020, cuya DA1 establece que la dedicación horaria de los días que se preste el servicio mediante teletrabajo se computarán según las equivalencias establecidas en los criterios reglamentarios de homogeneización de jornadas. Asimismo, la Administración habilitará los mecanismos de control horario a efectos de registrar la jornada realizada, y dictará, en su caso, las instrucciones necesarias.

Aún no se cuenta con un desarrollo reglamentario, por lo que debemos acudir a las ya indicadas Instrucción 1/2020, y la Instrucción 5/2020, en las que se establece que las jornadas prestadas mediante la modalidad de teletrabajo tienen una equivalencia de 7,5 horas o su equivalente según el art. 15 Decreto 56/2012, de 29 de mayo, y que las mismas se registrarán según el sistema ATRI, partiendo de la flexibilidad como característica esencial del teletrabajo. Concretamente, en la web de la Administración de la Generalitat de Cataluña se señala[72] que "las personas autorizadas a realizar teletrabajo tienen que formalizar la jornada laboral a ATRI como Justificación de no presencia – Teletrabajo: habrá que realizar la jornada teórica diaria indicando la hora de inicio y finalización (7,5 horas o sus equivalentes en las diferentes jornadas), y garantizar la disponibilidad/contacto durante las franjas de presencia obligatoria. El resto del tiempo de trabajo se podrá realizar según la distribución horaria que se crea conveniente".

Por tanto, en este caso, se realiza una simple declaración de la persona responsable justificando la realización de teletrabajo. Es decir, en cuanto al control horario de la persona teletrabajadora, esta modalidad de prestación no tiene porque suponer ningún cambio en el registro, de tal forma que podría llevarse a través de un programa informático, una plataforma electrónica o una app, que permita su control en remoto. Por tanto, una posibilidad para controlar el tiempo de trabajo de las personas que prestan su servicio en la modalidad de teletrabajo puede ser a través de unos parámetros básicos como la conexión a internet, o la actividad desarrollada a través de internet. De hecho, la STSJ de Castilla y León, de 3 de febrero de 2016, rec. núm. 2229/2015, señala que "por otra parte en el caso del trabajo

[72] Disponible en http://politiquesdigitals.gencat.cat/ca/pgov_ambits_d_actuacio/administraciodigital/teletreball/teletrebal/

desarrollado con conexión a internet el control del ejercicio laboral a distancia, mediante la comprobación de la conexión del trabajador a la intranet empresarial y de su actividad en la red, no supone en principio y en condiciones normales invasión del espacio protegido bajo el concepto de domicilio y además es susceptible de inspección y control por la Administración Laboral".

De cualquier forma, a mi parecer, es una realidad que no debe pasar desapercibida que en la modalidad de teletrabajo, tiene más sentido establecer el sistema de registro del horario basado en el trabajo por objetivos, instrumento que orienta el trabajo hacia los resultados y la evaluación del desempleo. Por tanto, aunque, por el momento, se siga con el fichaje horario, creo que debe irse hacia este sistema.

Según el Servicio de Asistencia Jurídica de Recursos Humanos, en Nota jurídica de 9 de abril de 2020 –*El Teletreball en els Ajuntaments*- señala que "la prestación de servicios en la modalidad de teletrabajo comporta replantear el seguimiento y el control de las tareas, el desarrollo de las funciones y el tiempo de trabajo de los empleados y empleadas. Este nuevo planteamiento del control de la actividad tendrá que sujetarse necesariamente por el seguimiento y evaluación del desempeño de los objetivos, de la calidad en el trabajo o producto que, previamente, tendrán que ser parametrizados y reconocidos en los acuerdos que adopte cada ayuntamiento".

En este sentido, los acuerdos sectoriales que se adopten en aras a la ordenación y concreción del teletrabajo y, concretamente, del control del tiempo de trabajo en esta modalidad de prestación, deberán regular los mecanismos de definición de objetivos y de calidad del trabajo; los mecanismos de seguimiento de la prestación de trabajo –como podría ser a través del establecimiento de la figura del supervisor, de comisiones de evaluación o la definición de planes de trabajo individuales previamente concertados-; así como la determinación de los criterios de evaluación –conexión telemática obligatoria durante unos períodos de tiempo, calidad de los resultados…-.

Esta misma línea de avanzar hacia el trabajo por objetivos es la que sigue, en cierta forma, el Decreto 77/2020, que establece que la finalidad de esta modalidad es avanzar en la orientación del trabajo hacia los resultados, potenciar la autonomía e iniciativa personal en la realización de las tareas, y ofrecer mayor flexibilidad en el uso y distribución del tiempo de trabajo, superando así la cultura de la presencialidad.

En este sentido, el art. 6 Decreto 77/2020 regula el "*Plan Personal de trabajo para la prestación de servicios en la modalidad de teletrabajo",* documento firmado entre la persona teletrabajadora y quien ejercerá la supervisión del mismo, con el conocimiento del jefe de la unidad directiva, donde se deben detallar las tareas que se realizan en la modalidad de teletrabajo y los objetivos a conseguir; concreción de los días de la semana de teletrabajo; el establecimiento de unas franjas horarias de disponibilidad obligatoria para la interconexión y concreción dentro del horario de permanencia obligatoria; y el régimen de control y seguimiento de los objetivos del trabajo y la evaluación periódica.

También la Instrucción 5/2020, prevé en su art. 10, junto al registro horario, que se deberá realizar un seguimiento periódico de los objetivos del

trabajo por parte del supervisor en relación con las personas empleadas públicas. De igual modo, el art. 47 bis EBEP prevé que "*el teletrabajo deberá contribuir a una mejor organización del trabajo a través de la identificación de objetivos y la evaluación de su cumplimiento*".

Por ello, considero que cuando se decide prestar los servicios mediante teletrabajo, el objetivo principal no debe ser controlar el tiempo de trabajo, o el tiempo de conexión o disponibilidad, sino fijar unos objetivos. Con independencia de que se pacten unas franjas horarias de conexión o de disponibilidad, lo esencial será pactar unos objetivos conjuntos.

Estos proyectos a realizar deben fijar unos objetivos no sólo finales, sino también continuos o intermedios, de tal forma que, se permita su revisión y, en su caso, corrección, en función de las evaluaciones realizadas. Se trata, en el fondo, de implementar el modelo de dirección por objetivos, que establece que, además de que los objetivos han de ser específicos, realistas, medibles, flexibles y factibles, los indicadores, por su parte, han de ser los elementos que proporcionen la información sobre el grado de cumplimento de los objetivos, debiendo ser pertinentes, fiables y comparables. Por ello, han de fijarse un cronograma de control y seguimiento continuo con una evaluación también continua y periódica, basándose en los indicadores fijados, todo ello de común acuerdo con la persona teletrabajadora.

6.2. Regulación normativa en otras Comunidades Autónomas

Si se analiza la normativa de las otras Comunidades Autónomas que tienen establecida la fórmula del teletrabajo, podemos observar que existen varias comunidades que establecen que el sistema de control no es el tiempo de trabajo, sino los objetivos alcanzados.

Destaca, en primer lugar, la Comunidad Valenciana, cuya Ley 10/2010, de ordenación y gestión de la Función Pública Valenciana, ya remitía a la implantación del teletrabajo, desarrollo reglamentario que se llevó a cabo con el Decreto 82/2016, de 8 de julio, del Consell, por el que se regula la prestación de servicios en régimen de teletrabajo del personal empleado público de la Administración de la Generalitat. Este Decreto es aplicable tanto al personal funcionario como laboral, y su art. 7, recoge como máximo tres días semanales en los que los servicios se pueden prestar desde el domicilio, y que el "*control del trabajo se realizará atendiendo al cumplimiento de objetivos o a la consecución de resultados. Asimismo, se podrán fijar periodos mínimos de interconexión para la realización del trabajo e incluso que estos periodos se hagan coincidir con unas franjas horarias determinadas en las que las necesidades del servicio hacen necesaria la intercomunicación*". Deja a que sea el plan o programa concreto de teletrabajo, el que establezca la distribución de la jornada y el sistema de control concretos.

En segundo lugar, en Castilla-la Mancha, es el Decreto 57/2013, de 12 de agosto, el que regula la prestación de servicios de los empleados públicos en régimen de teletrabajo en la Administración de Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (también aplicable tanto a personal funcionario como laboral), estableciendo en su art. 8 las directrices para llevar a cabo el control del horario de trabajo. Así señala que "*los criterios de control de las tareas*

desarrolladas mediante teletrabajo serán fijados por las personas responsables de las unidades administrativas. Con carácter general y preferente, el control o evaluación del rendimiento se realizará atendiendo al cumplimiento de objetivos o a la consecución de resultados, pudiéndose utilizar los medios tecnológicos como instrumento de control adicional para verificar el trabajo realizado. El control horario del tiempo de asistencia presencial al puesto de trabajo se efectuará en los términos establecidos en la normativa reguladora de los horarios de trabajo".

En tercer lugar, en el caso de Baleares, el Decreto 36/2013, de 28 de junio, por el que se regula la modalidad de prestación de servicios mediante teletrabajo en la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, que es aplicable tanto a personal funcionario como laboral, recoge en su art. 9 que "*corresponde a la persona que tenga que cumplir las funciones de supervisora de las tareas del personal que preste servicios en régimen de teletrabajo determinar, semanalmente como regla general, las tareas concretas que tendrán que llevar a cabo en esta modalidad de prestación de servicios, y la realización del seguimiento del trabajo desarrollado de acuerdo con los objetivos y resultados que se tengan que alcanzar, los criterios de control de las tareas desarrolladas y los sistemas de indicadores o mecanismos de medida, en su caso, que permitan comprobar que dichos objetivos se han cumplido. 3. La jornada de trabajo del personal que presta servicios en la modalidad de teletrabajo será, en cuanto a la parte presencial, proporcionalmente la misma, en cómputo mensual, que la que tiene el personal en régimen presencial. En cuanto a la parte no presencial, se tendrá que acreditar el cumplimiento de los objetivos marcados y el de los períodos de interconexión pactados mediante el envío de correos electrónicos de control al acabar y empezar, o con un sistema equivalente que establezca la Administración*".

En cuarto lugar, en Galicia es la Orden de 20 de diciembre 2013, la que regula la acreditación, la jornada y el horario de trabajo, la flexibilidad horaria y el teletrabajo de los empleados públicos en el ámbito de la Administración general y del sector público de la Comunidad Autónoma de Galicia. Esta Orden también es aplicable tanto a personal laboral como funcionario. Su art. 15, que fija también como máximo tres días de teletrabajo, establece que "*durante la jornada dedicada al teletrabajo, el/la teletrabajador/a debe estar disponible en todo momento, en los términos establecidos en la correspondiente resolución de concesión, por lo que deberá tener activado el correo corporativo y el teléfono móvil indicado al efecto, y la Administración podrá requerir su presencia en las dependencias administrativas si así fuera preciso por las necesidades del servicio".*

Asimismo, la Resolución de 8 de agosto 2014, establece las instrucciones relativas al desarrollo de la Orden de 20 de diciembre de 2013 por la que se regulan la acreditación, la jornada y el horario de trabajo, la flexibilidad horaria y el teletrabajo de los empleados públicos en el ámbito de la Administración general y del sector público de la Comunidad Autónoma de Galicia. En la misma se establece que la jornada de teletrabajo "*se desarrollará de conformidad con lo establecido en la resolución de concesión, computándose como máximo 7 horas y 30 minutos cada día a efectos de cumplimiento de la jornada laboral, excepto en el supuesto de que el trabajador o trabajadora tenga una jornada distinta a la oficial*", y que

en cuanto a la forma de control "*en esta modalidad se trabajará por objetivos, según las tareas que sean encomendadas por la persona supervisora, que será la responsable de verificar su adecuado desempeño a través de los indicadores acordados y de los medios de seguimiento de la actividad que se establezcan*".

En quinto lugar, en Asturias, es la Resolución de 13 de mayo 2019, la que regula la prestación del servicio en la modalidad no presencial, mediante la fórmula del teletrabajo, en el Consorcio Asturiano de Servicios Tecnológicos. Es aplicable tanto a personal laboral como funcionario y recoge en su art. 7 que "*durante la jornada dedicada al teletrabajo, el teletrabajador debe estar disponible en todo momento, en los términos establecidos en la correspondiente resolución de concesión, por lo que deberá tener activado el correo corporativo y el teléfono móvil indicado al efecto, y la Administración podrá requerir su presencia en las dependencias administrativas si así fuera preciso por las necesidades del servicio, comunicando esta circunstancia con una antelación mínima de 24 horas*". Por lo que se refiere al cumplimiento de la jornada, el art. 7.5 señala que "*el cumplimiento de la jornada de trabajo bajo la modalidad no presencial será fijado por acuerdo entre la Administración y el empleado público, según aconseje la mejor prestación del servicio. En todo caso se realizará una jornada de teletrabajo diaria equivalente a la jornada presencial habitual, de modo que el tiempo computado en régimen de teletrabajo sumado al tiempo de permanencia física en el puesto de trabajo, totalicen las horas reglamentarias de trabajo semanal"*, y su apartado 6 fija que "*el sistema de control horario dispondrá de un concepto de justificación de "jornada no presencial en la modalidad de teletrabajo". El empleado público sujeto al régimen de teletrabajo deberá realizar los fichajes de inicio y fin de la jornada, así como los relativos al resto de situaciones e incidencias ocurridas en la jornada no presencial*". Asimismo, su art. 9 señala que "*el seguimiento y control o evaluación del trabajo realizado por la persona teletrabajadora se efectuará atendiendo al cumplimiento de objetivos o a la consecución de resultados, utilizándose los medios de control precisos que determine la Gerencia del Consorcio, como instrumentos de seguimiento y verificación del trabajo realizado*".

Por su parte, en Murcia, con la Orden de 3 de octubre de 2016, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, se instauró un proyecto piloto experimental de teletrabajo. Su artículo 10 referente al control horario establece que "1. *Con carácter general y preferente, el control o evaluación del trabajo realizado por la persona teletrabajadora se efectuará atendiendo al cumplimiento de objetivos o a la consecución de resultados, pudiendo utilizar los medios tecnológicos como instrumento de control adicional para verificar el trabajo realizado. 2. Los objetivos y resultados a conseguir así como los criterios de control de las tareas desarrolladas mediante teletrabajo serán fijados por la persona titular de la Jefatura de Servicio o de la unidad administrativa a la que esté adscrito el personal teletrabajador, de acuerdo con él, en función de las necesidades del servicio. 3. El sistema de control horario dispondrá de un concepto de justificación de jornada no presencial en la modalidad de teletrabajo".*

No obstante, en otras comunidades no queda tan claro el sistema de control. Así sucede en el caso del País Vasco, siendo el Decreto 92/2012, de

29 de mayo, por el que se aprueba el Acuerdo sobre la prestación del servicio en la modalidad no presencial mediante la fórmula del teletrabajo por el personal empleado público de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi y sus Organismos Autónomos, el que establece en su art. 8, que como máximo se prestarán tres días a la semana en modalidad de teletrabajo, que el teletrabajo "*por su naturaleza, no comporta de manera inherente una especial dedicación ni horaria ni de jornada, sino una flexibilidad en la jornada y en los horarios ordinarios. No obstante, se podrán fijar períodos mínimos de interconexión para la realización del trabajo o, incluso que estos períodos de interconexión se hagan coincidir con unas franjas horarias determinadas, en las que las necesidades del servicio hacen necesaria la intercomunicación entre la Administración y la persona teletrabajadora".*

En segundo lugar, en el caso de Castilla y León, el Decreto 16/2018, de 7 de junio, por el que se regula la modalidad de prestación de servicios en régimen de teletrabajo en la Administración de la Comunidad de Castilla y León, no recoge en su art. 15 que, como mínimo un día a la semana sea presencial, cómo será el sistema de control de la jornada. Únicamente indica que "*en cuanto a la parte no presencial de la jornada, el teletrabajador habrá de acreditar a través del plan individual de teletrabajo tanto el cumplimiento de las obligaciones recogidas en el documento de compromisos como de las establecidas durante las jornadas presenciales. Asimismo, habrá de acreditar la satisfacción de los períodos de interconexión. Los períodos de interconexión comprenderán necesariamente la parte no flexible de la jornada ordinaria, que en todo caso podrá someterse a las adaptaciones de horario previstas en la normativa vigente por razones de conciliación de la vida familiar y laboral*".

En tercer lugar, en la Comunidad de Extremadura, el Decreto 1/2018, de 10 de enero, por el que se regula la prestación del servicio en la modalidad no presencial, mediante el teletrabajo, en la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, indica en su art. 6, el cual recoge también como máximo tres días semanales de teletrabajo, que "*el cumplimiento de la jornada de teletrabajo será fijado por acuerdo entre la Secretaría General u órgano competente de los organismos públicos y el empleado público, según aconseje la mejor prestación del servicio. Para la determinación de los términos del acuerdo, la Secretaría General recibirá la correspondiente propuesta de la persona titular del servicio o titular de la dirección del centro donde desempeñe su trabajo la persona teletrabajadora*".

En cuarto lugar, en la Rioja, es el Decreto 45/2013, de 5 de diciembre, el que regula la prestación del servicio en la modalidad no presencial mediante la fórmula del teletrabajo para el personal funcionario y laboral al servicio de la Administración General de la Comunidad Autónoma de La Rioja y sus Organismos Autónomos. Su art. 4 fija que "*el horario en que el teletrabajador preste las funciones de su puesto de trabajo desde su domicilio particular será considerado como parte ordinaria de su jornada de trabajo".*

6.3. Legislación Laboral

La legislación laboral, y en relación con el trabajo presencial, la hallamos en el ET, que como se ha indicado fue objeto de reforma en esta materia por el RDL 8/2019, el cual señalaba en su exposición de motivos que "*una de las circunstancias que han incidido en los problemas del control de la jornada por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, así como en las dificultades de reclamación por parte de las personas trabajadoras afectadas por esa extralimitación horaria y que, a la postre, ha facilitado la realización de jornadas superiores a las legalmente establecidas o convencionalmente pactadas, ha sido la ausencia en el Estatuto de los Trabajadores de una obligación clara por parte de la empresa del registro de la jornada que realizan las personas trabajadoras*".

El art. 34.9 ET establece que "*la empresa garantizará el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, sin perjuicio de la flexibilidad horaria que se establece en este artículo. Mediante negociación colectiva o acuerdo de empresa o, en su defecto, decisión del empresario previa consulta con los representantes legales de los trabajadores en la empresa, se organizará y documentará este registro de jornada. La empresa conservará los registros a que se refiere este precepto durante cuatro años y permanecerán a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social".*

Asimismo, en el RDL 28/2020, regula en su art. 14 el registro del control horario a efectos de garantizar los derechos relacionados con el tiempo de trabajo de la persona trabajadora a distancia, estableciendo que la obligación de registro horario debe reflejar fielmente la jornada de trabajo. Concretamente, el citado precepto establece que "*el sistema de registro horario que se regula en el artículo 34.9 del Estatuto de los Trabajadores, de conformidad con lo establecido en la negociación colectiva, deberá reflejar fielmente el tiempo que la persona trabajadora que realiza trabajo a distancia dedica a la actividad laboral, sin perjuicio de la flexibilidad horaria, y deberá incluir, entre otros, el momento de inicio y finalización de la jornada".*

Por lo que se refiere a criterios interpretativos, en relación con las personas teletrabajadoras únicamente contamos con un pronunciamiento judicial que, además, se refiere al registro de las horas extraordinarias y es anterior a la actual regulación. Es la STSJ Castilla y León, de 3 de febrero de 2016, rec. núm. 2229/2015[73]. La empresa alega que el domicilio es un espacio protegido por el derecho a la intimidad ex art. 18 CE, y que, por tanto, no puede efectuar un control sobre lo que hace la persona teletrabajadora en el mismo, de manera que si realiza horas extraordinarias ello es exclusiva decisión de la persona teletrabajadora. El TSJ considera que el tiempo de trabajo que había realizado la persona teletrabajadora en su domicilio es también tiempo de trabajo de la misma forma que el realizado en el centro de trabajo, que el control del tiempo de trabajo es responsabilidad de la empresa, que es quien debe registrar la jornada de la persona trabajadora, y

[73] Enjuicia el caso de un trabajador presta servicios como corredor de plaza. Se alegan diferentes motivos, siendo el que a estos efectos interesa, el no abono de las horas extraordinarias. El trabajador realiza una jornada de trabajo de duración indeterminada que supera la duración máxima establecida legal y convencionalmente, pues su horario es de 8.00 h a 22.00 o 23.00 h con una hora para la comida, siendo una parte de esta jornada en la oficina y otra en casa en la modalidad de teletrabajo.

que el respeto de los límites de jornada y descansos forma parte del derecho de la persona trabajadora a la protección de su seguridad y salud, lo cual es responsabilidad de la empresa, de tal forma que únicamente si la empresa ha establecido pautas claras sobre tiempo de trabajo respetuosas con la regulación legal y convencional sobre jornada y descansos y si, además, establece, de acuerdo con la persona trabajadora, instrumentos de declaración y control del tiempo de trabajo a distancia o en el domicilio, sería posible admitir que una conducta de la persona trabajadora en el interior de su domicilio en vulneración de dichas pautas y omitiendo los instrumentos de control empresarial pudiera dar lugar a exceptuar el pago de las correspondientes horas.

En definitiva, concluye que "solamente si la empresa ha establecido pautas claras sobre tiempo de trabajo respetuosas con la regulación legal y convencional sobre jornada y descansos y si además establece, de acuerdo con el trabajador, instrumentos de declaración y control del tiempo de trabajo a distancia o en el domicilio, sería posible admitir que una conducta del trabajador en el interior de su domicilio en vulneración de dichas pautas y omitiendo los instrumentos de control empresarial pudiera dar lugar a exceptuar el pago de las correspondientes horas y su cómputo como tiempo de trabajo". Por tanto, según este pronunciamiento judicial en los casos de teletrabajo la empresa está obligada también a registrar la jornada de la persona trabajadora día a día y totalizarla en el período fijado para el abono de las retribuciones. Sin embargo, como plantea un sector doctrinal[74] esta conclusión debe hacer reflexionar sobre si con esta obligación no se está desnaturalizando esta forma de organización del trabajo, pues, aunque el horario de trabajo puede ser perfectamente verificable en el teletrabajo, por las mismas características del instrumento de trabajo, lo cierto es que la persona teletrabajadora goza de una gran libertad en cuanto a la distribución de su jornada laboral.

Ante las dudas planteadas por la obligación de registro que se implantó con el RDL 89/2019, la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo elaboró una *Guía sobre el registro de jornada* con el fin de facilitar la aplicación práctica de este deber empresarial.

En primer lugar, en la guía se indica que esta obligación empresarial de registro se aplica a la totalidad de las personas trabajadoras, con independencia de su categoría o grupo profesional, y a todos los sectores de actividad y a todas las empresas, con independencia de su tamaño u organización del trabajo, ello sí, siempre que estén incluidas en el ámbito de aplicación del art. 1 ET. Por tanto, las personas trabajadoras "móviles", comerciales, temporales, a distancia o similares, también quedan amparadas por esta obligación de registro diario de jornada.

En cuanto a su aplicación al teletrabajo, la guía señala que para las formas de organización del trabajo flexibles y de distribución irregular de la jornada, incluyendo así el trabajo a distancia o teletrabajo, el registro diario de la jornada no obsta a su aplicación ni constituye tampoco impedimento para su continuidad, pues es un elemento que garantiza la acomodación a las necesidades empresariales y a la conciliación de la vida laboral y familiar.

---

[74] AGUILERA IZQUIERDO, R.; CRISTÓBAL RONCERO, R., "Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: el derecho a la desconexión tecnológica", en AA.VV., *El futuro del trabajo que queremos. Conferencia Nacional Tripartita*. Madrid: Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2017. p. 333.

En segundo lugar, en cuanto a la forma de llevar a cabo el registro y control de la jornada, se argumenta que "en el caso de trabajo a distancia, incluido el teletrabajo, existen fórmulas asequibles que aseguran el registro de la jornada diaria, incluidas las especificidades o flexibilidad para su cómputo, a través de registros telemáticos o similares. En todo caso, si existe autorregulación convencional al respecto, mediante la negociación colectiva o el acuerdo de empresa, o si el empresario da por buena la firma por el trabajador de hojas o instrumentos similares de autogestión del tiempo de trabajo del teletrabajador o trabajador a distancia, tales serán instrumentos válidos para dar cumplimiento a la obligación legal. Todo ello sin perjuicio de la capacidad de control y poder de dirección del empresario para asegurar la veracidad de la declaración unilateral del trabajador".

Así, aunque el registro, requiere, como regla general, que quede constancia de la hora de inicio y de finalización de la jornada, no siendo suficiente, por ejemplo, que sólo quede registrado el número de horas realizadas, en el caso del teletrabajo, donde prima la flexibilidad horaria, no resulta incompatible, pues en estos casos será suficiente con que la jornada diaria quede reflejada en el sistema de control horario.

Y, como indica la Guía, debe tenerse en cuenta que aunque, en principio, lo que debe registrarse es la jornada diaria de la persona trabajadora, esto es, día a día, de forma que se realiza un registro global de horas semanales o mensuales, sin embargo, en el caso del teletrabajo, dada la posible variabilidad de la jornada diaria de trabajo, se permite que el cómputo sea por períodos o secuencias temporales superiores al día, esto es, semanal o incluso mensual, en cuyo caso se procederá a su ponderación y globalización a efectos de contabilizar el tiempo de trabajo y su ponderación. Sin embargo, ello no obsta a seguir con la obligación de que el registro de la jornada sea diario. Como indica la Guía, en estos casos, la jornada también debe registrarse pero con unas particularidades, pues "dado que cabe la variabilidad de la jornada diaria de trabajo (jornadas diarias superiores) cuyo cómputo a efectos de determinación del tiempo de trabajo realmente realizado por el trabajador requiere períodos o secuencias temporales superiores al día, el registro diario de jornada, exigible en todo caso, deberá ponderarse y globalizarse a efectos de control y contabilización del tiempo de trabajo efectivo en dichas secuencias superiores a la diaria. De suerte que si, por ejemplificar, la flexibilidad horaria exige el cumplimiento de una determinada jornada mensual, libremente distribuida por el trabajador, el hecho de que un registro horario diario compute excesos de jornada no se interpretará como trabajo extraordinario o por encima del pactado si, analizados los registros de los restantes días del mes, queda acreditado el cumplimiento de la jornada mensual ordinaria. En coherencia, cualesquiera otros períodos de referencia a los fines redistributivos seguirán idéntica regla

En tercer lugar, en cuanto al tiempo de trabajo que debe quedar registrado, la obligación del art. 34.9 ET queda referida al "*horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora*". Ello significa que debe registrarse todo el tiempo que forme parte de la jornada, contabilizándose también el tiempo de pausas diarias obligatorias legal o convencionalmente previstas, así como las voluntarias, para eludir la presunción de que todo el tiempo que media entre el inicio y finalización de la jornada registrada constituye tiempo de trabajo efectivo. No obstante, si

dichas interrupciones o pausas intrajornada están predeterminadas y son de carácter global, el registro diario podrá eludir dichos elementos internos de la jornada diaria. En fin, debe tenerse presente que el objetivo de regular el registro de la jornada diaria es crear un marco de seguridad jurídica entre empresa y persona trabajadora, así como posibilitar el control por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y asegurar asimismo que las horas extraordinarias quedan compensadas en salario o en descanso.

Por último, este sistema de registro es diferente pero compatible con el registro de horas extraordinarias, de tal forma que es posible que con el registro de la jornada diaria se puedan registrar asimismo las horas extraordinarias.

De hecho, con anterioridad a la promulgación del RDL 8/2019, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social ya señaló en su Instrucción 3/2016[75] la obligación de llevar un registro de la jornada ordinaria por parte de los empresarios, en virtud del art. 35.5 ET, con independencia de que se realizasen horas extraordinarias o no. La Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social entendía que la llevanza del registro era necesaria, porque a partir de dicho registro se podía extraer el número de horas extraordinarias efectivamente realizadas por las personas trabajadoras.

No obstante, con posterioridad, y a la luz de los pronunciamientos anteriormente citados del TS en marzo y abril de 2017, la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social dictó una nueva instrucción (Instrucción 1/2017) que viene a modificar el contenido relativo a la inspección y sanción en materia de registro ordinaria de la Instrucción 3/2016 y establece claramente que las inspecciones no podrán exigir a los empresarios registros de la jornada diaria de trabajo, quedando las empresas obligadas únicamente a registrar las horas extraordinarias. Además, la llevanza del registro de jornada diaria no resulta una obligación exigible a las empresas con carácter general, por lo que la omisión del registro de la jornada diaria de trabajo no constituía una infracción del orden social.

Al respecto, debe recordarse que el art. 34.9 ET también se remite a la negociación colectiva para la organización y documentación del registro de la jornada. Es decir, no existe una modalidad específica para el registro de la jornada, por lo que ello deberá ser negociado colectivamente o por acuerdo de empresa. De esa forma, es válido cualquier sistema o medio, ya sea en papel o telemático, que proporcione información fiable y no manipulable a posteriori. Por tanto, las empresas pueden contar con un modelo propio o adecuado a sus características, siempre que se haya adoptado por negociación colectiva o acuerdos de empresa, y siempre que opere según las propias definiciones en cuanto a interrupciones, pausas y flexibilidad en la distribución del tiempo de trabajo. En defecto de convenio o acuerdo colectivo, será la empresa el que establecerá un sistema propio, pero con la consulta de los representantes de los trabajadores, que deberán emitir un informe previo, tal y como se define en el art. 64.1 ET.

Así podemos encontrar en los convenios la siguiente regulación. En el Acuerdo sobre registro diario de jornada del Convenio colectivo del sector de la banca, Resol. de 22 de enero de 2020, establece en su apartado 1.2 que "*el registro ha de ser objetivo, fiable y accesible, así como plenamente*

[75] De 21 de marzo.

compatible con las políticas internas orientadas a facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, así como con la flexibilidad en la distribución del tiempo de trabajo, adecuación de jornada y prestación de servicios en modelo de teletrabajo, trabajo en remoto o a distancia y otras similares, todo ello en los términos que puedan estar establecidos en los pactos colectivos o contractuales aplicables a la persona trabajadora".

Por su parte, el VI Convenio colectivo general del sector de la construcción, Resol. de 23 de octubre de 2019, regula en su art. 67.8 que "*la empresa garantizará el registro diario de jornada de sus personas trabajadoras que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo. A tal fin, la empresa organizará el registro diario de jornada de sus personas trabajadoras a través de medios, tales como anotaciones en papel con firma de la persona trabajadora, aplicaciones informáticas, tarjetas de identificación electrónica o cualquier otro medio o soporte que acredite la conformidad de la persona trabajadora con el registro efectuado. Dichos medios deberán identificar de manera suficiente los registros obligatorios que correspondan a la presencia de las personas trabajadoras en el centro de trabajo en cada día laborable, festivo o no laborable, teniendo en consideración las distintas modalidades posibles que tienen las empresas en relación al establecimiento de las distintas fórmulas de prestación del trabajo, entre otras, horario fijo, jornada flexible, teletrabajo, jornada parcial, jornada reducida, jornada partida, jornada continuada, jornada intensiva, etc.*". De igual modo lo recoge el art. 46 del convenio colectivo del sector de Construcción y Obras Públicas de la Comunidad de Madrid, suscrito por la Asociación de Empresas de la Construcción de Madrid (Aecom) y por la representación sindical de CC OO de Construcción y Servicios de Madrid y UGT-FICA Madrid, Resol. de 18 de febrero de 2020; y el art. 12 del Convenio colectivo del sector de la Construcción de las Illes Balears, Resol. de 29 de enero 2020.

Ello es una muestra más de la necesariedad de controlar la jornada de trabajo también cuando se presten los servicios en la modalidad de teletrabajo.

Por tanto, como conclusión, podemos indicar que es obligatorio proceder al control y registro de la jornada de trabajo, si bien se deja libertad a la negociación colectiva, o al acuerdo de empresa, o en su defecto, a la decisión unilateral de la empresa, para establecer la forma y modo en la que ha de llevarse a cabo dicho control, con el único requisito de que quede asegurada su fiabilidad, que sea diario, esto es, día a día, y que esté a disposición de las autoridades laborales en cualquier momento que se requiera.

De ahí, que puedan aplicarse diversos sistemas como el registro en papel (modelo más usado por la pequeña empresa, que cuenta con ventajas e inconvenientes); o bien las máquinas de fichar utilizadas generalmente en las grandes empresas; el reconocimiento de huellas o el facial, sistemas éstos últimos denominados biométricos, que aunque son muy fiables, no obstante, pueden vulnerar el derecho a la intimidad; o bien el sistema de registro de medición móvil, que se utiliza especialmente en aquellas actividades que cuenten con personas trabajadoras itinerantes o móviles[76].

[76]JIMÉNEZ VARGAS, P. J., "La eficacia de la nueva ley de registro de la jornada laboral en contra de la precariedad y el absentismo", *RGDTSS*, núm. 55, 2020. p. 200 y ss.

Por tanto, las fórmulas para registrar la jornada en el caso del teletrabajo, lógicamente, deberán ser telemáticas, pudiendo ser automáticas, esto es, que se registren los períodos de conexión, el encendido y apagado de los terminales; o bien manuales, es decir, que sea la persona teletrabajadora la que introduzca en la aplicación los datos de la jornada trabajada.

Lo importante es que la implementación del modo de llevar a cabo el registro sea negociado con los representantes legales de los trabajadores, en las correspondientes mesas de negociación. Serán los convenios colectivos o los acuerdos sectoriales los que deberán establecer la forma de llevar a cabo el control, y fijar las reglas sobre las pausas y el control horario.

En el caso de que no se llegue a un acuerdo, entonces será la empresa o la Administración, quien determinará de forma unilateral, previa consulta con los representantes legales de los trabajadores, el modo de llevar a cabo el registro.

En definitiva, existe libertad en cuanto a la forma de llevar a cabo el control, siempre que se garantice que sea un sistema riguroso (que no pueda ser manipulado), que sea fiable (por la información que ofrece a la persona trabajadora, empresa o autoridad), y que sea diario (no es suficiente un horario general, sino que debe ser diario, aunque como ya hemos dicho en el caso del teletrabajo, con sus particularidades).

7. CONCLUSIÓN

1. El control y registro de la jornada de trabajo para aquellas personas trabajadoras que presten sus servicios en la modalidad de teletrabajo resulta esencial, además de obligatorio legalmente, por razones, no sólo de cumplimiento horario, sino también por razones ligadas a la salud de la persona. Es curioso, no obstante, que el RDL 8/2019 no mencione esta segunda razón en su exposición de motivos, sino que lo relacione con la precarización del trabajo, pues literalmente indica que "*la realización de un tiempo de trabajo superior a la jornada laboral legal o convencionalmente establecida incide de manera sustancial en la precarización del mercado de trabajo, al afectar a dos elementos esenciales de la relación laboral, el tiempo de trabajo, con relevante influencia en la vida personal de la persona trabajadora al dificultar la conciliación familiar, y el salario. Y también incide en las cotizaciones de Seguridad Social, mermadas al no cotizarse por el salario que correspondería a la jornada realizada. A pesar de que nuestro ordenamiento laboral, en línea con los ordenamientos europeos, se ha dotado de normas que permiten cierta flexibilidad horaria para adaptar las necesidades de la empresa a las de la producción y el mercado (distribución irregular de la jornada, jornada a turnos u horas extraordinarias), esta flexibilidad no se puede confundir con el incumplimiento de las normas sobre jornada máxima y horas extraordinarias. Al contrario, la flexibilidad horaria justifica el esfuerzo en el cumplimiento de estas normas, muy particularmente, aquellas sobre cumplimiento de límites de jornada y de registro de jornada diaria*".

Sin embargo, esta referencia a la salud laboral sí que viene recogida en el Criterio Técnico 101/2019 sobre actuación de la Inspección de Trabajo y

Seguridad Social en materia de registro de jornada que indica que "la realización de un tiempo de trabajo superior a la jornada laboral legal o convencionalmente establecida incide de manera sustancial en la precarización del mercado de trabajo, al afectar a dos elementos esenciales de la relación laboral, el tiempo de trabajo, con relevante influencia en la vida personal de la persona trabajadora al dificultar la conciliación familiar y afectar a su salud laboral, y el salario".

De igual forma se refiere a ello la doctrina judicial comunitaria[77] que recuerda que la Directiva 2003/88/CE tiene por objeto establecer disposiciones mínimas destinadas a mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores mediante una armonización de las normas nacionales relativas a la duración del tiempo de trabajo con el fin de promover la mejorar de la seguridad y salud de las personas trabajadoras.

Por tanto, con independencia de si se trata de empleados o empleadas públicos o personas trabajadoras acogidos al ET, o de si prestan sus servicios en la modalidad de teletrabajo, es necesario, el control y registro del tiempo de trabajo.

2. No existe una única modalidad válida para realizar el registro de la jornada de trabajo. La única exigencia es que sea un sistema que permita registrar con fiabilidad y objetividad la hora de inicio y de fin de la jornada.

3. Aparte del control del tiempo de trabajo, más que ello, debería establecerse un control basado en los resultados, es decir, en la productividad y la consecución de unos objetivos, más que en el horario estrictamente. De hecho, según el Informe *Hybrid Working: Creating the "next normal" in work practices, spaces and cultura"* elaborado por Plantronics, INC., a partir de las opiniones de expertos en el futuro del trabajo, se señala que la hoja de ruta hacia la nueva normalidad pasa porque las personas trabajadoras cuenten con flexibilidad y capacidad de elección, en un nuevo ambiente de trabajo híbrido, basado en el trabajo flexible, en múltiples ubicaciones, y en espacios de trabajo productivos e inmersivos que se adecuan al estilo de vida de cada persona trabajadora. Es decir, se implantarán nuevos patrones de trabajo basados en la flexibilidad de las personas trabajadoras, especialmente, sobre el momento y lugar en el que trabajan, y orientados, además, en la productividad y en la generación de resultados, en detrimento del control del horario.

Según opinión pública, "es cierto que esta regulación puede ser útil para tratar de eliminar la realización de horas extras no pagadas y, por lo tanto, para luchar contra el fraude y la precariedad laboral (…) también nos hemos de preguntar si esta reforma laboral se adapta y es aplicable a las necesidades de los profesionales y las nuevas formas de organización del trabajo del siglo XXI"[78], y añade "*¿tiene sentido aplicar el control horario en los sectores de las donde las coordenadas espacio y tiempo se desdibujan, y lo que prima es la evaluación de resultados?..*".

---

[77] STJUE de 14 de mayo de 2019, C-55/2012, Asunto caso Federación de Servicios de Comisiones Obreras contra varios.

[78] DEL CASTILLO, M., "El registro de control horario: ¿presencialismo o profesionalidad?", *El Periódico*, 21 de agosto de 2019. Disponible en https://www.elperiodico.com/es/opinion/20190821/presencialismo-o-profesionalidad-articulo-opinion-manel-del-castillo-control-horario-7601136

4. Por último, la obligación de registro de la jornada de trabajo no parece suponer un problema con el Reglamento 2016/679/UE[79] ni con la LO 3/2018, pues la doctrina judicial comunitaria ya se pronunció en relación con la legislación portuguesa[80] considerando que, pese a ser datos personales no vulneran la normativa europea cuando la autoridad laboral solicita consultar tales registros en la empresa. Es decir, la inspección de trabajo puede consultar los registros horarios para el ejercicio de su función, siendo obligación de la empresa facilitarle el acceso inmediato a los mismos y adoptar las medidas para garantizar que otras personas no autorizadas puedan acceder al contenido de tales registros[81].

Además, el tratamiento de los datos personales está legitimado[82], en este caso, por la imposición legal a la empresa de la obligación de registro, por lo que no será preciso el consentimiento individual de la persona trabajadora. No obstante, sí deberá ser informada de forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso sobre los extremos previstos por la ley.

En definitiva, como conclusión, y en palabras de Joaquín Nieto, director de la oficina de la OIT para España, el teletrabajo "es una metodología que necesita de una serie de disposiciones que garanticen al trabajador un horario establecido, unas tareas determinadas, derecho a la desconexión… en España las posibilidades del teletrabajo no están suficientemente exploradas".

8. BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA IZQUIERDO, R.; CRISTÓBAL RONCERO, R., "Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: el derecho a la desconexión tecnológica", en AA.VV., *El futuro del trabajo que queremos. Conferencia Nacional Tripartita.* Madrid: Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2017.

[79] De 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos.

[80] STJUE de 30 de mayo de 2013, C-342/2012, Asunto Worten, que enjuicia el caso de una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal do Trabalho de Viseu en el conflicto entre la empresa Worten y la autoridad laboral de Portugal en relación con la solicitud formulada por la autoridad laboral para acceder al registro de los tiempos de trabajo de la empresa y comprobar el cumplimiento de la normativa sobre tiempos de trabajo y descanso de las personas trabajadoras. La autoridad laboral impuso una multa a Worten por la comisión de infracción laboral grave al vulnerar las disposiciones sobre el registro del tiempo de trabajo porque no había permitido que la autoridad procediera a la consulta del registro de dichos tiempos.

[81] No obstante, la STSJ Comunidad Valenciana, sala de lo social, de 3 de mayo de 2018, rec. núm. 910/2018, considera que "la creación de este registro implica un aumento del control empresarial de la prestación de servicios y un tratamiento de los datos obtenidos, máxime en los supuestos de jornada flexible, de trabajo en la calle o en casa, que pueden suponer una injerencia indebida de la empresa en la intimidad y libertad del trabajador, así como en otros derechos fundamentales que tutela nuestra Constitución, especialmente en su artículo 18.4, máxime cuando la pretensión ejercitada y, el fallo que la estima van más allá del simple control de entrada y salida, por cuánto requiere almacenar datos que permitan comprobar el adecuado cumplimiento de los horarios pactados, objetivo cuyo logro requiere, incluso, un tratamiento anual de los datos recogidos para determinar el cumplimiento de la jornada anual".

[82] STSJ Cataluña, sala de lo contencioso-administrativo, de 5 de noviembre de 2018, rec. núm. 44/2018.

ALONSO OLEA, M.; CASAS BAAMONDE, M.E., *Derecho del Trabajo*. Madrid: Civitas, 2001.

ARRIETA IDIAKEZ, F. J., "La desconexión digital y el registro diario en España como mecanismo para garantizar el descanso, la salud y el bienestar de los trabajadores digitales a distancia", *Lan Harremanak*, núm. 42, 2019.

CERVILLA GARZÓN, M.J.; JOVER RAMÍREZ, C., "Teletrabajo y delimitación de las contingencias profesionales", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, núm. 4, 2015, (versión on line).

CUBO MAYO, A., "El tiempo de trabajo y los problemas no resueltos de control y registros de la jornada y horario", *Diario La Ley*, núm. 8819, 2016 (versión on line)

DEL CASTILLO, M., "El registro de control horario: ¿presencialismo o profesionalidad?", *El Periódico*, 21 de agosto de 2019. Disponible en https://www.elperiodico.com/es/opinion/20190821/presencialismo-o-profesionalidad-articulo-opinion-manel-del-castillo-control-horario-7601136

DEL MAR, V.; MOLINA GARCÍA, O., "La implementación técnica del Registro de la Jornada", *El Derecho,* 2019. Disponible en https://elderecho.com/la-implementacion-tecnica-del-registro-la-jornada

DI MARTINO, V. Y WIRTH, L., "Teletrabajo: Un nuevo modo de trabajo y de vida ", *Revista Internacional del Trabajo*, 109, 1990.

ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., "Teletrabajo", en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*. Madrid: MTSS, 2000.

GARCÍA NINET, I., "Contrato de trabajo a domicilio", en AA.VV., *Comentario a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores.* Madrid: Edersa, Tomo III, 1985.

JIMÉNEZ VARGAS, P. J., "La eficacia de la nueva ley de registro de la jornada laboral en contra de la precariedad y el absentismo", *RGDTSS*, núm. 55, 2020.

LILLO PÉREZ, E., "Notas sobre la realidad de la jornada laboral en España y el derecho a la limitación de la jornada de los trabajadores como consecuencia ineludible de la protección de la salud laboral de los mismos. La exigencia imprescindible del registro o anotación de la jornada ordinaria", *Ciudad del Trabajo*, núm. 7, 2018.

MANZANO SANTAMARÍA, N., *NTP 1122: Las tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) (I): nuevas formas de organización del trabajo.* Madrid: INSSBT, 2018. Disponible en https://www.insst.es/documents/94886/566858/ntp-1122w.pdf/baa93260-6840-4b9b-9abb-b6980b7f8f71

MELLÁ MÉNDEZ, L., "Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y la salud de los trabajadores (I)", *Trabajo y Derecho*, núm. 16, 2016.

MOLL NOGUERA, R., "Comentario a la sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de diciembre de 2015, núm. 207/2015, ponente D. Ricardo Bodas Martín, sobre la obligatoriedad del registro de jornada del art. 35.5 ET", *Revista de Información Laboral*, núm. 3, 2016 (versión on line)

MORGADO PANADERO, P., "El teletrabajo: nueva formación de prestación de servicios (avance jurisprudencial)", *AL*, núm. 16, 2004.

NAVARRO CUÉLLAR, A., "El control de la jornada diaria de trabajo: ¿obligación legal o potestad empresarial? Doctrina judicial reciente y posición de la Inspección de Trabajo", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 44, 2016.

OIT, *Declaración del Centenario de la OIT para el futuro del trabajo*. Ginebra, Conferencia Internacional del Trabajo, 2019.

OIT, *Informe inicial para la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo*. Ginebra: OIT, 2017. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_591504.pdf

OIT, *Memoria del Director General. Informe I. La iniciativa del centenario relativa al Futuro del Trabajo.* Ginebra: OIT, 2015. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_370408.pdf

OIT, *Síntesis de los diálogos nacionales sobre el futuro del trabajo*. Ginebra: OIT, 2017. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_591507.pdf

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.; THIBAULT ARANDA, J., *El teletrabajo en España. Perspectiva jurídico laboral.* Madrid: MTSS. 2001.

ROJO TORRECILLA, E., "La obligación de registro diario de la jornada: la necesaria intervención del TJUE en el debate judicial entre la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo", *RJL*, núm. 3, 2019.

SANGUINETI RAYMOND, W., *Contrato de trabajo y nuevos sistemas productivos*. Lima: Ara Editores, 1997.

SEMPERE NAVARRO, A.V.; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, Pamplona, Aranzadi, 2002.

THIBAULT ARANDA, J., *Relaciones laborales e internet*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002 (versión on line)

EL CONTROL DEL TIEMPO DE TRABAJO DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS EN EL TRABAJO A DISTANCIA

ÍNDICE

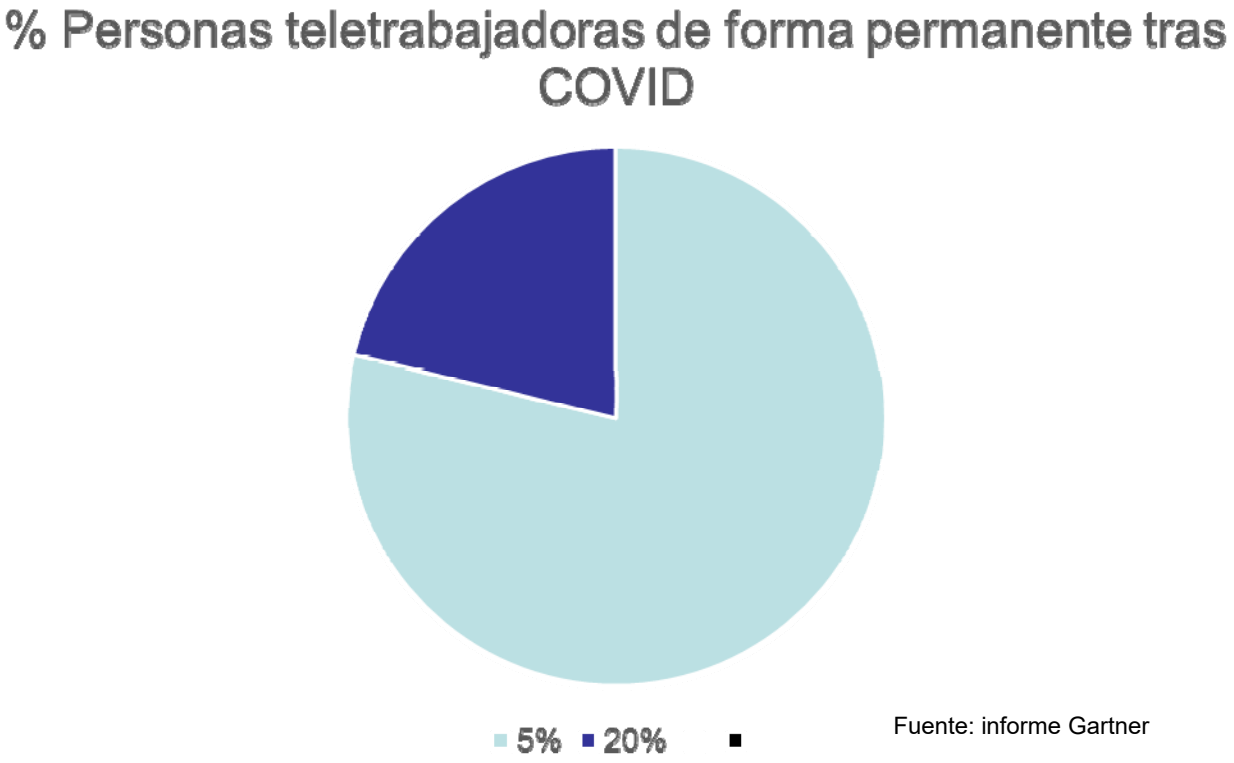
1. INTRODUCCIÓN
2. CONCEPTUACIÓN DEL TELETRABAJO
3. MARCO JURÍDICO DEL TELETRABAJO
3.1. Antecedentes
3.2. Ámbito laboral
3.3. Ámbito de la Administración Pública
4. LA ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO EN EL TELETRABAJO
5. OBLIGACIÓN LEGAL DE CONTROL DEL TIEMPO DE TRABAJO
5.1. Antecedentes normativos
5.2. Antecedentes judiciales nacionales
5.3. Antecedentes judiciales comunitarios
5.4. Antecedentes normativos en la Administración Pública
6. RÉGIMEN DE CONTROL DEL TIEMPO DE TRABAJO EN EL TELETRABAJO
6.1. Legislación de la Administración Pública
6.2. Regulación normativa en otras Comunidades Autónomas
6.3. Legislación laboral
7. CONCLUSIÓN
8. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

1.INTRODUCCIÓN

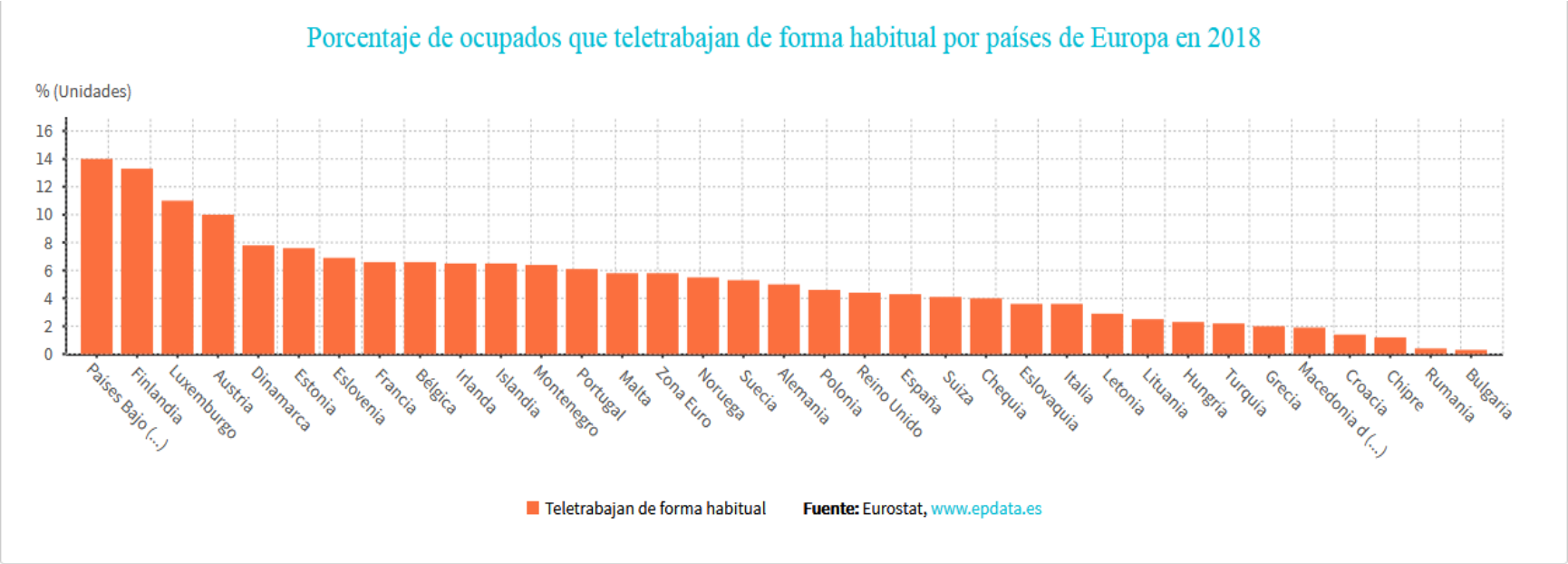
- **RDL 8/2020**, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19: en su **art. 5 se refiere al carácter preferente del teletrabajo.**
- **RDL 15/2020**, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo: **prorroga el carácter preferente** del trabajo a distancia frente a la cesación temporal o reducción de la actividad, que mantendrá su vigencia hasta 3 meses después del fin de la vigencia del estado de alarma.
- **Resolución de 10 de marzo de 2020**, del Secretario de Estado de Política Territorial y Función Pública sobre medidas a adoptar en la Administración General del Estado (AGE) con motivo del COVID-19: se contemplaba el uso del teletrabajo como una de las medidas de frenar la propagación del COVID-19.
- **RDL 28/2020**, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia.
- **RDL 29/2020**, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de **teletrabajo en las Administraciones Públicas**.

1.INTRODUCCIÓN



Fuente: informe Gartner

1.INTRODUCCIÓN



Con la crisis sanitaria, España la crifra del 30 %, y en la AGE, a fecha 3 de abril de 2020, el 66,80 % del personal empleado público estaba teletrabajando.

2. CONCEPTUACIÓN DEL TELETRABAJO

2. CONCEPTUACIÓN DEL TELETRABAJO

- Fue en la década de los setenta, en la época de la crisis del petróleo, cuando JACK NILLES (1973), considerado el "**padre" del teletrabajo**, hizo referencia a uno de los cambios más drásticos en la organización del trabajo, esto es, "enviar el trabajo al trabajador en vez de enviar el trabajador al trabajo".

Problemas que planteaba esta nueva forma de organización del trabajo:

1. La relación entre la persona trabajadora y su lugar de trabajo.
2. La caracterización del horario como elemento definitorio del trabajo.

- La **OIT:** "un trabajo efectuado en un lugar donde, apartado de las oficinas centrales o de los talleres de producción, el trabajador no mantiene contacto personal alguno con sus colegas, pero está en condiciones de comunicarse con ellos por medio de las nuevas tecnologías".
- Según el **Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo: "**una forma de organización y/o de realización del trabajo, utilizando las tecnologías de la información en el marco de un contrato o de una relación de trabajo, en la cual un trabajo que podría ser realizado igualmente en los locales de la empresa se efectúa fuera de estos locales de forma regular".

2. CONCEPTUACIÓN DEL TELETRABAJO

- **SEMPERE NAVARRO** (2002): “aquellas actividades laborales prestadas total o mayoritariamente desde un lugar distinto del centro de trabajo o unidad productiva autónoma de la empresa, por medio del uso intensivo de nuevas tecnologías, básicamente, herramientas informáticas y de las telecomunicaciones”.

Como **características básicas**:

1. El **uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación**.
2. Se presta **fuera de la sede física** de la empresa, pudiendo ser tanto en el domicilio del trabajador como en cualquier otro establecido al efecto: “telecentros”, “centros de recursos compartidos”, en centro satélite o móvil.

2. CONCEPTUACIÓN DEL TELETRABAJO

Trabajo a distancia ≠ teletrabajo

- Art. 2 RDL 28/2020:

- **"trabajo a distancia**: forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral conforme a la cual esta se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por esta, durante toda su jornada o parte de ella, con carácter regular".
- "**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"

- Actualmente existen **otras submodalidades**:
- **Trabajo móvil basado en las TIC:** el trabajador opera desde varias posibles localizaciones fuera de las instalaciones de la empresa apoyándose en la tecnología moderna (Tablet, ordenador portátil…)
- **Trabajo nómada:** forma extrema de trabajo móvil, caracterizada por el uso de las TIC, la flexibilidad en la organización del tiempo de trabajo, la movilidad física, y especialmente porque: viajan de manera intensiva durante la mayoría de su tiempo, no están fuertemente vinculados a ninguna oficina o lugar de trabajo, y tienen necesidad de gestionar y reconfigurar sus propios recursos cuando realizan su trabajo en diferentes localizaciones.

2. CONCEPTUACIÓN DEL TELETRABAJO

Notas configuradoras del teletrabajo

Localización

- El lugar de prestación de servicios se sitúa fuera de la empresa
- El lugar puede ser en el domicilio de la persona trabajadora o en otro lugar habilitado, pero no en un centro de la empresa

Nuevas tecnologías

- Se requiere el uso de sistemas informáticos y de comunicación avanzados.
- La persona teletrabajadora debe poseer cualificación en estas nuevas tecnologías

Cambio en la organización del trabajo

- Flexibilidad horaria, sin sometimiento a un horario rígido.
- La persona teletrabajadora tiene autonomÍa para organizarse.

3. MARCO JURÍDICO DEL TELETRABAJO

3.MARCO JURÍDICO DEL TELETRABAJO

Antecedentes

- Libro Blanco de la Comisión sobre Crecimiento, competitividad y empleo (1993)
- Informe Bangemann (1994)
- Libro Verde de la Comisión (1997)
- Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo (2002)
- Libro Blanco del Teletrabajo en España (2012)

Marco normativo laboral

- RDL 3/2012, lo incorpora en el art. 13 ET
- II Acuerdo para la Negociación Colectiva 2012-2014
- RDL 6/2019: reconoce en el art. 34.8 ET el derecho de solicitar adaptaciones en la duración y distribución de la jornada
- RDL 8/2020: carácter preferente
- RDL 28/2020, regulación del teletrabajo

3.MARCO JURÍDICO DEL TELETRABAJO

Antecedentes del marco normativo función pública

- **Plan Concilia de 4 de marzo de 2005 (proyecto piloto)**
- **Orden APU/1981/2006**: extiende la experiencia piloto. La finalidad era la conciliación de la vida personal y familiar. Cada programa piloto determinada la jornada y horario aplicable al personal empleado público, pues no era de aplicación al personal participante en estos programas de teletrabajo la Resolución de 20 de diciembre de 2005, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal civil al servicio de la AGE.
- La DF 6 de la derogada L 11/2007, de 22 de junio, recoge una habilitación para regular las condiciones del teletrabajo en la AGE, pero el proyecto de RD del teletrabajo de 8 de mayo de 2007 no vio la luz.
- **Art. 5 RDL 8/2020,** prevé el carácter preferente del teletrabajo.
- **RDL 29/2020**, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones Púbicas y (…): añade un nuevo **art. 47 bis al EBEP**, definiendo el teletrabajo como "*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*"

3. MARCO JURÍDICO DEL TELETRABAJO
Marco normativo función pública Cataluña

Marco normativo función pública Cataluña

- **El art. 108.2.g) D Legislativo 1/1997**: la jornada y el horario de trabajo se determinarán por reglamento en función de la mejor atención a los administrados, de los objetivos señalados en los servicios y del buen funcionamiento de estos.
- **Instrucción 2/2008**: impulsó un proyecto para incorporar el teletrabajo como experiencia piloto.
- **Acuerdo del Govern de la Generalitat (Acord GOV 28/2020, de 18 de febrero)** sobre medidas aplicables al personal de la Administración de la Generalitat y sus organismos autónomos, incorpora transitoriamente la regulación de la prestación de servicios mediante la modalidad de teletrabajo.
- **Instrucción 1/2020, de 28 de febrero**, sobre el procedimiento de autorización para la prestación de servicios en la modalidad de teletrabajo al personal de la Administración de la Generalitat y sus organismos autónomos que presta servicios en el Distrito de la Generalitat de Cataluña en Barcelona.
- **Instrucción 5/2020**, de 24 de mayo, también regula la prestación de servicios de forma preferente mediante el teletrabajo.
- **Decreto 77/2020, de 4 de agosto**, por el que 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:
  - Esta norma es aplicable al personal de la Administración de la Generalitat y Local, con algunas salvedades (docente, bomberos…).
  - No se prevé la prestación de teletrabajo de forma exclusiva, sino combinándolo con la presencial (hasta un máximo de 2 jornadas en teletrabajo).
  - Las jornadas de teletrabajo admiten flexibilidad, respetando las pausas y los descansos entre jornadas, con franjas horarias de disponibilidad obligatoria para la interconexión y coordinación que se establecen dentro del horario de permanencia obligatoria.
  - La DA 1 es la que establece, en relación con el control horario, que la Administración habilitará los mecanismos de control horario a efectos de registrar la jornada, pero, sin detallar dichos instrumentos de control.

4. LA ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO EN EL TELETRABAJO

4. LA ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO EN EL TELETRABAJO

Punto de partida: diferencia entre jornada y horario:

La **jornada** fija un límite de duración máxima temporal de los servicios prestados por la persona trabajadora durante un período de tiempo.

El **horario** determina el momento inicial y final de su prestación de servicios y su distribución a lo largo de la jornada diaria. Es decir, el horario fija la hora de inicio y de fin de la prestación de servicios.

Pero cuando se trata de la modalidad de teletrabajo, debe tenerse en cuenta que una de sus principales singularidades es la **flexibilidad en la ordenación del tiempo de teletrabajo**. El teletrabajo va íntimamente ligado a la idea de autonomía de la persona teletrabajadora.

5. OBLIGACIÓN LEGAL DE CONTROL DEL TIEMPO DE TRABAJO

5. OBLIGACIÓN LEGAL DE CONTROL DEL TIEMPO DE TRABAJO

5.1. Antecedentes normativos

ÁMBITO INTERNACIONAL

- **Convenio núm. 1 OIT** (1919): su fin era limitar la jornada de trabajo fijando un máximo de 8 h/d, y 48 h/semana. Además, su art. 7 c) obliga al empresario a "*inscribir en un registro, en la forma aprobada por la legislación de cada país o por un reglamento de la autoridad competente, todas las horas extraordinarias efectuadas de acuerdo con los arts. 3 y 6 del presente convenio".*
- **Convenio núm. 30 OIT** (1930) también prevé dicho registro de horas extraordinarias.
- **Recomendación núm. 116 OIT:** prevé en su art. 21 que "debería obligarse a los empleadores a inscribir en un registro, en forma que pueda ser aceptada por la autoridad competente, las horas de trabajo, los salarios y las horas extraordinarias por trabajador, y a presentar a la Inspección dicho registro siempre que se le solicite".

5. OBLIGACIÓN LEGAL DE CONTROL DEL TIEMPO DE TRABAJO

5.1. Antecedentes normativos

ÁMBITO COMUNITARIO

- **Directiva 2003/88/CE**: Su art. 22 prevé una serie de disposiciones de las cuales se deduce la obligación de controlar y registrar el horario de trabajo:

  "*siempre que respete los principios generales de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, un Estado miembro podrá no aplicar el artículo 6, a condición de que adopte las medidas necesarias para garantizar que (…):*

  c) el empresario lleve registros actualizados de todos los trabajadores que efectúen un trabajo de este tipo;

  d) los registros mencionados se pongan a disposición de las autoridades competentes, que podrán prohibir o restringir, por razones de seguridad y/o de salud de los trabajadores, la posibilidad de sobrepasar la duración máxima del tiempo de trabajo semanal;

  e) el empresario facilite a las autoridades competentes, a petición de éstas, información sobre el consentimiento dado por los trabajadores para efectuar un trabajo que exceda de 48 horas en el transcurso de un período de siete días, calculado como promedio del período de referencia que se menciona en la letra b) del artículo 16".

- **Directiva 89/391/CEE**: regula, entre otros aspectos, el derecho al descanso, lo cual requiere que exista un control del tiempo de trabajo para así garantizar la seguridad y salud de las personas trabajadoras, así como los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar o personal. Por tanto, en el caso de las personas teletrabajadoras, debe existir un control y registro de la jornada

5. OBLIGACIÓN LEGAL DE CONTROL DEL TIEMPO DE TRABAJO

5.1. Antecedentes normativos

ÁMBITO NACIONAL

- **RD 1561/1995:** regula para los trabajadores móviles de transporte por carretera que la empresa deberá "*llevar un registro del tiempo de trabajo de los trabajadores móviles*" (art. 10); para el trabajo en la marina mercante también se establece la obligación de llevar "*a bordo registros individuales para cada trabajador de las horas diarias de trabajo o de las horas diarias de descanso, en los que figuren los datos contenidos en el modelo que se incluye en el Anexo II del presente Real Decreto, redactados en el idioma común de trabajo a bordo y en inglés*" (art. 18 bis). Y en relación con los trabajadores móviles que realicen servicios de interoperabilidad transfronteriza en el transporte ferroviario también quedan las empresas ferroviarias obligadas a "*disponer de un registro en el que se recojan las horas diarias de trabajo y de descanso de los trabajadores móviles con el fin de asegurar el cumplimiento de esta disposición*".
- **RDL 16/2013:** reforma el art. 12.4 ET para establecer que "*la jornada de los trabajadores a tiempo parcial se registrará día a día y se totalizará mensualmente, entregado copia al trabajador, junto con el recibo de salarios, del resumen de todas las horas realizadas en cada mes, tanto las ordinarias como las complementarias a que se refiere el apartado 5*".
- **RDL 8/2019**: regula el registro de la jornada de trabajo. La finalidad no es más que "*garantizar el cumplimiento de los límites en materia de jornada, de crear un marco de seguridad jurídica tanto para las personas trabajadoras como para las empresas y de posibilitar el control por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social".*

5. OBLIGACIÓN LEGAL DE CONTROL DEL TIEMPO DE TRABAJO
5.2. Antecedentes judiciales nacionales

¿POR QUÉ SE DICTA EL RDL 8/2019?

1. **SAN 4-12-2015:** en relación con la interpretación que debía darse al art. 35.5 ET sobre las horas extraordinarias, abogó por llevar a cabo un registro de la jornada de trabajo, y no únicamente respecto de las horas extraordinarias, pues con ello se trata de garantizar el control de los distintos horarios pactados.

"El registro diario de jornada, que no de horas extraordinarias, es el requisito constitutivo para controlar los excesos de jornada y su negación coloca a los trabajadores en situación de indefensión, que no puede atemperarse, porque las horas extraordinarias sean voluntarias, puesto que el único medio de acreditarlas es precisamente el control diario de la jornada, cuya actualización ya no dejará dudas sobre si se hacen o no horas extraordinarias y si su realización es voluntaria".

Pero un sector de la doctrina científica (NAVARRO CUELLAR, 2016; MOLL NOGUERA, 2016) cuestiona esta argumentación en base a que la ausencia de un registro de jornada no tiene por qué generar indefensión a los trabajadores. En este sentido, probada la realización de horas extraordinarias por cualquier medio admitido en Derecho, los tribunales pueden presumir como efectivamente trabajadas las horas extraordinarias invocadas por los trabajadores.

En definitiva, se sostiene que la persona trabajadora no se encuentra desamparada en el reconocimiento de las horas extraordinarias, aunque la empresa no lleve tal registro, pues puede entrar en juego la presunción a favor de la persona trabajadora de haberlas realizado efectivamente, siendo la empresa la perjudicada.

5. OBLIGACIÓN LEGAL DE CONTROL DEL TIEMPO DE TRABAJO
5.2. Antecedentes judiciales nacionales

¿POR QUÉ SE DICTA EL RDL 8/2019?

2. SSTS 23-3-2017; de 20-4-2017: **las empresas no están obligadas a llevar un registro de la jornada diaria** de toda la plantilla para comprobar el cumplimento de la jornada laboral y horarios pactados, sino que sólo deben llevar un registro de horas extraordinarias realizadas, de acuerdo con la interpretación que realiza del art. 35.5 ET.

En la primera de ellas, resuelve el recurso de Bankia contra la SAN de 4-2-2015. El TS, no obstante, mantiene la parte del fallo de la AN que determinó que la empresa debía proceder a dar traslado a la representación legal de los trabajadores de la información sobre las horas extraordinarias realizadas en cómputo mensual.

Pero el TS admite que "**convendría una reforma legislativa que clarificara la obligación de llevar un registro diario** y facilitara al trabajador la prueba de la realización de horas extraordinarias", pero "esa obligación no existe por ahora y los Tribunales no pueden suplir al legislador imponiendo a la empresa el establecimiento de un complicado sistema de control horario".

5. OBLIGACIÓN LEGAL DE CONTROL DEL TIEMPO DE TRABAJO
5.2. Antecedentes judiciales nacionales

¿POR QUÉ SE DICTA EL RDL 8/2019?

2. SSTS 23-3-2017; de 20-4-2017:

En la segunda sentencia, nuestro alto tribunal reafirma su posicionamiento anulando así el criterio de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en su Instrucción 3/2016, así como la doctrina judicial en contra.
Recuerda que dicha interpretación es acorde con una interpretación lógico sistemática del precepto estudiado, pues el deber de registrar la jornada laboral "se contempla al tiempo de regular el legislador las horas extraordinarias y no la jornada laboral ordinaria, el tiempo de trabajo, lo que es relevante por cuanto el diferente encabezamiento de cada artículo indica que el legislador constriñe el deber empresarial que nos ocupa al registro diario de las horas extras, por cuanto de ser otra su intención habría incluido esa disposición en el artículo 34 que regula la jornada ordinaria, lo que habría obligado al registro diario de toda la jornada laboral, lo que no ha hecho".
Vuelve a insistir en la **necesidad de una reforma legislativa que clarifique la obligación de llevar un registro horario.**

5. OBLIGACIÓN LEGAL DE CONTROL DEL TIEMPO DE TRABAJO
5.3. Antecedentes judiciales comunitarios

¿POR QUÉ SE DICTA EL RDL 8/2019?

1. STJUE de 14-5-2019, caso Federación CCOO: la AN plantea la cuestión prejudicial al TJUE, pues, estima que para comprobar si se han realizado horas extraordinarias, debe conocerse con exactitud el número de horas ordinarias de trabajo que se efectúan. Considera que el Derecho español no puede garantizar el cumplimiento efectivo de las obligaciones establecidas en las citadas Directivas.

El TJUE interpreta que **las Directivas 2003/88/CE y 89/391/CEE, consideradas a la luz del art. 31.2 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se oponen a una normativa que no impone a los empresarios la obligación de establecer un sistema que permita computar la jornada laboral diaria** realizada por cada persona trabajadora.

La importancia de ello se halla en que determinar de manera objetiva el número de horas de trabajo diario y semanal es esencial para poder comprobar si se ha respetado la duración máxima del tiempo de trabajo semanal y los períodos mínimos de descanso diario y semanal.

5. OBLIGACIÓN LEGAL DE CONTROL DEL TIEMPO DE TRABAJO
5.4. Antecedentes normativos en la Administración Pública

1. **Instrucción del 21 de diciembre de 1983**, en su punto 4: "*a la entrada en vigor de estas normas, todos los centros y oficinas de la Administración Civil del Estado, sus organismos autónomos y entidades de Seguridad Social deberán dotarse de los medios adecuados de control de los horarios del personal, basados en mecanismo de reloj registrador de ficha*". La norma seguía expresando que "*todos los funcionarios y empleados públicos tendrán obligación de fichar al entrar y salir del centro de trabajo, tanto al comienzo y final de la jornada, como en toda ausencia y retorno durante la misma".*

2. **Ley 30/1984:** recogía en su art. 31 como falta muy grave el abandono del servicio o la notoria falta de rendimiento que comportase inhibición en el cumplimiento de las tareas encomendadas, mientras que las faltas de puntualidad y asistencia, cuando constituyesen faltas leves, serían sancionadas con la deducción proporcional de retribuciones.

6. RÉGIMEN DE CONTROL DEL TIEMPO DE TRABAJO EN EL TELETRABAJO

6. RÉGIMEN DE CONTROL DEL TIEMPO DE TRABAJO EN EL TELETRABAJO

¿Por qué debe existir un control del tiempo de trabajo?

Necesidad de cumplir la normativa laboral a efectos de la jornada laboral.

Desde el punto de vista de la seguridad y salud laboral de la persona trabajadora, se requiere diferenciar entre tiempo de trabajo y descanso, garantizando así el derecho a la desconexión digital. Como señala la STSJ Castilla y León, de 3-2-2016, el respeto del descanso forma parte del derecho de la persona teletrabajadora de su seguridad y salud, obligación empresarial, señalando que “el respeto de los límites de jornada y descansos forma parte del derecho del trabajador a la protección de su seguridad y salud (Directiva 2003/88/CE), que es responsabilidad del empresario, a partir de la obligada evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva. Aunque el trabajador preste su trabajo en su domicilio corresponde a la empresa establecer las pautas necesarias sobre tiempo de trabajo para garantizar el cumplimiento de los límites de jornada y descansos”.

6. RÉGIMEN DE CONTROL DEL TIEMPO DE TRABAJO EN EL TELETRABAJO

¿Cuál es la normativa aplicable al personal empleado público en materia de control del tiempo de trabajo?

- **Art. 45 EBEP**: regula la jornada de trabajo de los funcionarios, previendo que "*las Administraciones Públicas establecerán la jornada general y las especiales de trabajo de sus funcionarios públicos*".
- **Art. 51 EBEP**: en relación con el personal laboral, determina que para la ordenación del régimen de su jornada de trabajo, permisos y vacaciones se estará a lo establecido en el EBEP y en la legislación laboral correspondiente, sin olvidar tampoco la importancia de la negociación colectiva en la materia.

De esta forma, en principio, para los funcionarios (de carrera o interinos) la regulación se halla en el EBEP, mientras que para el personal laboral, nos encontramos con diversas fuentes (EBEP, y ET).

No obstante, con el actual **art**. **47 bis EBEP**, el régimen es para ambos.

- **Art. 94 LRBRL:** la jornada de trabajo de los funcionarios de la Administración local será en cómputo anual la misma que se fije para los funcionarios de la Administración Civil del Estado, remitiéndose así al EBEP.

6. RÉGIMEN DE CONTROL DEL TIEMPO DE TRABAJO EN EL TELETRABAJO

6.1. Legislación de la Administración Pública

- **Art. 47 bis EBEP:** no hace referencia específica al control del tiempo de trabajo, indicando únicamente que tiene 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 obstante, **la Exposición de Motivos del RDL 29/2020** establece de forma clara que "*el teletrabajo no podrá suponer ningún incumplimiento de la jornada y el horario que corresponda en cada caso*".

- Asimismo el **Acuerdo de la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas de 21 de septiembre de 2020**.

Habrá que estar a la normativa de desarrollo que se negocie en cada Administración.

Por el momento:

- ❑ **Resolución de 28 de febrero de 2019, de la Secretaría de Estado de Función Pública, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal al servicio de la Administración General del Estado y sus organismos públicos**: su apartado 11.1 establece: "*los empleados o empleadas públicos deberán registrar en el sistema de control horario de su centro de trabajo todas las entradas y salidas correspondientes a su modalidad de jornada*".

6. RÉGIMEN DE CONTROL DEL TIEMPO DE TRABAJO EN EL TELETRABAJO

6.1. Legislación de la Administración Pública

Generalitat Cataluña

- **Instrucción 1/2020**, de 28 de febrero, sobre el procedimiento de autorización para la prestación de servicios en la modalidad de teletreball al personal de la Administración de la Generalitat y sus organismos autónomos que presta servicios al Distrito Administrativo de la Generalitat de Cataluña en Barcelona: registro mediante el sistema de control horario del Portal de información y servicio para el empleado público (ATRI), que consiste en una declaración responsable de la persona teletrabajadora, sin perjuicio de que la Administración, obviamente, pueda verificarlo.

Art. 3: "*3.2.2 La jornada en régimen de teletrabajo* ***admite una flexibilidad total****, respetando las pausas y los descansos entre jornadas, así como las* ***franjas horarias de disponibilidad obligatorias*** *por interconexionado y coordinación que se establezcan dentro del horario de permanencia obligatoria. (…). 3.2.4 La jornada realizada en la modalidad de teletrabajo se registrará mediante el* ***sistema de control horario del portal del empleado público ATRI*** *y es una* ***declaración responsable*** *de la persona teletrebajadora".*

6. RÉGIMEN DE CONTROL DEL TIEMPO DE TRABAJO EN EL TELETRABAJO

6.1. Legislación de la Administración Pública

Generalitat Cataluña

- **Instrucción 5/2020**, de 24 de mayo, sobre reincorporación progresiva a los centros de trabajo, teletrabajo y otras medidas organizativas de aplicación al personal al servicio de la Administración de la Generalitat de Cataluña con motivo del coronavirus SARS-CoV-2, establece en su art. 3 el régimen preferente del teletrabajo, regulando en su art. 10 que, además de que la jornada equivaldrá a siete horas y treinta minutos, la distribución de las horas de la jornada deberá respetar la **franja horaria acordada de disponibilidad**, siendo **las horas totalmente flexibles**, respetando siempre las pausas y descansos.

Para el control horario se establece que los empleados deberán **registrar** en el portal del empleado público **ATRI** como justificación de no presencia el "teletrabajo" **indicando la hora de inicio y de finalización de su jornada**, y sin superar la jornada autorizada.

6. RÉGIMEN DE CONTROL DEL TIEMPO DE TRABAJO EN EL TELETRABAJO

6.1. Legislación de la Administración Pública

Generalitat Cataluña

- **Decreto 77/2020:** su DA1 77/2020 establece que la dedicación horaria de los días que se preste el servicio mediante teletrabajo se computarán según las equivalencias establecidas en los criterios reglamentarios de homogeneización de jornadas. Asimismo, la Administración habilitará los mecanismos de control horario a efectos de registrar la jornada realizada, y dictará, en su caso, las instrucciones necesarias.

Aún no se cuenta con un desarrollo reglamentario, por lo que debe acudirse a las ya citadas Instrucción 1/2020 y 5/2020.

Además, en la web de la Administración de la Generalitat de Cataluña se señala que "las personas autorizadas a realizar teletrabajo tienen que formalizar la jornada laboral a ATRI como Justificación de no presencia – Teletrabajo: habrá que realizar la jornada teórica diaria indicando la hora de inicio y finalización (7,5 horas o sus equivalentes en las diferentes jornadas), y garantizar la disponibilidad/contacto durante las franjas de presencia obligatoria. El resto del tiempo de trabajo se podrá realizar según la distribución horaria que se crea conveniente".(http://politiquesdigitals.gencat.cat/ca/pgov_ambits_d_actuacio/administraciodigital/teletreball/teletrebal/)

6. RÉGIMEN DE CONTROL DEL TIEMPO DE TRABAJO EN EL TELETRABAJO

6.1. Legislación de la Administración Pública

Generalitat Cataluña

En definitiva, se realiza una simple **declaración de la persona responsable** justificando la realización de teletrabajo.

El registro horario puede realizarse a través de un programa informático, una plataforma electrónica o una app, que permita su control en remoto, incluso mediante la conexión a internet o la actividad desarrollada a través de internet. De hecho, la **STSJ de Castilla y León, de 3 de febrero de 2016**, rec. núm. 2229/2015, señala que "por otra parte en el caso del trabajo desarrollado con conexión a la internet el control del ejercicio laboral a distancia, mediante la comprobación de la conexión del trabajador a la intranet empresarial y de su actividad en la red, no supone en principio y en condiciones normales invasión del espacio protegido bajo el concepto de domicilio y además es susceptible de inspección y control por la Administración Laboral".

6. RÉGIMEN DE CONTROL DEL TIEMPO DE TRABAJO EN EL TELETRABAJO

6.1. Legislación de la Administración Pública

Generalitat Cataluña

No debe pasar desapercibida que, en la modalidad de teletrabajo, tiene más sentido establecer el sistema de registro del horario basado en el trabajo por **objetivos**, instrumento que orienta el trabajo hacia los resultados y la evaluación del desempleo.

Servicio de Asistencia Jurídica de Recursos Humanos, en **Nota jurídica de 9 de abril de 2020 –*El Teletreball en els Ajuntaments*-:** "la prestación de servicios en la modalidad de teletrabajo comporta replantear el seguimiento y el control de las tareas, el desarrollo de las funciones y el tiempo de trabajo de los empleados y empleadas. Este nuevo planteamiento del control de la actividad tendrá que sujetarse necesariamente por el seguimiento y evaluación del desempeño de los objetivos, de la calidad en el trabajo o producto que, previamente, tendrán que ser parametrizados y reconocidos en los acuerdos que adopte cada ayuntamiento".

6. RÉGIMEN DE CONTROL DEL TIEMPO DE TRABAJO EN EL TELETRABAJO

6.1. Legislación de la Administración Pública

Generalitat Cataluña

- **Decreto 77/2020:** la finalidad de esta modalidad es avanzar en la orientación del trabajo hacia los resultados, potenciar la autonomía e iniciativa personal en la realización de las tareas, y ofrecer mayor flexibilidad en el uso y distribución del tiempo de trabajo, superando así la cultura de la presencialidad.
-**Instrucción 5/2020 (**art. 10): se deberá realizar un **seguimiento periódico de los objetivos** del trabajo por parte del supervisor en relación con las personas empleadas públicas.
- **Art. 47 bis EBEP:** "*el teletrabajo deberá contribuir a una mejor organización del trabajo a través de la identificación de objetivos y la evaluación de su cumplimiento*".

6. RÉGIMEN DE CONTROL DEL TIEMPO DE TRABAJO EN EL TELETRABAJO

6.2. Regulación normativa en otras Comunidades Autónomas

Comunidad Valenciana

- Ley 10/2010, función pública: remitía a la regulación del teletrabajo
- Decreto 82/2016, de 8 de julio, del Consell, por el que se regula la prestación de servicios en régimen de teletrabajo. Art. 7: "*control del trabajo se realizará atendiendo al cumplimiento de objetivos o a la consecución de resultados. Asimismo, se podrán fijar periodos mínimos de interconexión para la realización del trabajo e incluso que estos periodos se hagan coincidir con unas franjas horarias determinadas en las que las necesidades del servicio hacen necesaria la intercomunicación*".

Castilla-La Mancha

- Decreto 57/2013, de 12 de agosto.
- art. 8: "*los criterios de control de las tareas desarrolladas mediante teletrabajo serán fijados por las personas responsables de las unidades administrativas. Con carácter general y preferente, el control o evaluación del rendimiento se realizará atendiendo al cumplimiento de objetivos o a la consecución de resultados, pudiéndose utilizar los medios tecnológicos como instrumento de control adicional para verificar el trabajo realizado. El control horario del tiempo de asistencia presencial al puesto de trabajo se efectuará en los términos establecidos en la normativa reguladora de los horarios de trabajo*".

6. RÉGIMEN DE CONTROL DEL TIEMPO DE TRABAJO EN EL TELETRABAJO

6.2. Regulación normativa en otras Comunidades Autónomas

Baleares

- Decreto 36/2013, de 28 de junio, por el que se regula la modalidad teletrabajo
- Art. 9: "*corresponde a la persona que tenga que cumplir las funciones de supervisora (…) determinar, semanalmente como regla general, las tareas concretas que tendrán que llevar a cabo(..), y la realización del seguimiento del trabajo desarrollado de acuerdo con los objetivos (…) La jornada de trabajo del personal que presta servicios en la modalidad de teletrabajo será, en cuanto a la parte presencial, proporcionalmente la misma, en cómputo mensual, que la que tiene el personal en régimen presencial. En cuanto a la parte no presencial, se tendrá que acreditar el cumplimiento de los objetivos marcados y el de los períodos de interconexión pactados mediante el envío de correos electrónicos de control al acabar y empezar, o con un sistema equivalente que establezca la Administración*".

Galicia

- Orden de 20 de diciembre 2013: art. 15: "*durante la jornada dedicada al teletrabajo, el/la teletrabajador/a debe estar disponible en todo momento, en los términos establecidos en la correspondiente resolución de concesión, por lo que deberá tener activado el correo corporativo y el teléfono móvil indicado al efecto, y la Administración podrá requerir su presencia en las dependencias administrativas si así fuera preciso por las necesidades del servicio*"
- Resolución de 8 de agosto 2014: la jornada de teletrabajo "*se desarrollará de conformidad con lo establecido en la resolución de concesión, computándose como máximo 7 horas y 30 minutos cada día*", y el control "*en esta modalidad se trabajará por objetivos, según las tareas que sean encomendadas por la persona supervisora*"

6. RÉGIMEN DE CONTROL DEL TIEMPO DE TRABAJO EN EL TELETRABAJO

6.2. Regulación normativa en otras Comunidades Autónomas

Asturias

- Resolución de 13 de mayo 2019: art. 7: "*durante la jornada dedicada al teletrabajo, el teletrabajador debe estar disponible en todo momento, en los términos establecidos en la correspondiente resolución de concesión, por lo que deberá tener activado el correo corporativo y el teléfono móvil indicado*"
- Art. 7.5: "*el cumplimiento de la jornada de trabajo bajo la modalidad no presencial será fijado por acuerdo entre la Administración y el empleado público". S*u apartado 6 fija que "*el sistema de control horario dispondrá de un concepto de justificación de "jornada no presencial en la modalidad de teletrabajo". El empleado público sujeto al régimen de teletrabajo deberá realizar los fichajes de inicio y fin de la jornada*". Su "*seguimiento y control o evaluación del trabajo realizado por la persona teletrabajadora se efectuará atendiendo al cumplimiento de objetivos o a la consecución de resultados*".

Murcia

- Orden de 3 de octubre de 2016: proyecto piloto experimental.

  Art. 10: "1. *Con carácter general y preferente, el control o evaluación del trabajo realizado por la persona teletrabajadora se efectuará atendiendo al cumplimiento de objetivos o a la consecución de resultados, pudiendo utilizar los medios tecnológicos como instrumento de control adicional para verificar el trabajo realizado. 2. Los objetivos y resultados a conseguir así como los criterios de control de las tareas desarrolladas mediante teletrabajo serán fijados por la persona titular de la Jefatura de Servicio o de la unidad administrativa a la que esté adscrito el personal teletrabajador, de acuerdo con él, en función de las necesidades del servicio.3. El sistema de control horario dispondrá de un concepto de justificación de jornada no presencial en la modalidad de teletrabajo*

6. RÉGIMEN DE CONTROL DEL TIEMPO DE TRABAJO EN EL TELETRABAJO

6.2. Regulación normativa en otras Comunidades Autónomas

País Vasco	Decreto 92/2012: art. 8: el teletrabajo "*por su naturaleza, no comporta de manera inherente una especial dedicación ni horaria ni de jornada, sino una flexibilidad en la jornada y en los horarios ordinarios. No obstante, se podrán fijar períodos mínimos de interconexión para la realización del trabajo o, incluso que estos períodos de interconexión se hagan coincidir con unas franjas horarias determinadas, en las que las necesidades del servicio hacen necesaria la intercomunicación entre la Administración y la persona teletrabajadora*
Castilla y León	Decreto 16/2018: no recoge en su art. 15 cómo será el sistema de control de la jornada. Únicamente indica que "*en cuanto a la parte no presencial de la jornada, el teletrabajador habrá de acreditar a través del plan individual de teletrabajo tanto el cumplimiento de las obligaciones recogidas en el documento de compromisos como de las establecidas durante las jornadas presenciales. Así mismo, habrá de acreditar la satisfacción de los períodos de interconexión. Los períodos de interconexión comprenderán necesariamente la parte no flexible de la jornada ordinaria, que en todo caso podrá someterse a las adaptaciones de horario previstas en la normativa vigente por razones de conciliación de la vida familiar y laboral*

6. RÉGIMEN DE CONTROL DEL TIEMPO DE TRABAJO EN EL TELETRABAJO

6.2. Regulación normativa en otras Comunidades Autónomas

Extremadura	Decreto 1/2018: art. 6: "*el cumplimiento de la jornada de teletrabajo será fijado por acuerdo entre la Secretaría General u órgano competente de los organismos públicos y el empleado público, según aconseje la mejor prestación del servicio. Para la determinación de los términos del acuerdo, la Secretaría General recibirá la correspondiente propuesta de la persona titular del servicio o titular de la dirección del centro donde desempeñe su trabajo la persona teletrabajadora*
La Rioja	Decreto 45/2013: art. 4: "*el horario en que el teletrabajador preste las funciones de su puesto de trabajo desde su domicilio particular será considerado como parte ordinaria de su jornada de trabajo".*

6. RÉGIMEN DE CONTROL DEL TIEMPO DE TRABAJO EN EL TELETRABAJO

6.3. Legislación laboral

- **RDL 8/2019**, introduce el apartado 9 en el art. 34 ET: "*La empresa garantizará el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, sin perjuicio de la flexibilidad horaria que se establece en este artículo. Mediante negociación colectiva o acuerdo de empresa o, en su defecto, decisión del empresario previa consulta con los representantes legales de los trabajadores en la empresa, se organizará y documentará este registro de jornada".*
- **RDL 28/2020**, regula en su **art. 14** el registro del control horario estableciendo que la obligación de registro horario debe reflejar fielmente la jornada de trabajo. Concretamente: "*el sistema de registro horario que se regula en el artículo 34.9 del Estatuto de los Trabajadores, de conformidad con lo establecido en la negociación colectiva, deberá reflejar fielmente el tiempo que la persona trabajadora que realiza trabajo a distancia dedica a la actividad laboral, sin perjuicio de la flexibilidad horaria, y deberá incluir, entre otros, el momento de inicio y finalización de la jornada".*

6. RÉGIMEN DE CONTROL DEL TIEMPO DE TRABAJO EN EL TELETRABAJO

6.3. Legislación laboral

CRITERIOS INTERPRETATIVOS JUDICIALES:

STSJ Castilla y León, de 3 de febrero de 2016, rec. núm. 2229/2015

- La **empresa** alega que el **domicilio es un espacio protegido por el derecho a la intimidad** ex art. 18 CE, y que, por tanto, **no puede efectuar un control** sobre lo que hace la persona teletrabajadora en el mismo, de manera que si realiza horas extraordinarias ello es exclusiva decisión de la persona teletrabajadora.
- El **TSJ** considera que el tiempo de trabajo que había realizado el teletrabajador en su domicilio es también **tiempo de trabajo de la misma forma que el realizado en el centro de trabajo,** que el **control del tiempo de trabajo es responsabilidad de la empresa,** que es quien debe registrar la jornada de la persona trabajadora, y que el respeto de los límites de jornada y descansos forma parte del derecho de la persona trabajadora la protección de su seguridad y salud, lo cual es responsabilidad de la empresa.

Concluye que "solamente si la empresa ha establecido pautas claras sobre tiempo de trabajo respetuosas con la regulación legal y convencional sobre jornada y descansos y si además establece, de acuerdo con el trabajador, instrumentos de declaración y control del tiempo de trabajo a distancia o en el domicilio, sería posible admitir que una conducta del trabajador en el interior de su domicilio en vulneración de dichas pautas y omitiendo los instrumentos de control empresarial pudiera dar lugar a exceptuar el pago de las correspondientes horas y su cómputo como tiempo de trabajo".

6. RÉGIMEN DE CONTROL DEL TIEMPO DE TRABAJO EN EL TELETRABAJO

6.3. Legislación laboral

CRITERIOS INTERPRETATIVOS ITSS:

Guía sobre el registro de jornada **(Dirección General de Trabajo)**:

- **Es de aplicación al teletrabajo:** la guía señala que para esta modalidad el registro diario de la jornada no obsta a su aplicación ni constituye tampoco impedimento para su continuidad, pues es un elemento que garantiza la acomodación a las necesidades empresariales y a la conciliación de la vida laboral y familiar.
- **Forma** de llevar a cabo el registro y control de la jornada: "en el caso de trabajo a distancia, incluido el teletrabajo, existen fórmulas asequibles que aseguran el registro de la jornada diaria, incluidas las especificidades o flexibilidad para su cómputo, a través de registros telemáticos o similares. En todo caso, si existe **autorregulación convencional** al respecto, mediante la negociación colectiva o el acuerdo de empresa, o si el empresario da por buena la firma por el trabajador de hojas o instrumentos similares de autogestión del tiempo de trabajo del teletrabajador o trabajador a distancia, tales serán instrumentos válidos".

6. RÉGIMEN DE CONTROL DEL TIEMPO DE TRABAJO EN EL TELETRABAJO

6.3. Legislación laboral

CRITERIOS INTERPRETATIVOS ITSS:

Guía sobre el registro de jornada **(Dirección General de Trabajo)**:

- En el teletrabajo se permite que el **cómputo sea por períodos o secuencias temporales superiores al día**, esto es, semanal o incluso mensual, en cuyo caso se procederá a su ponderación y globalización a efectos de contabilizar el tiempo de trabajo y su ponderación.
- En cuanto al **tiempo de trabajo** que debe quedar registrado, la obligación del art. 34.9 ET queda referida al "***horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora***". Ello significa que debe registrarse todo el tiempo que forme parte de la jornada, contabilizándose también el tiempo de pausas diarias obligatorias legal o convencionalmente previstas, así como las voluntarias.

6.3. Legislación laboral

CRITERIOS INTERPRETATIVOS ITSS:

Guía sobre el registro de jornada **(Dirección General de Trabajo)**:

- La **negociación colectiva** es la que debe concretar la organización y documentación del registro de la jornada. Por ello, es válido cualquier sistema o medio, ya sea en papel o telemático, que proporcione información fiable y no manipulable a posteriori.

7. CONCLUSIÓN

7. CONCLUSIÓN

1. El control y registro de la jornada de trabajo para aquellas personas trabajadoras que presten sus servicios en la modalidad de teletrabajo resulta esencial, además de obligatorio legalmente, por razones, no sólo de cumplimiento horario, sino también por razones ligadas a la salud de la persona.

2. No existe una única modalidad válida para realizar el registro de la jornada de trabajo. La única exigencia es que sea un sistema que permita registrar con fiabilidad y objetividad la hora de inicio y de fin de la jornada

3. Aparte del control del tiempo de trabajo, más que ello, debería establecerse un control basado en los resultados, es decir, en la productividad y la consecución de unos objetivos, más que en el horario estrictamente

4. La obligación de registro de la jornada de trabajo no es un problema con el Reglamento 2016/679/UE ni con la LO 3/2018, pues la STJUE de 30-5-2013, asunto Worten, ya se pronunció en relación con la legislación portuguesa considerando que, pese a ser datos personales no vulneran la normativa europea cuando la autoridad laboral solicita consultar tales registros en la empresa.

7. CONCLUSIÓN

Joaquín Nieto, director de la oficina de la OIT para España, señala que el teletrabajo “es una metodología que necesita de una serie de disposiciones que garanticen al trabajador un horario establecido, unas tareas determinadas, derecho a la desconexión… en España las posibilidades del teletrabajo no están suficientemente exploradas”.

8. BIBLIOGRAFÍA

8. BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA IZQUIERDO, R.; CRISTÓBAL RONCERO, R., “Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: el derecho a la desconexión tecnológica”, en AA.VV., *El futuro del trabajo que queremos. Conferencia Nacional Tripartita.* Madrid: Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2017.

ALONSO OLEA, M.; CASAS BAAMONDE, M.E., *Derecho del Trabajo*. Madrid: Civitas, 2001.

ARRIETA IDIAKEZ, F. J., “La desconexión digital y el registro diario en España como mecanismo para garantizar el descanso, la salud y el bienestar de los trabajadores digitales a distancia”, en *Lan Harremanak*, núm. 42, 2019.

CERVILLA GARZÓN, M.J.; JOVER RAMÍREZ, C., “Teletrabajo y delimitación de las contingencias profesionales”, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, núm. 4, 2015, (versión on line).

CUBO MAYO, A., “El tiempo de trabajo y los problemas no resueltos de control y registros de la jornada y horario”, en *Diario La Ley*, núm. 8819, 2016 (versión on line)

DEL CASTILLO, M., “El registro de control horario: ¿presencialismo o profesionalidad?”, *El Periódico*, 21 de agosto de 2019. Disponible en https://www.elperiodico.com/es/opinion/20190821/presencialismo-o-profesionalidad-articulo-opinion-manel-del-castillo-control-horario-7601136

DEL MAR, V.; MOLINA GARCÍA, O., “La implementación técnica del Registro de la Jornada”, *El Derecho,* 2019. Disponible en https://elderecho.com/la-implementacion-tecnica-del-registro-la-jornada

DI MARTINO, V. Y WIRTH, L., *“*Teletrabajo: Un nuevo modo de trabajo y de vida*”*, *Revista Internacional del Trabajo*, 109, 1990.

ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Teletrabajo”, en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*. Madrid: MTSS, 2000.

GARCÍA NINET, I., “Contrato de trabajo a domicilio”, en AA.VV., *Comentario a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores.* Madrid: Edersa, Tomo III, 1985.

JIMÉNEZ VARGAS, P. J., "La eficacia de la nueva ley de registro de la jornada laboral en contra de la precariedad y el absentismo”, en *RGDTSS*, núm. 55, 2020.

LILLO PÉREZ, E., “Notas sobre la realidad de la jornada laboral en España y el derecho a la limitación de la jornada de los trabajadores como consecuencia ineludible de la protección de la salud laboral de los mismos. La exigencia imprescindible del registro o anotación de la jornada ordinaria”, *Ciudad del Trabajo*, núm. 7, 2018.

8. BIBLIOGRAFÍA

MANZANO SANTAMARÍA, N., *NTP 1122: Las tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) (I): nuevas formas de organización del trabajo.* Madrid: INSSBT, 2018. Disponible en https://www.insst.es/documents/94886/566858/ntp-1122w.pdf/baa93260-6840-4b9b-9abb-b6980b7f8f71

MELLÁ MÉNDEZ, L., "Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y la salud de los trabajadores (I)", *Trabajo y Derecho*, núm. 16, 2016.

MOLL NOGUERA, R., "Comentario a la sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de diciembre de 2015, núm. 207/2015, ponente D. Ricardo Bodas Martín, sobre la obligatoriedad del registro de jornada del art. 35.5 ET", en *Revista de Información Laboral*, núm. 3, 2016 (versión on line)

MORGADO PANADERO, P., "El teletrabajo: nueva formación de prestación de servicios", *AL*, núm. 16, 2004.

NAVARRO CUÉLLAR, A., "El control de la jornada diaria de trabajo: ¿obligación legal o potestad empresarial? Doctrina judicial reciente y posición de la Inspección de Trabajo", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 44, 2016.

OIT, *Declaración del Centenario de la OIT para el futuro del trabajo*. Ginebra, 2019.

OIT, *Informe inicial para la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo*. Ginebra: OIT, 2017. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_591504.pdf

OIT, *Memoria del Director General. Informe I. La iniciativa del centenario relativa al Futuro del Trabajo.* Ginebra: OIT, 2015. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_370408.pdf

OIT, *Síntesis de los diálogos nacionales sobre el futuro del trabajo*. Ginebra: OIT, 2017. p. 62. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_591507.pdf

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.; THIBAULT ARANDA, J., *El teletrabajo en España. Perspectiva jurídico laboral.* Madrid: MTSS. 2001.

ROJO TORRECILLA, E., "La obligación de registro diario de la jornada: la necesaria intervención del TJUE en el debate judicial entre la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo", *RJL*, núm. 3, 2019.

SANGUINETI RAYMOND, W., *Contrato de trabajo y nuevos sistemas productivos*. Lima: Ara Editores, 1997.

SEMPERE NAVARRO, A.V.; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, Pamplona, Aranzadi, 2002.

THIBAULT ARANDA, J., *Relaciones laborales e internet*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002 (versión on line)

3a sessió

17/11/20

La reglamentació del teletreball en les administracions locals.
Joan Mauri Majós, professor de Dret Administratiu de la Universitat de Barcelona.

La regulació del teletreball en el sector públic: propostes, projectes i referències.
Alberto Palomar Olmeda, magistrat; professor de Dret Administratiu de la Universitat Carlos III de Madrid.

La prevenció de riscos laborals en els llocs de teletreball.
Lourdes Mella Méndez, professora de Dret del Treball i de la Seguretat Social de la Universitat de Santiago de Compostela.

UNIVERSITAT DE BARCELONA

Seminari de Relacions Col·lectives
Federació de Municipis de Catalunya

La reglamentació del teletreball en les administracions locals

Dr. Joan Mauri Majós

Departament de Dret *Administratiu, Dret Processal i Dret Financer i Tributari*
jmaurim@ub.edu

UNIVERSITAT DE BARCELONA

2020: l'any dels tres teletreballs

- Teletreball abans de la pandèmia
(2011-2019)

- Teletreball en la pandèmia i en el desconfinament (i el confinament)
Teletreball "remot forçós"
Teletreball "precari"
Teletreball "útil"
Teletreball "excepcional" i "temporal"
Caràcter no regular de les situacions de crisi que exclouen el concepte de teletreball
(març-novembre de 2020)

- "Consolidació" o "regularització" del teletreball desprès de la pandèmia?
Modalitat de prestació de serveis que es considera "no ordinària" i "no absoluta"
Forma d'organització flexible i adaptable a les circumstàncies
(maig 2021)

La necessitat de gestionar *distintes situacions* i *diferents modalitats* de teletreball

UNIVERSITAT DE BARCELONA

La regulació del teletreball

El teletreball en els serveis públics és un *model en construcció* que demana el bastiment d'un *marc de referència* i d'un *seguit d'instruments conceptuals* que encara estem explorant

Quatre premisses
i
algunes tesis i qüestions problemàtiques

UNIVERSITAT DE BARCELONA

La regulació del teletreball

Premisses

La matèria teletreball

Els títols de les entitats locals

Els instruments normatius

L'àmbit objectiu de la negociació sobre el teletreball

UNIVERSITAT DE BARCELONA

La regulació del teletreball: Premisses (la matèria teletreball)

Una forma d'organització de la jornada de treball
(article 47bis TREBEP, Capítol V TREBEP: "dret a la jornada de treball, permisos i vacances")

Una forma d'organització i estructuració del treball
(elements: el temps; l'espai; els mitjans; l'organització; la distància de la supervisió jeràrquica)

Una modalitat de prestació de serveis
(Finalitats i peculiaritats)

Un dret individual dels empleats públics

Un tipus específic de personal
(el teletreballador)

Una forma d'organització i estructuració del treball
(que asseguri l'acompliment de les necessitats del servei)

UNIVERSITAT DE BARCELONA

La regulació del teletreball: Premisses (la matèria teletreball)

Els drets dels empleats públics i els tipus de personal
(reserva de llei formal)

Les jornades, les modalitats de servei i l'organització i estructuració dels recursos humans
(competències d'autoorganització de les Administracions públiques)

UNIVERSITAT DE BARCELONA

La regulació del teletreball: Premisses (els títols de les entitats locals)

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 cris sanitaria ocasionada por la COVID-19

"introducción de unas *reglas que sirvan de base común* para el desarrollo de la figura en todas las Administraciones Públicas"

"norma básica que establece los principios generales *aplicables al conjunto de las relaciones de empleo* y que contiene los elementos comunes al conjunto de personal funcionario de todas las Administraciones Públicas, así como las normas legales específicas aplicables al personal laboral a su servicio"

UNIVERSITAT DE BARCELONA

La regulació del teletreball: Premisses (els títols de les entitats locals)

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 cris sanitaria ocasionada por la COVID-19

Un marc normatiu bàsic: Una norma de habilitació

Exposició de motius

"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*"

Article 47bis.2 TREBEP

"La prestación del servicio mediante teletrabajo [...] Se realizará en los términos *de las normas que se dicten en desarrollo de este Estatuto"*

Disposició final segona

"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"

UNIVERSITAT DE BARCELONA

La regulació del teletreball: Premisses (els instruments normatius)

Exposició de motius

"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*"

Article 47bis.2 TREBEP

"La prestación del servicio mediante teletrabajo [...] Se realizará en los términos *de las normas que se dicten en desarrollo de este Estatuto"*

Disposició final segona

"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"

Els instruments han de ser normatius (instrument o instruments)
(reglaments de règim interior; acords de condicions de treball)
(adaptació forçada dels decrets d'alcaldia o presidència; acords dels òrgans de govern; instruccions; protocols; pactes de condicions de treball)

UNIVERSITAT DE BARCELONA

La regulació del teletreball: Premisses (àmbit de la negociació)

Article 47bis.2 TREBEP

"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"*

Preàmbul

"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*"

Necessitat d'una *interpretació sistemàtica* amb *l'article 37 del TREBEP* i *els articles 87, 88, 89, 90 i 91 de la LOPDPGDD*

UNIVERSITAT DE BARCELONA

La regulació del teletreball: Premisses (àmbit de la negociació)

L'objecte de la negociació són les *normes* que regulen la prestació del servei mitjançant teletreball

L'objecte de la negociació és el *desenvolupament concret de l'activitat de prestació de serveis per teletreball* en una Administració pública

El teletreball és una forma d'organització i estructuració del treball que s'ha de regular en el marc de les competències d'autoorganització de les Administracions públiques

Article 37.2 del TREBEP

"Queden excloses de la negociació les matèries següents:

Les decisions de les Administracions públiques que afectin les seves potestats d'organització.

Quan les conseqüències de les decisions de les administracions públiques que afectin les seves potestats d'organització tinguin repercussió sobre condicions de treball dels funcionaris públics [...], és procedent la negociació de les condicions esmentades amb les organitzacions sindicals"

L'objecte de la negociació és la repercussió sobre les condicions de treball dels empleats públics que pugui tenir el desenvolupament concret de l'activitat de prestació de serveis per teletreball

UNIVERSITAT DE BARCELONA

La regulació del teletreball: Premisses (àmbit de la negociació)

L'objecte de la negociació són les *normes* que regulen la prestació del servei mitjançant teletreball

L'objecte de la negociació és el *desenvolupament concret de l'activitat de prestació de serveis per teletreball* en una Administració pública

Preàmbul

"Se garantiza en todo caso la atención directa presencial a la ciudadanía"

Article 37.2 del TREBEP

"Queden excloses de la negociació les matèries següents:

La regulació de l'exercici dels drets dels ciutadans i dels usuaris dels serveis públics, així com el procediment de formació dels actes i les disposicions administratives"

Haurien de quedar exclosos de la negociació la determinació de <u>l'àmbit objectiu</u> del teletreball i *la determinació del <u>nombre</u> de possibles teletreballadors*

(Identificació dels llocs de treball i funcions susceptibles de ser realitzats mitjançant el teletreball; percentatge de la prestació de serveis en forma no presencial)

UNIVERSITAT DE BARCELONA

La regulació del teletreball: Premisses (àmbit de la negociació)

L'objecte de la negociació són les *normes* que regulen la prestació del servei mitjançant teletreball

L'objecte de la negociació és el *desenvolupament concret de l'activitat de prestació de serveis per teletreball* en una Administració pública

Article 37.2 del TREBEP

"Queden excloses de la negociació les matèries següents:

Els poders de direcció i control propis de la relació jeràrquica"

Haurien de quedar excloses de la negociació les <u>facultats d'organització, direcció i control en el treball a distància</u>

(Facultats de direcció i control; protecció de dades i seguretat de la informació; condicions i instruccions sobre l'ús i la conservació d'equips i mitjans informàtics propietat de l'entitat local"

UNIVERSITAT DE BARCELONA

La regulació del teletreball: Premisses (àmbit de la negociació)

L'objecte de la negociació són les *normes* que regulen la prestació del servei mitjançant teletreball

L'objecte de la negociació és el *desenvolupament concret de l'activitat de prestació de serveis per teletreball* en una Administració pública

Article 31.2 del TREBEP

La negociació col·lectiva és el dret a negociar la determinació de condicions de treball dels empleats públics

La negociació "col·lectiva" afecta a les condicions de treball de la generalitat dels empleats públics i no té un abast individual

No es pot atribuir a la negociació o a les comissions de seguiment derivades de la negociació la determinació concreta de les persones teletreballadores

UNIVERSITAT DE BARCELONA

La regulació del teletreball: Premisses (àmbit de la negociació)

La negociació de les normes que regulen el desenvolupament de l'activitat en règim de teletreball no pot alterar les *previsions* que es contenen a la *LOPDPGDD*

Article 87.3 LOPDPGDD

"Els ocupadors han d'establir *criteris d'utilització dels dispositius digitals* [...] En la seva elaboració han de *participar* els representants dels treballadors"

Article 88.2 LOPDPGDD

"Les modalitats d'exercici d'aquest dret [dret a la desconnexió digital] [...] *s'han de subjectar al que estableixi la negociació col·lectiva* o, si no n'hi ha, al que acordin l'empresa i els representants dels treballadors

UNIVERSITAT DE BARCELONA

La regulació del teletreball: Premisses (àmbit de la negociació)

La negociació de les normes que regulen el desenvolupament de l'activitat en règim de teletreball no pot alterar les *previsions* que es contenen a la *LOPDPGDD*

Article 89.1 LOPDGDD

"Els ocupadors poden *tractar les imatges obtingudes a través de* *sistemes de càmeres o vídeo càmeres* *per a l'exercici de les funcions de control* dels treballadors o els empleats públics [...]. Els ocupadors han *d'informar* amb caràcter previ, i de manera expressa, clara i concisa, els treballadors o els empleats públics i, si s'escau, *els seus* *representants* sobre aquesta mesura"

Article 90.2 LOPDGDD

"Els ocupadors poden tractar les dades obtingudes a través de *sistemes de geolocalització* *per a l'exercici de les funcions de control dels treballadors o empleats públics [...] Amb caràcter previ, els ocupadors han* *d'informar* *de manera expressa, clara i inequívoca els treballadors o els empleats públics, i si s'escau, els seus* *representants"*

UNIVERSITAT DE BARCELONA

La regulació del teletreball: Premisses (àmbit de la negociació)

La negociació de les normes que regulen el desenvolupament de l'activitat en règim de teletreball no pot alterar les *previsions* que es contenen a la *LOPDPGDD*

Article 91 LOPDGDD

"Els convenis col·lectius poden establir garanties addicionals dels drets i llibertats relacionats amb el tractament de dades personals dels treballadors i la salvaguarda de drets digitals en l'àmbit laboral"

S'aplica l'article 91 LOPDGDD als empleats públics?

El simple argument de *l'extensió o l'equiparació de drets entre empleats públics i treballadors de l'àmbit laboral* no és una pauta de raonament vàlida

UNIVERSITAT DE BARCELONA

La regulació del teletreball: Tesis (el concepte de teletreball)

Inexistència d'un concepte regular del treball a distancia

Però, de quin teletreball estem parlant?

Article 47bis.1 TREBEP

"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 la comunicación"

Fragmentació i diversificació del concepte de teletreball

Totes les jornades de treball?

Un mínim de dos o tres jornades de treball?

Un mínim del trenta per cent de la jornada de treball en un període de referència de tres mesos?

Els serveis ocasionals prestats en la modalitat de treball a distància són teletreball?

Els serveis prestats per causa de força major -sanitària, ambiental- són teletreball?

Falta de criteris necessaris d'especificació

Intensitat del teletreball

(2 o 3 dies per setmana: mitjana)

UNIVERSITAT DE BARCELONA

La regulació del teletreball: Tesis (forma o modalitat d'implantació del teletreball)
Inexistència d'una forma o modalitat concreta d'implantació del teletreball

Quina forma o modalitat escollim per implementar el teletreball?

Programes de *posada en marxa*, programes *pilot* o programes *experimentals*

Modalitat *oberta* a tots els empleats públics que acompleixin els requisits i les condicions establertes sempre que així ho sol·licitin i aconsegueixin la corresponent autorització amb o sense convocatòria pública anual o no
(requisits de les persones)

Programes o plans de teletreball concebuts com a instruments de planificació i gestió d'aquesta modalitat de serveis per a un determinat col·lectiu, àrea funcional, orgànica o territorial en base a la identificació d'un seguit d'objectius, la determinació prèvia de la duració del programa, els llocs de treball a incloure, les condicions que s'han d'acomplir per integrar-se al programa, el nombre màxim de participants, el procediment de selecció, la duració de la prestació de serveis, els òrgans i els criteris de control i el sistema d'avaluació de l'acompliment
(requisits del programa; possible fixació de quotes)

UNIVERSITAT DE BARCELONA

La regulació del teletreball: Tesis (la delimitació de l'àmbit objectiu del teletreball)

Necessitat de concretar l'àmbit objectiu del teletreball

Treball no presencial/Treball presencial

Llocs que poden ser exercits de forma autònoma i no presencial, sense necessitat de supervisió o guiatge continuat, atenent les seves característiques específiques i els mitjans requerits per desenvolupar-los

Llocs la prestació efectiva dels quals només queda plenament garantida amb la presència física de l'empleat públic amb una acció directa sobre el que hi ha en el lloc de treball, sobre les persones o sobre determinades circumstàncies que poden intervenir en les tasques a desenvolupar

UNIVERSITAT DE BARCELONA

La regulació del teletreball: Tesis (la delimitació de l'àmbit objectiu del teletreball)

Necessitat de concretar l'àmbit objectiu del teletreball

Diferenciació per sectors

(seguretat i guarderia; emergències; protecció civil; centres docents i centres de formació; residències i centres d'atenció a persones; centres, serveis i establiments de salut i de serveis socials)

Diferenciació per llocs de treball

(oficines de registre, atenció i informació al ciutadà; subalterns; conducció; manteniment i via pública; cuina; tallers; neteja o serveis auxiliars; comunicacions)

(llocs de treball amb funcions de direcció, coordinació i supervisió; llocs de treball de personal eventual; secretàries de càrrecs; lloc de treball que es proveeixen per lliure designació; llocs de treball que hagin d'utilitzar de manera continuada i reiterada documentació oficial en format paper que contingui dades oficials o protegides)

UNIVERSITAT DE BARCELONA

La regulació del teletreball: Tesis (la delimitació de l'àmbit objectiu del teletreball)

Necessitat de concretar l'àmbit objectiu del teletreball

Elaboració d'un catàleg o una relació de llocs de treball no presencials

Sistemes oberts que consideren el llistat de sectors o de llocs de treball que resulten no susceptibles de teletreball com oberts i susceptibles d'ampliació a instàncies del centre directiu interessat i prèvia decisió de l'òrgan competent en matèria de personal

UNIVERSITAT DE BARCELONA

La regulació del teletreball: Tesis (la delimitació de l'àmbit objectiu del teletreball)

Necessitat de concretar l'àmbit objectiu del teletreball

La incidència de la pandèmia sobre l'àmbit objectiu del teletreball
La progressiva importància de la posició subjectiva

Reserva de la possibilitat d'autoritzar el teletreball en llocs no susceptibles de teletreball
Preferència per l'autorització de teletreball

Reserva, preferència o prioritat de grups de persones amb característiques singulars

Les persones qualificades com "*especialment sensibles*" o "*personal vulnerable*" en funció de les recomanacions sanitàries

Les persones "*cuidadores*"
(Les que tenen al seu càrrec menors de 12/14 anys, persones amb discapacitat i persones grans dependents, afectades o no pel tancament de centres educatius o centres de persones dependents)

UNIVERSITAT DE BARCELONA

La regulació del teletreball: Tesis (la delimitació de l'àmbit subjectiu del teletreball)

Necessitat de concretar l'àmbit subjectiu del teletreball

Article 47bis.2 TREBEP
"La prestación del servicio mediante teletrabajo habrá de ser expresamente autorizada"

Requisits subjectius

Estar en situació de servei actiu i acreditar una antiguitat mínima
(situació administrativa amb reserva de lloc de treball i disposició a reingressar)
(no tenir autoritzada o reconeguda una compatibilitat)
(antiguitat mínima: 6 mesos; 1 anys; 2 anys)

Desenvolupar un lloc de treball susceptible d'ésser prestat en la modalitat de teletreball
(amb una jornada de treball a temps complert o amb una reducció mínima)

No estar realitzant o tenir autoritzada *la realització de cursos presencials de llarga duració* en horari laboral

UNIVERSITAT DE BARCELONA

La regulació del teletreball: Tesis (la delimitació de l'àmbit subjectiu del teletreball)

Necessitat de concretar l'àmbit subjectiu del teletreball

Condicions de caràcter objectiu amb projecció sobre les persones o la inserció de persones en els programes o plans de teletreball

Article 47bis.2 TREBEP
"La prestación del servicio mediante teletrabajo habrá de ser expresamente autorizada"

Preàmbul
"Requisito previo será la valoración del carácter susceptible de poder realizarse mediante teletrabajo de las tareas asignadas al puesto, la correspondiente evaluación y planificación preventiva, así como la formación en competencias digitales necesarias para la prestación del servicio"

UNIVERSITAT DE BARCELONA

La regulació del teletreball: Tesis (la delimitació de l'àmbit subjectiu del teletreball)

Necessitat de concretar l'àmbit subjectiu del teletreball

Condicions objectives d'accés a la modalitat de teletreball

Funcions assignades al lloc de treball susceptibles de realitzar-se a través de teletreball

Coneixements suficients de caràcter informàtic i telemàtic, teòrics i pràctics que requereixen l'exercici de funcions objecte de teletreball

Disposar dels sistemes de comunicació necessaris, en especial de connexió a internet amb els requisits de fiabilitat i seguretat que es puguin establir

Existència de persona supervisora i formalització prèvia de pla de treball amb assignació de tasques a realitzar, indicadors que permetin la medició del treball, estimació dels temps de realització i descripció de la forma i mitjans de portar a terme la supervisió

Realització de formació obligatòria en matèria de ciberseguretat, protecció de dades, prevenció de riscos laborals i treball per objectius

UNIVERSITAT DE BARCELONA

La regulació del teletreball: Tesis (la delimitació de l'àmbit subjectiu del teletreball)

Necessitat de concretar l'àmbit subjectiu del teletreball

Condicions d'accés a la modalitat de teletreball

Compromís de respectar les instruccions sobre protecció de dades, específicament aplicables en el treball a distància

Compromís de respectar les instruccions dictades sobre seguretat de la informació, específicament aplicables en el treball a distancia

Assabentat sobre criteris d'utilització dels dispositius digitals facilitats

Assabentat sobre la política interna en matèria de desconnexió digital

Assabentat, si s'escau, sobre la possibilitat de tractar les imatges obtingudes a través de sistemes de càmeres o de sistemes de geolocalització

UNIVERSITAT DE BARCELONA

La regulació del teletreball: Tesis (la delimitació de l'àmbit subjectiu del teletreball)

Necessitat de concretar l'àmbit subjectiu del teletreball

Condicions d'accés a la modalitat de teletreball

El lloc de treball a distància ha de complir amb els requisits i les mesures relatives a la prevenció de riscos laborals

Compromís de facilitar una avaluació del lloc físic de treball i *d'adoptar les mesures correctores*

Informació i formació al teletreballador dels riscos inherents al seu lloc de treball

Necessitat de *disposar d'equip, espai i mobiliari ergonòmic* i *d'acomplir les mesures preventives i correctores* indicades

No *assumpció dels costos* derivats de *l'adaptació del lloc de treball* a les normes sobre prevenció de riscos laborals

UNIVERSITAT DE BARCELONA

La regulació del teletreball: Tesis (voluntarietat i reversibilitat en el teletreball)

El teletreball és voluntari i reversible?

Article 47 bis TREBEP

"En todo caso, tendrá carácter voluntario y reversible salvo en supuestos excepcionales debidamente justificados"

realment és voluntari ?

Aparició de *modalitats de teletreball per causes organitzatives* de manera que la provisió d'un lloc pressuposa l'acceptació implícita del teletreball que no resulta reversible i és irrenunciable

La possibilitat d'establir la prestació de serveis en la modalitat de teletreball en *situacions extraordinàries o excepcionals*
(prevenció de riscos laborals; raons d'emergència sanitària; obres o reformes que afectin al lloc de treball; trasllats o mudances entre diferents edificis i llocs de treball dintre dels mateix edifici; altres circumstàncies de força major)

UNIVERSITAT DE BARCELONA

La regulació del teletreball: Tesis (voluntarietat i reversibilitat en el teletreball)
El teletreball és voluntari i reversible?

Article 47 bis TREBEP
"En todo caso, tendrá carácter voluntario y reversible salvo en supuestos excepcionales debidamente justificados"

Reversibilitat i revocació sanció de l'autorització de teletreball

La prestació de serveis en la modalitat de teletreball *és una mesura organitzativa* que no constitueix un dret adquirit o una posició objectiva i s'ha de considerar reversible en qualsevol moment quan es determini per raons organitzatives o necessitats del servei

L'autorització de la prestació de serveis en la modalitat de teletreball es pot suspendre temporalment mitjançant resolució motivada en un funcionament deficient de l'equip o un rendiment insuficient de la persona

L'autorització de la prestació de servei en la modalitat de teletreball pot quedar sense efecte per necessitats del servei o pel no compliment dels objectius establerts o dels deures i obligacions del teletreballador especialment en matèria de prevenció de riscos laborals o de seguretat, protecció de dades i confidencialitat

UNIVERSITAT DE BARCELONA

La regulació del teletreball: Tesis (voluntarietat i reversibilitat en el teletreball)
El teletreball és voluntari i reversible?

Article 47 bis TREBEP
"En todo caso, tendrá carácter voluntario y reversible salvo en supuestos excepcionales debidamente justificados"

Voluntarietat i acord de treball a distància

Inexistència de la figura
Contingut de l'autorització
Protocol o entesa incorporat a l'autorització
Confusió de la figura amb un sistema de control
(pla de treball individual)

Article 7 Real Decret-llei 28/2020, de 22 de setembre de treball a distància
(inventari de mitjans, equips, instruments, consumibles i bens mobles; despeses; horari de treball i regles de disponibilitat, percentatge i distribució entre treball presencial i no presencial, centre de treball d'adscripció, lloc de treball elegit; duració terminis de preavís per a l'exercici del dret de reversibilitat; mesures de control; instruccions sobre protecció de dades; instruccions sobre seguretat de la informació; duració)

UNIVERSITAT DE BARCELONA

La regulació del teletreball: Tesis (igualtat de tracte)

Article 47.3 bis TREBEP

"El personal que preste sus servicios mediante teletrabajo tendrá los mismos deberes y derechos, individuales y colectivos, [...] que el resto del personal que preste sus servicios en modalidad presencial, [...], salvo aquellos que sean inherentes a la realización de la prestación del servicio de manera presencial"

El concepte "inherència"

intrínsecs a la prestació del servei de forma presencial
(transport; menjars; turnicitat; condicions "físiques" del lloc de treball)

UNIVERSITAT DE BARCELONA

La regulació del teletreball: Tesis (igualtat de tracte)

Article 47.3 bis TREBEP

"El personal que preste sus servicios mediante teletrabajo tendrá los mismos deberes y derechos, individuales y colectivos, [...] que el resto del personal que preste sus servicios en modalidad presencial, [...], salvo aquellos que sean inherentes a la realización de la prestación del servicio de manera presencial"

drets col·lectius dels empleats públics

Centre de treball d'adscripció a efectes de representació i dret a vot en les eleccions a representants

Elements precisos per al desenvolupament de l'activitat representativa
(accés a comunicacions i direccions electròniques i implantació de l'ús del tauler virtual; creació d'un sistema electrònic de comunicació que garanteixi l'exercici de l'acció representativa de forma bidireccional; dret dels treballadors a oposar-se a la recepció de missatges de contingut sindical)

UNIVERSITAT DE BARCELONA

La regulació del teletreball: Tesis (mitjans tecnològics necessaris)

Article 47.4 bis TREBEP

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

mitjans "*tecnològics*"

mitjans "*necessaris*"

"*proporcionarà*" i "*mantindrà*"

UNIVERSITAT DE BARCELONA

La regulació del teletreball: Tesis (mitjans tecnològics necessaris)

Article 47.4 bis TREBEP

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

Distinció entre *mitjans* i *despeses* de la persona teletreballadora

Les despeses de connexió són despeses a càrrec de la persona teletreballadora?

Distinció entre mitjans tecnològics i altres mitjans de caràcter no tecnològic (adequació d'espai i llocs; mobiliari; consumibles)

UNIVERSITAT DE BARCELONA

La regulació del teletreball: Tesis (mitjans tecnològics necessaris)

Article 47.4 bis TREBEP

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

Manteniment i *correcta utilització* dels mitjans tecnològics
(possibilitat de revisar les condicions de l'equip en qualsevol moment en les dependències públiques; garanties de l'ús i conservació adequada dels mitjans entregats)

Vida útil, període màxim de reposició i condicions de retorn

despeses d'assistència tècnica i suport tècnic de l'Administració

UNIVERSITAT DE BARCELONA

La regulació del teletreball: Tesis (mitjans tecnològics necessaris)

Article 47.4 bis TREBEP

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

"necessaris per a la seva activitat"

La pràctica actual és que la sol·licitud de teletreball està subjecta a la condició de disposar de l'equip informàtic, els sistemes de comunicació i la connectivitat a internet suficient i segura, amb les característiques que s'assenyalin a l'efecte

Disposició de mitjans propis per a teletreballar i mitjans "necessaris"

Si es disposa de mitjans propis els mitjans de les Administracions públiques no són "necessaris"?

UNIVERSITAT DE BARCELONA

La regulació del teletreball: Tesis (control de l'activitat)

Article 47.2 bis TREBEP

"El teletrabajo deberá contribuir a una mejor organización del trabajo a través de la identificación de objetivos y la evaluación de su cumplimento"

Existència d'un *sistema* d'identificació d'objectius i d'avaluació de l'acompliment

Habilitació per regular un sistema d'identificació d'objectius i d'avaluació de l'acompliment

Identificació d'objectius i avaluació de l'acompliment que s'ha de projectar sobre l'activitat de cada empleat públic que presta serveis en la modalitat de teletreball de forma individual

Efectes del no compliment dels objectius o d'una avaluació negativa de l'acompliment?

Aplicació de l'article 20 del TREBEP?

UNIVERSITAT DE BARCELONA

La regulació del teletreball: Tesis (control de l'activitat)

Article 47.2 bis TREBEP

"El teletrabajo deberá contribuir a una mejor organización del trabajo a través de la identificación de objetivos y la evaluación de su cumplimento"

Persones encarregades de la funció de supervisió/avaluació
(figura autònoma [requisits] o superior jeràrquic)

Sistema de determinació concreta dels objectius i les tasques a realitzar per a la seva obtenció
(document de compromisos; acord entre la persona supervisora i l'empleat públic)

Sistema, forma o mitjans que s'utilitzaran per portar a terme la funció de supervisió i avaluació
(plans individuals de treball)

UNIVERSITAT DE BARCELONA

La regulació del teletreball: Tesis (control de l'activitat)

Article 47.2 bis TREBEP

"El teletrabajo deberá contribuir a una mejor organización del trabajo a través de la identificación de objetivos y la evaluación de su cumplimento"

S'exclou la possibilitat d'utilitzar altres mitjans tecnològics com a instruments de control addicional o específics?

Existeix la possibilitat de comprovar el temps de connexió i els treballs realitzats amb una tecnologia adequada per obtenir aquestes finalitats?

Es poden utilitzar eines informàtiques i procediments que, salvaguardant la intimitat de l'empleat, i previ el corresponent tràmit d'informació, permetin fer un seguiment i comprovació del treball realitzat durant cada jornada

UNIVERSITAT DE BARCELONA

La regulació del teletreball i el seu calendari

Disposició final segona del Reial Decret-llei de 29/2020, de 29 de setembre

"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"

1 d'abril de 2021

Disposició transitòria primera del Real Decret-llei 28/2020, de 22 de setembre

"Este real decreto-ley será íntegramente aplicable a las relaciones de trabajo vigentes y que estuvieran reguladas, con anterioridad a su publicación, por convenio o acuerdos colectivos sobre condiciones de prestación de servicios a distancia, desde el momento en el que estos pierdan su vigencia.
En caso de que los convenios o acuerdos referidos [...] no prevean un plazo de duración, esta norma resultará de aplicación íntegramente una vez transcurrido *un año* desde su publicación en el "Boletín Oficial del Estado"

El teletrabajo en las Administraciones Públicas

Alberto Palomar Olmeda
Profesor titular (Acred) de Derecho Administrativo
Magistrado (E.V.) Abogado

Sumario. -

- 1.- Consideraciones generales
- 2.- Regulación legal
- 3.- Ordenación de la relación de empleo
- 4.- Consecuencias en la relación dinámica de empleo público
    - 4.1. Redefinición de la jornada laboral
    - 4.2. La retribución
    - 4.3. La evaluación del rendimiento
    - 4.4. Necesidad de adaptación del régimen disciplinario
- 5.- Otros debates
- 6.- Derechos ligados a la protección social
- 7.- La regulación del TREBEP

1.- Planteamiento

Hace ya algunos años que la sociedad en su conjunto venía abriendo el debate sobre la presencialidad laboral. Se trata de un debate (y de una realidad) complejos porque la presencialidad, en si misma, resulta indiscutible por estar asociada a algunas prestaciones laborales que de forma inescindible deben realizarse en dicha modalidad mientras que, en otras, es donde es posible reducir total o parcialmente la presencia personal en la sede de la organización productiva.

El debate al que nos referimos es, claro está, el que se circunscribe a estos puestos de trabajo, a estos procesos de producción en los que es posible la sustitución de la presencia en el lugar de prestación del servicio. Esta simple referencia nos sitúa ya ante la necesidad una valoración o una consideración diferencial, desde el punto de vista de la organización, que permita diferenciar entre los puestos de trabajo que precisan o no la presencia en la sede de la organización.

De alguna forma podemos indicar que el debate es, claro está, novedoso porque la idea de poder realizar una prestación fuera de la sede de la empresa que los recibe es, realmente, una realidad moderna que, como pasamos a identificar, se asocia a los importantes cambios y transformaciones que está teniendo el orden mundial y, dentro de los mismos, sobre todo a la transformación digital de nuestras vidas que permite la realización a distancia de un conjunto de actividades que, históricamente, han precisado siempre la presencia del empleado en la sede de la organización que las recibe.

Como decimos, en este contexto, claro está, influyen circunstancias inéditas y novedosas, entre ellas, que el mundo y la actividad se han hecho globales no solo por que los productos y los servicios de obtienen de cualquier parte de este sino, sobre todo, porque la transformación tecnológica está agigantando la capacidad de conocerlos, de usarlos, de proveerse de ellos. La transformación tecnológica ha supuesto, claramente, un incremento notable en la socialización del conocimiento y, claro está, esto tiene una repercusión directa en el factor de territorialización como elemento nuclear del uso y la utilización.

Esta revolución – de límites tan importantes como la propia revolución industrial- es inexorable y su evolución es perceptible en los últimos tiempos. Desde una perspectiva temporal podría decirse que ha seguido un curso propio, inexorable, paulatino. Los acelerones o desacelerones no han dependido del propio producto, de su virtualidad y de su utilidad que, realmente, ha propiciado mayores demandas de mercado y, por tanto, mayor utilización. Ha sido, en gran medida, el mercado el que ha producido una suerte de selección natural propiciando que algunos bienes y servicios entren con mayor rapidez o se desarrollen con mayor intensidad que otros.

La consecuencia de que sea el mercado el que lleva el liderazgo de esta cuestión ha propiciado efectos en los que se aprecia un cierto desorden. Ni está asegurada la provisión general, ni existe ordenación ni intervención en los precios ni forma de comercialización. Esto ha influido decisivamente en la conformación de mercados nacionales y, en gran medida, todo este proceso está muy condicionado a la propia existencia de una brecha digital que, considerando globalmente el mundo, es evidente que existe.

En el estado de cosas, brevemente descrito, y con una velocidad de crecimiento y generalización que podríamos calificar de una velocidad de crucero se ha producido bruscamente un cambio radical en el comportamiento social. Se trata, qué duda cabe, de la pandemia que sufre el mundo en el año 2020 y cuyos efectos y control está muy lejos de dominarse en el momento actual.

Entre los muchos efectos y cambios que se han producido como consecuencia de la crisis sanitaria se encuentra la necesidad de adaptar los procesos de producción a la citada crisis lo que se ha traducido (especialmente en servicios) en la necesidad de actualizar las formas de prestación. Sin duda, el primero de los elementos de actualización o, por lo menos, el más visible y rápido ha sido la adaptación física y medial. De repente la sociedad ha demandado la búsqueda de nuevas formas de realizar la actividad productiva que fueran compatibles con la situación de confinamiento total o parcial y el establecimiento de establecimientos de actuación más seguros. El valor de la presencia física ha perdido una gran parte de su simbología y de su importancia.[1]

---

[1] Con vocación de síntesis podemos indicar que el debate está en el conjunto de los países europeos. Establecemos, seguidamente, algunas pautas esenciales de la regulación de los distintos países europeos:

- Francia. Las modificaciones y las posibilidades están contenidas en el Código del Trabajo desde 2012. Debe ser voluntario salvo en supuestos excepcionales que incluyen la fuerza mayor y la pandemia. Las condiciones se fijan en los convenios colectivos o en acuerdos con el empleador y se centran en determinar unas franjas horarias en las que el empleador puede contar con el teletrabajador.

Este proceso de rápida transformación tiene como virtud la remoción de los obstáculos y las reticencias iniciales que se ponían en muchos casos para admitir el teletrabajo por la seguridad de las relaciones, la vinculación de la actividad con la presencialidad, etc… Todo esto ha sido rápidamente removido y todos hemos aceptado la relativización de la presencialidad.

Es cierto, también, que este proceso es más o menos sencillo en función de la propia idiosincrasia de la organización y, sobre todo, de la preparación de sus procesos a su utilización en remoto. Ahí ha habido grandes diferencias que, en mucho caso, se han suplido con el voluntarismo del personal y, en gran medida, con el efecto del miedo social que la situación ha planteado.

Transcurrido un plazo razonable el miedo deja (o debe dejar) paso a la reflexión y a la organización. Esta reflexión, vinculada al empleo público, es la que se justifica este trabajo.

2.- La necesaria transformación del empleo público: una dinámica sin apenas iniciativas ni mínimos consensos

La pandemia ha revolucionado el mundo del trabajo y lo ha hecho, como apuntábamos, de dos formas evidentes: la primera, desorganizadamente y acuciados por la necesidad y la urgencia; la segunda, porque, fruto de la anterior experiencia, ahora, nos planteamos si los fundamentos esenciales y estructurantes de las formas de actuación públicas pueden ser otras.

El mundo del trabajo – mucho más vivo que el del empleo público- se ha planteado rápidamente cuestiones como la afección a la intimidad familiar y personal, la compatibilidad con los derechos de conciliación, la comprobación de la jornada, la adaptación, el derecho a la desconexión. Esta vivacidad del debate contrasta con la falta de debate sobre la forma de organización del empleo público que, por otro, lado no es

---

- Italia. Su regulación data de 2016. Se regula la capacidad de trabajar a distancia junto con la del trabajo flexible tanto en horarios como en prestaciones. El teletrabajo es voluntario, respeta el contenido y nivel económico frente a los que no practican y proporciona una cobertura frente al accidente y las enfermedades laborales.
- Reino Unido. Opta, también, por la regulación del trabajo flexible entre el que incluye el teletrabajo. Se configura como una posibilidad que puede ser ejercida por cualquier trabajador no solo los que tienen cargas familiares. No hay un desarrollo detallado de las condiciones de trabajo flexible y se remiten a los acuerdos intra-empresas.
- Bélgica. Las normas que rigen el *teletrabajo estructural* se establecen en un Convenio Colectivo de Trabajo de 2005. Así, el contrato de trabajo (o una modificación a éste) debe prever las modalidades del teletrabajo, el material proporcionado, la compensación por el uso de un espacio privado, un ordenador personal y un teléfono móvil para necesidades profesionales, etc. El contrato de trabajo debe acreditar el carácter "estructural" del teletrabajo.
  Adicionalmente puede decirse que existen gastos tasados que debe asumir el empleador por el desempeño del trabajo a distancia. Las cantidades de gastos no tributan.

- Alemania. El teletrabajo se desarrolla en los convenios sectoriales y de empresa. No existe una regulación de mayor detalla que se ha anunciado para los próximos meses.

sino un reflejo más de la falta de iniciativa y de cuidado en relación con el empleo público y con la Administración – en general- que alguna factura evidente nos ha pasado en los momentos de crisis sanitaria y social que estamos viviendo.

De momento lo que resulta complejo es observar como los empleados públicos – cualquiera que sea la naturaleza de su vínculo- han quedado fuera de la regulación laboral de teletrabajo de carácter común remitiendo la regulación a una formulación específica que debía dictarse en algún momento. Esta previsión se cumple con la aprobación del 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. Sobre esta regulación volveremos posteriormente.

Es cierto que la experiencia demuestra que el disociar las reglas de aplicación por razones subjetivas conduce a dejar en el limbo algunos de los elementos nucleares que permitirían una aplicación con mayor seguridad y garantía[2]. La experiencia de demora a las leyes especiales en materia de empleo público es, desde luego, una mala experiencia en la historia reciente de la normativa de este orden.

Supone una cierta frustración comprobar que el empleo público se queda rezagado (al menos por el momento) en el debate del cambio y la transformación social. La transformación que justifica la ordenación del teletrabajo no es propia del mundo laboral y ajena al mundo de la Administración. Es idéntica. Tendrá la intensidad que tenga y el alcance que se justifique en función de los procesos de prestación de servicios, pero es cierto que el alcance es una cuestión diferente al del propio concepto.

La transformación a la que responde la normativa laboral es una transformación de los procesos de producción y de prestación de los servicios que afecta al conjunto de la sociedad y al conjunto de los empleos – aunque, como queda dicho, de forma diferencial-. Dejar al empleo público fuera del debate es una vieja tradición que aleja notablemente a la Administración de la sociedad y de las necesidades de esta.

En este punto parece razonable recordar que la crisis ha servido para ver los efectos de algunas de las políticas (o de la falta de ellas) de los últimos años. En este sentido, por ejemplo, los efectos de la precariedad y de la conformación errática de la política de recursos humanos no ha hecho ver que las plantillas no tenían la estabilidad ni la consistencia suficientes para hacer frente a una situación de máxima exigencia. La falta

[2] Nos referimos, claro está, al Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia. Y, específicamente, la Disposición Transitoria segunda del mismo cuando señala que <<… Hasta que se apruebe la normativa prevista en la disposición adicional segunda, se mantendrá en vigor para el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas lo previsto por el artículo 13 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en la redacción vigente antes de la entrada en vigor del presente real decreto-ley…>>. Esta previsión como establece su propia redacción remite a la Disposición adicional segunda del RDL cuando señala que <<… 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…>>.

de planificación de medios ha sido tan evidente como la insuficiencia de los sistemas de aprovisionamiento en un momento de crisis.

Todo ello ha redundado en un incremento de los niveles de ineficiencia. La organización prestacional no da abasto, la demora se introduce, de nuevo, en el acceso al sistema (seguridad social e ingreso mínimo, ERTES, sanidad, servicios sociales, etc…) y la Administración literalmente no puede con la demanda social. La falta de planificación estratégica, la falta de medios materiales y personales y la poca dedicación histórica al sistema administrativo son la causa última sobre la que muchos sectores doctrinales venían alertando, pero con un éxito muy parecido al de predicar en el desierto.

2.- Elementos estructurantes del cambio de la actividad en el ámbito público

En los apartados siguientes se proyecta sobre el régimen jurídico del empleo público la consecuencia de la implantación del teletrabajo en el ámbito público. A lo largo de este trabajo indicaremos en numerosas ocasiones que el concepto de teletrabajo no es único ni uniforme. En realidad, apunta a la idea de poder trabajar a distancia y, sobre todo, utilizando medios electrónicos. Es, precisamente, en este ámbito – el de los elementos electrónicos donde se están produciendo y se van a producir cambios tan notables que pueden reenfocar continuamente el propio concepto. Muchas actividades que, hoy, no pueden hacerse fácilmente en forma electrónica se van a poder hacer los próximos tiempos lo, ciertamente, conforma un concepto de teletrabajo muy etéreo y amplio que habrá que dimensionar en cada momento en función de los avances que se vayan produciendo y de la sustitución natural de medios tradicionales de actividad por medios electrónicos.

No obstante, y al margen del carácter abierto al que nos acabamos de referir podemos indicar, con carácter previo, que el análisis de teletrabajo puede hacerse desde una doble perspectiva: la del empleado público y la de la organización. La primera faceta es la que delimita los derechos y obligaciones del empleado público y cómo resulta afectado por el cambio que aquí se analiza. La segunda faceta es la que se refiere a la propia configuración de los servicios por parte de la Administración. Aquí habrá, igualmente, muchos cambios y es muy probable que algunas de las prestaciones que, hoy, son necesariamente presenciales dejen paso a sistemas de tele-asistencia y que, por tanto, la teleasistencia sea una forma específica de teletrabajo y se configure como parte del contenido prestacional que los ciudadanos tienen derecho a recibir de la respectiva Administración.

Antes de volver al perfil del teletrabajo – considerado como el concepto genérico- y como elemento previo podemos centrarnos en la teleasistencia (parte de un concepto más amplio del trabajo a distancia). Se trata de una expresión que se acuñó en el ámbito de los servicios para dar a cobertura a la asistencia electrónica que ha sustituido, formalmente, a la prestación física de algunos de los servicios. Con esta misma finalidad podríamos convenir en que es una expresión que podemos utilizar ahora, con un carácter genérico, para agrupar los fenómenos de atención personal no presencial en el ámbito de las Administraciones Públicas. Sin duda, este será el elemento del futuro que permite

aportar teletrabajo a las actividades asistenciales y vinculadas a una prestación personal. Su evolución[3] en las actividades presenciales más clásicas y recalcitrantes es de tal éxito que van a o obligar a una reconfiguración natural de muchos de los servicios y actividades públicas lo cual exige un amplio proceso de reflexión sobre la organización administrativa y sus servicios prestacionales que, en gran medida, podríamos decir que se encuentra en un estado muy rudimentario.

Antes de cualquier otra consideración podemos indicar que todos los análisis que proceden del movimiento de la nueva gestión pública han incidido seriamente en la transformación de la relación clásica del ciudadano con la administración con la gráfica sustitución del término histórico de administrado por el de cliente.

Pensando en el cliente la mayor parte de nuestras Administraciones Públicas – como en general las de corte moderno- apostaron por un amplio despliegue de estas en el territorio para conseguir el acercamiento de la Administración a los ciudadanos. El valor de la aproximación física es, ciertamente, importante en la Administración de los años ochenta y los servicios públicos más organizados o mejor gestionados se comprometieron en políticas de presencia en el territorio que implicaban una apuesta esencial y un fuerte incremento de costes.

El modelo de presentación territorial es, ciertamente, muy valorado pero muy dificil de mantener en lo que se refiere a la política de reposición de los recursos humanos, instalaciones y, finalmente, a la propia impugnación del criterio que se aplica para determinar cual es el límite de establecimiento de la presencia territorial y si es únicamente un criterio de población, de relevancia social, de utilización potencial o cualquier otro.

El criterio de la aproximación física fue considerado durante mucho tiempo como una ventaja y una forma de que los ciudadanos percibieran la cercanía de la organización administrativa que, históricamente, se asociaba, en muchos casos, a largos o costosos viajes allí donde el órgano administrativo tenía su sede.

---

[3] Vid, la referencia a la telemedicina.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) como "la prestación de servicios de salud (en los que la distancia es un factor determinante) por parte de profesionales sanitarios a través de la utilización de tecnologías de la información y la comunicación (TICs) para el intercambio de información válida para el diagnóstico, el tratamiento, la prevención de enfermedades, la investigación y la evaluación y para la formación continuada de profesionales sanitarios, todo ello con el objetivo final de mejorar la salud de la población y de las comunidades".

Los datos:

Las consultas de telemedicina han aumentado un 153% en España desde que se decretara el estado de alarma, según datos de mediQuo, la aplicación de eHealth. La mayoría de estas consultas son de salud general, dudas relacionadas con el coronavirus, pero también destacan las de pediatría, ginecología, dermatología y psicología, que se han disparado durante estos días.
Por comunidades autónomas, las que más han utilizado las consultas online a través de la aplicación de mediQuo durante el estado de alarma son Madrid, Cataluña, Andalucía y Valencia. Sin embargo, en las que más han aumentado estas consultas de forma porcentual en comparación con el mes anterior a la crisis, que eran más escasas, han sido Cantabria con un 390% más de atenciones, La Rioja con 300%, Baleares con un 208%, y Galicia con un aumento del 202%.

https://www.consalud.es/tecnologia/tecnologia-sanitaria/telemedicina-espana-aumenta-153_78862_102.html

El transcurso del tiempo y el fenómeno del crecimiento de la tecnología y la mejora de los aspectos relacionales de la sociedad, en su conjunto, ha ido modificando la situación y el factor presencial ha perdido su importancia y relevancia ya que, en último término, no debe olvidarse que la tecnología permite el mayor grado de acercamiento y aproximación posible.

Adicionalmente, la tecnología como forma de prestación de servicios añade uniformidad en la información, mayor actualización y, claro está, mayor rapidez. En síntesis, la calidad final del producto ha mejorado notablemente para quienes pueden obtener una relación electrónica. Aquí se plantea, claro está, la denominada "brecha digital", expresión que, realmente, quiere significar la dificultad derivada de la edad o de la ausencia de medios electrónicos o de infraestructuras del mismo orden para que el conjunto de la población pueda acceder a los servicios en cuestión. Este es, sin embargo, un perfil de la cuestión netamente diferente que es suficiente con dejarla apuntada, en este momento, y centrarnos en otras cuestiones.

Situados en este punto y sin perjuicio de la valoración positiva es lo cierto que algunas cuestiones de la atención electrónica no pueden quedar dentro de esta valoración. Nos referimos, al menos, a dos:

- Uso de atención telefónica robotizada. Este sistema utilizado por las grandes empresas y, en alguna medida, por algunos servicios administrativos está concebido para grandes flujos de información y de atención, pero, ciertamente, no es demasiado compatible con el criterio de atención que, en general, uno espera de una organización con vocación de auxilio al público.
- La obligatoriedad de la cita previa. Este esquema que comenzó siendo una ventaja: se puede conseguir una cita que evite las tradicionales colas y los tiempos de espera en las oficinas públicas se ha traducido – llevado al extremo- en un elemento de disfavor: solo se puede acceder a una oficina pública cuando se tiene cita previa. Esto, en un momento como el presente, supone aceptar la demora en el acceso al sistema público lo que, claramente, acaba atentando contra la propia calidad del servicio y, en cierta, forma con el derecho a una buena y atenta administración.

Si traducimos esto en términos jurídicos podríamos decir que la valoración de la actuación procedimental obtiene una valoración de mayor entidad que la valoración de los aspectos puramente informativos que, cada vez más, están vinculados a la calidad de las webs y de la información disponible en las mismas.

Sea como fuere, si esta es la tónica que no resulta muy cuestionada socialmente, la transformación que aquí se analiza tiene mucho camino ganado porque realmente relativiza el factor presencial en el conjunto de la actuación administrativa.

El reto del futuro – no solo en el teletrabajo- es conseguir que la atención tecnológica sea accesible al conjunto de la población y satisfactoria para el conjunto de la población que, claro está, se amolda con rapidez a las nuevas formas de actuación y de prestación de servicios tanto en el ámbito público como en el privado.

2.1.- La clasificación del puesto de trabajo y de sus necesidades funcionales

Con carácter previo podemos indicar que la decisión del teletrabajo en el seno de una organización tiene dos facetas que, claramente, pueden diferenciarse. La primera, es la de carácter organizativo; la segunda, la que incide en el estatuto del personal del empleado, en este caso, el empleado público. La regulación a la que nos referiremos posteriormente y que se ha plasmado en el Real Decreto-ley 29/2020, de 29 de diciembre, se sitúa más en el segundo de los ámbitos que en el primero. Volveremos sobre esta cuestión posteriormente.

Centrándonos, brevemente, en la primera de las facetas podemos indicar que la decisión del teletrabajo debe estar condicionada por una decisión administrativa de su viabilidad en función del cometido que a cada puesto de trabajo se le asigne en el correspondiente instrumento de ordenación profesional de la organización correspondiente.

Es esta- la organización- la que debe evaluar el cometido y determinar si es posible su realización remota. En este sentido parece claro que los procesos con mayor incidencia en los aspectos internos y de procedimiento tendrán mayor viabilidad para su realización remota y solo estarán condicionados por la viabilidad real y tecnológica. Es cierto que este aspecto liga con las cuestiones que posteriormente analizaremos más despacio y que están ligadas al acceso remoto a los instrumentos y bases de datos con los que se realiza el trabajo cotidiano. Pero esta determinación instrumental está solo justificada por la decisión previa de la organización de que el aspecto o la presencia física no es necesaria.

Esta es una de cuestiones que, necesariamente, deben replantearse en relación con la experiencia que acabamos de vivir. La pandemia supone – por obligación material- la obligación de reposicionamiento de multitud de servicios públicos a los domicilios de los empleados públicos y esto constituye una experiencia impagable en la evaluación de las características de los puestos de trabajo y la característica central es que el reposicionamiento no fue querido, ni meditado ni había otra alternativa. Esto ha hecho nos llevaría a indicar que se hizo lo que se pudo y que, en general, estuvo bien pero cuando se pasa de la emergencia a la normalidad es preciso determinar las condiciones en las que se quiere prestar los servicios y huir, claro está, de la improvisación que generó la necesidad.

A partir de esta afirmación lo que resulta necesario es definir, en función de la organización del respectivo servicio, qué puestos de trabajo pueden tener total o parcialmente unas características que permitan su realización en condiciones no presenciales, entendiendo la presencialidad, claro está, como la presencia física en el lugar de destino.

Las características de esta calificación son sencillas: primero, hay que definir el tipo de servicio que se va a dar los ciudadanos y, a continuación, analizando las formas de organización y los medios disponibles se puede articular la habilitación necesaria para su desarrollo en remoto.

Aquí hay muchos elementos que van a cambiar en los próximos tiempos. De una forma rústica podríamos decir que los servicios o los puestos de trabajo, que, sin necesidad de atención al público, se realizan de una forma más o menos burocrática son, claramente, susceptibles de ser objeto de teletrabajo. Frente a esto, los servicios prestacionales suelen vincularse a una atención personal y, por tanto, están más lejanos a la atención remota. Este esquema está llamado a cambiar en los próximos años pero, de momento, constituye una referencia que nos sirve a los efectos clasificatorios.

Así, por ejemplo, el propio concepto de atención personal, de atención al público puede suplirse por sistemas de teleconferencia sin que afecte a la esencia de la prestación de servicios. Realmente es más dificil ya precisar cuando se debe producir una atención personal y presencial y cuando el conjunto de las gestiones puede realizarse de una forma presencial y personal que incluya como referencia el que se desarrolle en un lugar público.

El futuro nos puede deparar, perfectamente, servicios burocráticos hechos de forma remota y servicios de atención al público, por videoconferencia, previa cita y conexión que, en realidad, es lo que se hace ahora con la cita previa para el acceso a las organizaciones.

En el mismo esquema de la "foto" que se va a mover en los próximos años están los servicios prestacionales. El auge de la telemedicina nos debe servir como ejemplo. Es evidente que no afecta al conjunto del acervo prestacional, pero es cierto que permite resolver un alto tanto por ciento de las consultas, especialmente, en la atención primaria. Muchos otros servicios prestacionales pueden acabar produciendo sustituciones semejantes

con el apoyo técnico necesario. Es cierto, sin embargo, que hay una línea infranqueable de momento y a la espera de la robótica: los servicios que exigen trabajos manuales

Esto nos permite indicar que el concepto de prestación presencial es, sin duda, un concepto muy variable. Los medios técnicos y las formas de organización del trabajo y de los servicios están llamados a cambiar radicalmente en los próximos años una vez que todos hemos comprobado que la presencialidad no es valor en si mismo sino una necesidad que solo se asocia a procesos que no pueden ser sustituidos por otros que se realicen en remoto.

2.2.- La ordenación de algunos elementos centrales de a la relación de empleo público

Las consideraciones que acabamos de hacer y las que, adelantémoslo desde ya, se enuncian en los apartados siguientes, nos permiten afirmar que la cuestión del teletrabajo no es homogénea ni en su planteamiento ni en su formulación ni, claro está, en sus consecuencias.

Esto nos permite intentar la siguiente sistematización:

a) Teletrabajo y jornada laboral
b) Teletrabajo y vinculación con la actividad del órgano administrativo
c) Teletrabajo y flexibilidad.

a) Teletrabajo y jornada laboral

La valoración del puesto de trabajo debe permitirnos diferenciar si el teletrabajo es únicamente un cambio físico del puesto de trabajo o va más allá e, introduce, por ejemplo, factores de flexibilidad que permiten la realización de una jornada de trabajo diferente a la común o en condiciones diferentes a las comunes.

Este el momento de determinar, para cada puesto, si son viables adaptaciones funcionales o temporales del puesto de trabajo en función de las características que la organización y el empleado público puedan poner de manifiesto con motivo de la valoración del puesto en concreto.

Desde nuestra perspectiva este es el momento de optar, en función, de las características de la respectiva prestación por la presencia – como elemento central del contenido obligacional- sin una valoración estricta de la ocupación o de la efectividad o ésta, desvinculada del tiempo de su ejercicio y de la forma o el momento en la que el empleado público la cumple.

Esto nos permite por tanto introducir nuevos parámetros en la gestión pública y apostar por planes específicos de actividad que permitirían que el conjunto de la relación de empleado público cobre sentido, incluido, el régimen disciplinario porque realmente se conocería objetivamente cual es contenido cuyo cumplimiento es exigible.

Es evidente, eso si, que esta transformación no es posible en muchos puestos de trabajo y, por el contrario, es perfectamente posible en otros, pero, sobre todo, está vinculada a la atención presencial al público. El propio concepto de atención al público tiene que evolucionar y tenemos que preguntarnos si es preciso seguir identificándolo con la atención presencial en un lugar común. Parece claro que tampoco aquí la respuesta puede ser única y que la respuesta será, probablemente, un: depende. Dependerá del tipo de información, de los medios necesarios para su desarrollo y de la demanda natural de la misma. Lo que sí puede decirse, como tendencia, es que también el concepto de atención al público admite teletrabajo y atención en forma diferenciada a la presencial sin que se merme la efectividad de esta. Volvemos al problema general de la necesidad de la clasificación de los puestos de trabajo en función de la forma de desarrollo posible de la actividad y, claro está, del tipo de demanda de los interesados.

b) Teletrabajo y vinculación con la actividad del órgano administrativo

En el plano estructural en el que nos estamos moviendo lo que resulta clave es determinar la actividad administrativa en cuestión para sobre este análisis permitir o no (y con qué alcance) la realización a distancia de la prestación laboral.

En este punto resulta necesario rehuir de la tentación – tan clásica- de considerar que la actividad administrativa tiene una cierta unidad conceptual. Lejos de esto, tiene una diversidad tan notable y, desde luego, superior a la que se enfrenta comúnmente un empresario que centra sus análisis en el sector en el que participa. De alguna manera podríamos indicar la Administración, en el plano funcional, es comparable con un gran holding empresarial que participa en numerosos sectores de la actividad social y que, por tanto, no puede (no debe) dar una solución única a todos los ámbitos funcionales en los que presta servicios.

La idea esencial es, por tanto, la de ser capaces de encontrar el perfil de puestos en los que la actividad presencial puede realizarse total o parcialmente, de forma definitiva o esporádica, en teletrabajo. En este sentido y aunque esté demás recordarlo hay que señalar que este límite será, a su vez, difuso e irá modificándose al mismo ritmo que lo haga la tecnología y que, por tanto, más actividades o más tareas se puedan realizar por medios electrónicos. Como venimos indicando la perspectiva de análisis de esta realidad que tenemos en el día de hoy no tendrá nada que ver con la que tengamos en los próximos tiempos y, por tanto, las categorizaciones deben mantenerse abiertas y con posibilidad de innovar el criterio que se establezca con el que derive de los cambios y las transformaciones que se vayan introduciendo.

c) Teletrabajo y flexibilidad laboral

Prácticamente a modo de resumen de lo que se viene indicando podemos señalar, en este momento, que la introducción del teletrabajo es una ocasión – sin duda- para plantearnos el futuro de la prestación laboral en la Administración Pública y, en concreto, si la relación de empleo público debe recoger elementos de flexibilidad que permitan una mayor conciliación de la vida personal, por ejemplo, o una mayor compatibilización con el ocio o el entretenimiento personal.

No es vano recordar que estos factores están claramente presentes en la vida cotidiana. No es infrecuente que se hablé ya de la jornada de cuatro días y que, realmente, la prestación (la media prestación) del quinto, en la actualidad, sea más que discutible en su alcance productivo.

En este recorte de la jornada subyacen factores diversos. Uno, la mayor conciliación con la vida personal y familiar a la que nos venimos refiriendo. Dos, los aspectos del mejor reparto del trabajo en un mundo escaso del mismo. Este último tiene una incidencia menor cuando nos referimos al empleo público en el que este valor de la redistribución tiene un encaje de menor entidad por las enormes dificultades para aplicar formas parciales, temporales o de cualquier otra índole que completen las necesidades estructurales. Es cierto que esta afirmación tan general se ha visto en entredicho en los últimos años con el comportamiento de las Administraciones Públicas, pero es cierto que el encaje no espurio de las formas de empleo parcial o temporal o de sustitución no están suficientemente bien trabadas para ser eficaces en este ámbito.

En este contexto social imparable y, con la evaluación de necesidades reales realizada por la Administración y, por tanto, consciente de lo que en realidad necesita es, probablemente, el momento de introducir elementos de flexibilización en el empleo y en la forma de prestación.

Como se indica más adelante es probable si las formas de flexibilización afectan no solo a la forma de realización de la jornada fuese necesaria alguna reforma legal que condicione – según los casos- las formulas de flexibilidad al régimen retributivo si aquella incide en el conjunto obligacional definido para cada empleado público. Volveremos sobre este aspecto más adelante.

3.- Las consecuencias en la relación dinámica de empleo público

Una vez establecida la viabilidad de la prestación laboral en la modalidad de teletrabajo lo que no cabe duda es que su propia esencia y configuración afectan a elementos esenciales de la relación jurídica del empleo público, al menos, en la forma que la venimos conociendo tradicionalmente. Es a esta necesidad de adaptación a la que se refieren, en el plano teórico, las consideraciones que se realizan en los apartados subsiguientes.

3.1.- Redefinición de la jornada laboral

Con carácter general podemos indicar que la concepción actual de la jornada laboral se ha articulado, históricamente, sobre la base de la determinación del tiempo en el que el empleado público debe estar en la oficina pública. La evolución natural de esta obligación ha pasado de una uniformidad total a una cierta flexibilización de la jornada laboral de forma que una parte es de presencia obligatoria y simultanea y otra, de carácter flexible, en la que sin abandonar la presencialidad se consigue que el empleado vaya ajustando su prestación a sus propias necesidades.

En el trasfondo de esta situación se encuentra un elemento crucial y un elemento que delimita todo con carácter tangencial. El elemento crucial es la apertura al publico de las instalaciones públicas que exige la presencia de empleados que atiendan al público. La circunstancia tangencial es si podemos utilizar esta transformación para configurar en forma diferencial la jornada de trabajo e introducir en el propio concepto elementos ligados a la producción y no la presencia ya sea física o remota en un punto predeterminado.

Es probable, sin embargo, que este cambio, llevado a su extremo, exigiría una reforma con cobertura legal porque trasciende del propio concepto de jornada para situarse en el de la delimitación de la prestación laboral esperada que, ciertamente, es ya un concepto diferenciado.

Lo que es cierto que, adicionalmente, es posible la conexión de la jornada clásica con instrumentos de flexibilización no solo en el cumplimiento remoto sino, también, con medidas de conciliación o reducción de jornada para el cumplimiento de obligaciones familiares de todo orden. Esta flexibilización está por llegar, pero tiene una condición previa: las necesidades de la Administración. Es la Administración la que tiene que conocer, de antemano, cual es su “fuerza necesaria” y, por tanto, en qué momentos y en qué circunstancias, así como en qué puestos de trabajo y con qué intensidad es posible tener una prestación que no comprometa la totalidad de una jornada convencional.

En síntesis, lo que se plantea en este apartado es si el cambio o la transformación que acabará suponiendo la pérdida de la presencialidad puede ser más avanzada y, en concreto, si es posible encontrar fórmulas de actividad que flexibilicen la concepción más clásica en la que nos hemos movido hasta el momento.

En este punto, el de la flexibilidad es cierto que hay puntos de desencuentro. Desde algunas posiciones se puede decir que si no se necesitan – íntegramente- no deberían haberse incorporado al empleo público y que si, en el futuro, no se precisan no es preciso su incorporación. Desde otras posiciones podemos indicar que no todo el empleo es idéntico, que existen puestos de trabajo que pueden necesitar una cobertura parcial y no justifican una jornada íntegra.

No podemos resolver estas contradicciones de una forma absoluta ni completa. El mundo y las características de las organizaciones es muy complejo, muy variado y admite matices. Responder a esta diversidad con un régimen único es introducir rigideces que se proyectan sobre el conjunto del empleo público.

3.2. La retribución

El esquema que acabamos de diseñar puede llegar a tener (o no) repercusión en el régimen retributivo como hemos adelantado al analizar la necesidad o la oportunidad de introducir mecanismo de flexibilidad.

De esta forma, si lo que se produce es únicamente un cambio del lugar físico en el que se desarrolla el trabajo parece evidente que el régimen retributivo no tendrá grandes cambios y estará ligado a la prestación en el horario y jornada establecida, aunque, como se decía anteriormente, quede la duda de cómo flexibilizar la jornada y, claro está, como comprobarla. Los aspectos de modificación de la relación jurídica funcionarial serán adjetivos y no sustantivos y, por tanto, no afectarán al régimen retributivo.

Cuestión diferente es, como apuntábamos, la medida y la comprobación material de la actividad que puede enlazar con la evaluación del rendimiento y con la justificación material de la concurrencia de los presupuestos para obtener o acreditar el derecho, por ejemplo, al complemento de productividad. Pero será, como se indica, un problema de comprobación y de evaluación del rendimiento, pero no un problema estructural porque el resultado final podrá idéntico al que se produciría cuando

Es cierto, sin embargo, que algunas Administraciones Públicas han vinculado o, si quiere, desfigurado algunos conceptos retributivos a aspectos diferentes a los que justifican la esencia del propio concepto y los han vinculado a la mayor presencia pública. De alguna forma hemos recuperado la "prolongación de jornada" encubierta, claro está, por su vinculación a nuevos conceptos como el de productividad. Lo que se quiere resaltar es algunos elementos y conceptos retributivos siguen vinculados, más en su aplicación práctica que en la conformación teórica, a la mayor presencialidad. Su mantenimiento en dichos términos conllevaría la necesidad de adaptación de la presencialidad por la atención lo que, reconduce, a la problemática que analizamos en los apartados

anteriores y, en concreto, la vinculación con el horario de trabajo en el seno de la organización presencial.

3.3.- La evaluación del rendimiento

Las consideraciones que se vienen realizando nos sitúan en un entorno sencillo o complejo en función de la catalogación y la consideración que se realice en el seno de la respectiva organización.

Pero, como venimos indicando, igualmente la proyección de esta decisión organizativa afecta a los aspectos más diversos de la relación jurídica del empleo público. Desde luego y, aunque, se trate de un tema prácticamente inédito en el ámbito de la gestión pública, es necesario replantearse el tema de la evaluación del desempeño.

Podría decirse, con razón, que no se puede discutir de lo que no existe y sería una advertencia lógica y coherente. Pero, es cierto, que se trata de una obligación legal contenida expresamente en el TREBEP y que se supone que las Administraciones Públicas deben cumplir. Esto nos desfigura el debate hacía la implantación real de la figura que, ciertamente, es un tema que trasciende del plano en el que, ahora, queremos movernos.

Este plano no es otro que el de señalar que a un perfil funcional delimitado en forma diferencial al convencional deben seguir otros elementos adicionales de coherencia del sistema y, en concreto, el de la evaluación del rendimiento. La premisa fundamental es que se conoce el grado de rendimiento y, por tanto, lo que corresponde es determinar una forma coherente de medida y comprobación.

En este sentido los cambios en la forma de evaluación son, como venimos insistiendo, fruto de la previa clasificación del puesto de trabajo. Lo característico es que uno de los elementos centrales de la evaluación: la consideración o la apreciación de los superiores o, incluso, de los iguales resulta muy mermada ya que la falta de concentración en el lugar de trabajo desplaza dichas valoraciones a elementos de otro orden como la cuantificación del trabajo o la asunción, en su caso, de los elementos valorativos externos (público) que no son muy frecuentes en el ámbito público como las encuestas o los formularios de satisfacción.

Debe recordarse, eso si, que lo determinante es que la Administración traslade al interesado las características y el contenido de lo que se espera de cada funcionario o empleado del órgano administrativo en cuestión. Esto permitiría la objetivación de lo exigido. A partir de aquí, debe analizarse si la forma de evaluación convencional es apta o no para el desarrollo funcional esperado y, en caso contrario, la determinación de cual es el método específico para su realización.

La característica esencial de la evaluación del desempeño es la seguridad que proporciona al empleado público saber que la actividad que realiza es, adecuadamente, asumida y aceptada por aquel al que le corresponde su recepción y, sobre todo, denota la capacidad de la Administración de detectar la existencia de situaciones de insatisfacción o falta de cumplimiento entre sus empleados públicos. Esta es la esencia

de la evaluación del desempeño y este es un elemento tan crucial que induce a la melancolía saber que las Administraciones Públicas en pleno siglo XXI no se han dota de los elementos suficientes para hacerlo real y eficaz ni siquiera en la forma más rudimentarias.

Pero, insistimos, en el que el problema no es si se aplica o no, sino que, cuando alguien decida su aplicación, es preciso encontrar algún criterio objetivo que permita la determinación de si la prestación del empleado se ajusta a los requerimientos que precisa la Administración en la ejecución de esa actividad.

3.4.- La necesaria adaptación del régimen disciplinario

En el plano de la adaptación de las diferentes facetas que componen el régimen del empleo público cabe incidir, asimismo, en el régimen disciplinario.

En este sentido podemos indicar que la adaptación permite diferenciar, en el plano sistemático, entre las infracciones que deberían ser redefinidas y las que, por el contrario, deberían incluirse.

En este punto el TREBEP presenta, como es sabido, una complejidad añadida que deriva de su propio esquema de redefinición de infracciones. Debemos recordar, en este punto, que las infracciones muy graves se configuran como únicas para el conjunto de los empleados públicos y deben "reproducirse" en las leyes que se dicten ex artículo 6 en el desarrollo del mismo aunque, el apartado p) del propio artículo 95.2 del TREBEP admite que las Cortes Generales al desarrollar el proyecto de la AGE o la Asamblea legislativa de la correspondiente Comunidad Autónoma o, incluso, los convenios colectivos, puedan establecer, mediante ley, conductas que tengan la tipificación de muy graves.

Al lado de esto y en lo que se refiere a las infracciones graves y leves corresponde a las Cortes Generales y a las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas o a los convenios colectivos la tipificación de las faltas graves en el contexto de los tres criterios que señala el TREBEP y, de forma libre, en el supuesto de las infracciones leves.

No obstante, esta dificultad añadida y que, desde luego, condiciona nuestro análisis podemos intentar la delimitación de los preceptos afectados en el marco de las infracciones previstas en el artículo 95 del TREBEP.

En este punto y siguiendo la metodología propuesta podemos referirnos, de forma diferenciada, a:

A) Preceptos vigentes que pueden verse afectados

- Ap. C). Se refiere al abandono del servicio, así como a no hacerse cargo voluntariamente de las tareas o funciones que tienen encomendadas.

Se trata de una obligación que, materialmente, trasciende de la forma de su realización. El abandono del servicio tiene que configurarse sobre la base del encargo formalmente

realizado y no está vinculado a la forma de prestación ni al abandono físico del lugar en que se realiza la función.

Esto nos lleva a indicar que la cuestión se planteará en la forma en la que se prueba, primero, el contenido de la obligación a realizar y, posteriormente, la del abandono o la negativa a hacerse cargo de las tareas o funciones que tiene encomendadas. Teniendo en cuenta que, en este apartado, la consideración es material y no formal, la

cuestión, insistimos, será de prueba, esto es, de demostración de que el contenido obligacional asignado ha sido abandonado o no asumido cuando constaba – por los procedimientos que sean oportunos- ambas circunstancias.

- Ap. G) Notorio incumplimiento de las funciones esenciales inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas.

El precepto, también, aquí permite sin grandes dificultades su aplicación a una forma diferencial de prestación. Bastaría, por tanto, con la prueba de que se trata de tareas inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas. Una vez establecida esta consideración nos encontraríamos, de nuevo, ante un problema de prueba que es ajeno a la configuración material del reproche.

El resto de las infracciones previstas en el artículo 95 tienen una configuración que es, claramente, ajena a la configuración de las obligaciones en relación con la forma de prestación del servicio y las obligaciones presenciales y las que no lo son cuando las mismas, claro está, se han integrado en la relación jurídica del empleado público.

Si lo proyectamos sobre el régimen de las graves y las leves, el resultado de las potencialmente afectadas, siguiendo el planteamiento que se contiene en el Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento del Régimen Disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado, sería el siguiente:

- Faltas graves.

- Ap. e). Se refiere a la grave desconsideración con los superiores, compañeros y subordinados.
- Ap. f) Se refiere a causar daños en los locales, material o documento de los servicios.
- Ap. i). Falta de rendimiento que afecte al normal funcionamiento de los servicios y no constituya falta muy grave.
- Ap. l). El incumplimiento injustificado de la jornada de trabajo que acumulado suponga un mínimo de diez horas al mes.
- Ap. m). La tercera falta injustificada de asistencia en un periodo de tres meses, cuando las dos anteriores hubieran sido objeto de sanción por falta leve.
- Ap. n) la grave perturbación del servicio.
- Ap. o) La grave falta de consideración con los administrados
- Ap. p) Las acciones u omisiones dirigidas a evadir los sistemas de control de horarios o a impedir que sean detectados los incumplimientos injustificados de la jornada de trabajo.

Podemos intentar una sistematización de las infracciones que, potencialmente, acabamos de describir y establecer que afectan a la jornada laboral y, en general, al cumplimiento del horario y la presencia en la actividad pública, a la elusión de los sistemas de control y a la perturbación del servicio tanto en sus aspectos relacionales como puramente materiales.

Una lectura sosegada y prospectiva nos permitiría indicar que una correcta y ajustada delimitación del contenido funcional de cada puesto de trabajo permitiría la aplicación de los tipos indicados. Nos sirve este apunte para indicar, con carácter general, que no son los tipos infractores el problema más evidente sino la definición explícita y clara del contenido funcional y obligacional del empleado público. Definido aquel muchos de los tipos indicados podrían aplicarse sin problemas.

Es cierto que, sin perjuicio de lo anterior y en los términos que, posteriormente, indicamos, la terminología fuera asumiendo que el contenido funcional es de carácter material y no presencial – salvo cuando se indique, claro está, - y que los medios de trabajo pueden ser propios o ajenos.

- Faltas leves

- Ap. a). Incumplimiento injustificado del horario de trabajo, cuando no suponga falta grave.
- Ap. b) Falta de asistencia injustificada de un día
- Ap.) La incorrección con el público, superiores, compañeros o subordinados
- Ap. d) El descuido o negligencia en el ejercicio de sus funciones
- Ap. e). El incumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario, siempre que no deban ser calificados como falta muy grave o grave.

El comentario general que acaba de indicarse en relación con las faltas graves es perfectamente extrapolable al ámbito de las leves ya que se refiere a cuestiones (pensadas en clave presencial – qué duda cabe-) que pueden ser moduladas si el contenido material de la función del empleado público es, adecuadamente, reconfigurada y, explícitamente, indicada.

B) Conductas que, probablemente, exigen una configuración adicional

Como se acaba de apuntar la reconfiguración de la relación obligacional del empleado público pasa por recoger expresamente:

- La existencia o no de jornada, de sus condiciones, de su rigidez o, por el contrario, la apuesta por la atribución de un contenido de trabajo y la vinculación de la prestación del funcionario a su realización.
- La adaptación, incluso semántica, del trabajo en un lugar diferente al de la oficina pública en la que tradicionalmente se ha desarrollado la función y lo que esto supone en relación con los medios materiales que se pongan (o no) a disposición del empleado público.

Es cierto que a estos dos elementos que se aprecian nítidamente habrá que añadir la incidencia en otros ámbitos sectoriales y, desde luego, uno de ellos debe ser la salud laboral ya que, finalmente, el cambio en la forma de realización de la función no puede ser el pretexto o la justificación para la pérdida de derechos laborales que, ciertamente, son fruto de la madurez de una sociedad que no puede desdibujarse en estos momentos.

5.- Un debate no menor: teletrabajo e intimidad.

España ha avanzado rápidamente hacia una ley específica sobre teletrabajo que supone una reformulación de urgencia de las relaciones laborales comunes y de la que venimos indicando que ha quedado al margen el empleo público con una regulación que podríamos denominar de "minimos".

La urgencia se justica sobradamente por el uso tan intenso que de esta figura nos hemos visto obligados a realizar en la situación de pandemia. Pasado el momento inicial han comenzado a plantearse algunos elementos disfuncionales que son, en gran medida, consecuencia del hábitat en el que hay que desarrollar el teletrabajo y que, en la mayor parte de los casos, está ligado al propio domicilio y, por tanto, al entorno de libertad personal y familiar que se desarrolla en el mismo.

A) Propia intimidad.

La problemática de la imagen del empleado en una relación on line no es, finalmente, diferente a la que se plantea en el marco de la relación laboral común. Es cierto, eso sí, que se pueden agigantar las características y la intensidad del control. Al tema, desde una perspectiva funcional diferente, se había referido la doctrina constitucional en relación con la posibilidad de grabar la actividad del trabajador en el marco de su actividad laboral.

La STC de 3 de marzo de 2016 se refiere a la necesidad del consentimiento del trabajador para el tratamiento de los datos (imágenes) que proceden de las cámaras instaladas en el ámbito de la empresa. Específicamente, señala la STC que <<… Aplicando la doctrina expuesta al tratamiento de datos obtenidos por la instalación de cámaras de videovigilancia en el lugar de trabajo, que es el problema planteado en el presente recurso de amparo, debemos concluir que el empresario no necesita el consentimiento expreso del trabajador para el tratamiento de las imágenes que han sido obtenidas a través de las cámaras instaladas en la empresa con la finalidad de seguridad o control laboral, ya que se trata de una medida dirigida a controlar el cumplimiento de la relación laboral y es conforme con el art. 20.3 TRLET (RCL 1995, 997) , que establece que "el empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana". Si la dispensa del consentimiento prevista en el art. 6 LOPD (RCL 1999, 3058) se refiere a

los datos necesarios para el mantenimiento y el cumplimiento de la relación laboral, la excepción abarca sin duda el tratamiento de datos personales obtenidos por el empresario para velar por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo. El consentimiento se entiende implícito en la propia aceptación del contrato que implica reconocimiento del poder de dirección del empresario.
En definitiva, la exigencia de finalidad legítima en el tratamiento de datos prevista en el art. 4.1 LOPD (RCL 1999, 3058) viene dada, en el ámbito de la videovigilancia laboral, por las facultades de control empresarial que reconoce el art. 20.3 TRLET (RCL 1995, 997) , siempre que esas facultades se ejerzan dentro de su ámbito legal y no lesionen los derechos fundamentales del trabajador….>>[4].
La aplicación de esta doctrina nos permite indicar con claridad que se puede obtener la imagen pero que el trabajador debería ser informado del tipo de tratamiento y, sobre todo, por ejemplo, de si existe una comunicación bidireccional pura o con consecuencias, por ejemplo, derivadas de la grabación y almacenamiento de las imágenes obtenidas.

En el ámbito del RDL 28/2020 se ha efectuado, al menos, una referencia delimitadora o garantizadora cuando se ha indicado que <<…. 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.

---

[4] Es cierto que la propia STC se plantea el problema de la proporcionalidad y, sobre todo, de la información previa y visible de las cámaras. Sobre este tema señala que <<… Según consta en los hechos probados de las resoluciones recurridas, la cámara estaba situada en el lugar donde se desarrollaba la prestación laboral, enfocando directamente a la caja, y en el escaparate del establecimiento, en un lugar visible, se colocó el distintivo informativo exigido por la Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre (RCL 2006, 2206) , de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras. La necesidad de adecuar la videovigilancia a las exigencias del derecho fundamental a la protección de datos ha llevado a la Agencia Española de Protección de Datos, en ejercicio de la competencia que le atribuye el art. 37.1 c) Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre (RCL 1999, 3058) , de Protección de Datos de Carácter Personal, a dictar la citada Instrucción para adecuar los tratamientos de imágenes con fines de vigilancia a los principios de dicha Ley Orgánica y garantizar los derechos de las personas cuyas imágenes son tratadas por medio de tales procedimientos. Esta Instrucción, en su art. 3, exige a los responsables que cuenten con sistemas de videovigilancia cumplir con el deber de información previsto en el art. 5 Ley Orgánica 15/1999, y a tal fin deberán "colocar, en las zonas videovigiladas, al menos un distintivo informativo ubicado en lugar suficientemente visible, tanto en espacios abiertos como cerrados" y "tener a disposición de los/las interesados impresos en los que se detalle la información prevista en el art. 5.1 de la Ley Orgánica 15/1999". El contenido y el diseño del distintivo informativo se ajustará a lo previsto en el Anexo de esta Instrucción, según el cual, el distintivo deberá incluir una referencia a la Ley Orgánica 15/1999, de protección de datos, una mención a la finalidad para la se tratan los datos ("Zona videovigilada") y una mención expresa a la identificación del responsable ante quien puedan ejercitarse los derechos a los que se refieren los arts. 15 y siguientes de la Ley Orgánica 15/1999.
Como hemos señalado, en cumplimiento de esta obligación, la empresa colocó el correspondiente distintivo en el escaparate de la tienda donde prestaba sus servicios la recurrente en amparo, por lo que ésta podía conocer la existencia de las cámaras y la finalidad para la que habían sido instaladas. Se ha cumplido en este caso con la obligación de información previa pues basta a estos efectos con el cumplimiento de los requisitos específicos de información a través del distintivo, de acuerdo con la Instrucción 1/2006 (RCL 2006, 2206) . El trabajador conocía que en la empresa se había instalado un sistema de control por videovigilancia, sin que haya que especificar, más allá de la mera vigilancia, la finalidad exacta que se le ha asignado a ese control. Lo importante será determinar si el dato obtenido se ha utilizado para la finalidad de control de la relación laboral o para una finalidad ajena al cumplimiento del contrato, porque sólo si la finalidad del tratamiento de datos no guarda relación directa con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual el empresario estaría obligado a solicitar el consentimiento de los trabajadores afectados…>>

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…>>.

Es probable, seguramente, que sea el apartado 3 del propio artículo 17 el que fije, sin embargo, un criterio más taxativo cuando señala que <<… 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…>>.

Como inmediatamente se analizará ninguna de estas previsiones se han mantenido en el ámbito del empleo público con la publicación del RLD 29/2020. Se trata, por tanto, de una delimitación remitida, como se analizará seguidamente, a las regulaciones que puedan establecerse en el futuro y que contarán con la negociación colectiva como elemento de garantía en la fijación y delimitación de esta.

En todo caso, la doctrina expuesta nos deja una referencia que parece evidente: será precisa la advertencia general al empleado cuando la actividad pueda ser objeto de grabación. Por tanto, cuando no se produce esta actuación, la opción voluntaria por la realización del trabajo de forma on line, supone, en la práctica una admisión del resultado, en términos de imagen, de la utilización de medios que capten (especialmente sin gravar) la imagen de los trabajadores.

B) La intimidad de los terceros y las afecciones derivadas de la realización de una actividad laboral que la puede afectar.

La falta de previsión en la ordenación del teletrabajo ha tenido, en gran medida, una incidencia sobre la esfera de libertad e intimidad de terceras personas, normalmente, las que componen la unidad familiar que se han visto invadidas o transformadas al incluir la relación laboral de uno de los miembros de la misma en parte de la

actividad que se realiza en un hábitat común no pensado, claro está, para esta función o, al menos, que, hasta este momento, no había incluido en sus relaciones las que proceden de la relación laboral de uno o varios de sus componentes.

En función del tipo de teletrabajo esto se convierte en una anomalía o en una situación de exposición permanente – especialmente cuando hay imagen en la relación a distancia- de los miembros de la unidad familiar en un marco ajeno y no, necesariamente, adaptado ni aceptado por el tercero que no forma parte de la relación laboral y que, por tanto, ha prestado su consentimiento.

El grado de afección está claro que puede ser muy variado y que influyen – como se ha apuntado- elementos muy diversos que están en función del tipo y exigencias del teletrabajo y de la propia configuración del hábitat en el que se va a desarrollar la actividad. Asimismo, las potenciales afecciones se pueden agrandar si la actividad es objeto de grabación y la grabación de almacenamiento. Esto que parece, a priori, extraño es, sin embargo, una medida muy extendida en el ámbito docente e investigador.

La solución a esta cuestión es relativamente sencilla en el plano teórico. Bastaría con que una norma configure el derecho a no obtener, utilizar o almacenar las imágenes de terceros ajenos a la relación laboral. La aplicación práctica de una prescripción de este orden es, sin duda, una cuestión ligada a la aptitud física del lugar en el que se desarrollo el teletrabajo y de las propias condiciones de cada unidad familiar.

6.- La garantía de los derechos ligados a la protección social

En el marco de la relación de empleo común, la protección social se convierte en uno de los elementos esenciales para una transformación "incruenta" de la relación presencial en una relación a distancia, efectuada por medios electrónicos y conforme a un esquema de obligaciones previamente definido por las partes que, en esencia, es el postulado básico que venimos reiterando.

En un repaso muy general a los derechos de los empleados públicos en esta materia nos centramos, fundamentalmente, en los que proceden de los denominados riesgos profesionales, esto es, los que están ligados a la propia actividad profesional y que se diferencian de los riesgos comunes que les corresponden a las personas en su vida social

De hecho, esta idea late en el artículo 15 del RDL 18/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia cuando, taxativamente, señal que <<…. Las personas que trabajan a distancia tienen derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud en el trabajo, de conformidad con lo establecido en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y su normativa de desarrollo…>>. Y, sobre todo, la determinación que se hace en el artículo 16 de la misma norma cuando señala que <<… 1. La evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva del trabajo a distancia deberán tener en cuenta los riesgos característicos de esta modalidad de trabajo, poniendo especial atención en los factores psicosociales, ergonómicos y organizativos. En particular, deberá tenerse en cuenta la distribución de la jornada, los tiempos de disponibilidad y la garantía de los descansos y desconexiones durante la jornada.

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…>>[5]

[5] Esta determinación se completa con la indicación que se contiene en el artículo 16 del RDL cuando señala que <<…. 2. La empresa deberá obtener toda la información acerca de los riesgos a los que está expuesta la persona que

Es cierto, sin embargo, que el problema, en el marco de la protección social no se centra únicamente en la prevención de riesgos laborales sino que deberá proyectarse, de una forma específica, sobre los riesgos profesionales de la actividad laboral que acabarán incluyendo aspectos como la incapacidad, en todas sus categorías, la enfermedad profesional o el accidente de trabajo por no incidir en cuestiones como el accidente in itinere que tanta jurisprudencia delimitadora había dado y que resulta, en este esquema, ciertamente reconfigurado.

De alguna manera y, en algún momento, será preciso, por tanto, dar un salto en el marco de la normativa de protección social para recoger específicamente la prestación a distancia del servicio y la incidencia en las contingencias profesionales que tiene tal modalidad de prestación.

7.- Conciliación, desconexión y otras garantías adicionales

La regulación del ámbito laboral estricto ha ido mucho más allá que la del empleo público constituyendo una regulación más completa y cerrada que la que, como se verá inmediatamente, se ha configurado para el empleo público.

Específicamente la regulación laboral ha incluido las siguientes referencias:

A) Derecho a la intimidad y a la protección de datos (Art. 17).

Fundamentalmente, la referencia incluye aquí dos cuestiones diferenciadas:

<<…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

---

trabaja a distancia mediante una metodología que ofrezca confianza respecto de sus resultados, y prever las medidas de protección que resulten más adecuadas en cada caso.

Cuando la obtención de dicha información exigiera la visita por parte de quien tuviera competencias en materia preventiva al lugar en el que, conforme a lo recogido en el acuerdo al que se refiere el artículo 7, se desarrolla el trabajo a distancia, deberá emitirse informe escrito que justifique dicho extremo que se entregará a la persona trabajadora y a las delegadas y delegados de prevención.

La referida visita requerirá, en cualquier caso, el permiso de la persona trabajadora, de tratarse de su domicilio o del de una tercera persona física.

De no concederse dicho permiso, el desarrollo de la actividad preventiva por parte de la empresa podrá efectuarse en base a la determinación de los riesgos que se derive de la información recabada de la persona trabajadora según las instrucciones del servicio de prevención.

acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de los medios utilizados.

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…>>

Finalmente y en relación con la protección de la intimidad se señala que <<….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…>>.

Esto nos reconduce a dos aspectos concreto de la LO 2018:

a) Intimidad.

Es el artículo 87 el que señala que <<… 1. Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la protección de su intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por su empleador.

2. El empleador podrá acceder a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores a los solos efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias y de garantizar la integridad de dichos dispositivos.

3. Los empleadores 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 constitucional y legalmente. En su elaboración deberán participar los representantes de los trabajadores.

El acceso por el empleador al contenido de dispositivos digitales respecto de los que haya admitido su uso con fines privados requerirá que se especifiquen 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.

Los trabajadores deberán ser informados de los criterios de utilización a los que se refiere este apartado…>>

b) Frente al uso de dispositivos de video vigilancia

Está contemplado en el artículo 89 de la LO 2018 en los siguientes términos:

<<…. 1. Los empleadores podrán tratar las imágenes obtenidas a través de sistemas de cámaras o videocámaras para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o los empleados públicos previstas, respectivamente, en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores y en la legislación de función pública, siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo. Los empleadores habrán de informar con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa, a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de esta medida.

En el supuesto de que se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores o los empleados públicos se entenderá cumplido el deber de informar cuando existiese al menos el dispositivo al que se refiere el artículo 22.4 de esta ley orgánica.

2. En ningún caso se admitirá la instalación de sistemas de grabación de sonidos ni de videovigilancia en lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores o los empleados públicos, tales como vestuarios, aseos, comedores y análogos.

3. La utilización de sistemas similares a los referidos en los apartados anteriores para la grabación de sonidos en el lugar de trabajo se admitirá únicamente cuando resulten relevantes los riesgos para la seguridad de las instalaciones, bienes y personas derivados de la actividad que se desarrolle en el centro de trabajo y siempre respetando el principio de proporcionalidad, el de intervención mínima y las garantías previstas en los apartados anteriores. La supresión de los sonidos conservados por estos sistemas de grabación se realizará atendiendo a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 22 de esta ley…>>

B) Derecho a la desconexión digital (Art. 18)

Se refiere a esta cuestión en los siguientes términos:

<<…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 los 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…>>

Se trata, en esencia, de una remisión a la regulación general que se contiene en el artículo 88 de la LO 3/2018 cuya regulación se efectúa en los siguientes términos:

<<… 1. Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar.

2. Las modalidades de ejercicio de este derecho atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

3. El empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, elaborará una política interna dirigida a trabajadores, incluidos los 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 del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas….>>>

9.- El teletrabajo en el empleo público

Como se ha apuntado brevemente en los apartados anteriores la primera tentación del legislador ha sido la de establecer un marco propio para la conformación del teletrabajo en el ámbito público. Esta tentación se ha visto, sin embargo, enervada por la publicación del RDL 29/2020.

9.1.- Formulación legal

El teletrabajo en el empleo público ha sido Real Decreto-ley 29/2020, de 29 de diciembre, 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 el Covid-19

Se introduce un nuevo artículo 47 bisen el TREBEP que establece el siguiente régimen jurídico del teletrabajo:

a) Concepto. - 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.
b) Concesión. La prestación del servicio mediante teletrabajo habrá de ser expresamente autorizada y será compatible con la modalidad presencial. En todo caso, tendrá carácter voluntario y reversible salvo en supuestos excepcionales debidamente justificados.
   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 de servicio. El teletrabajo deberá contribuir a una mejor organización del trabajo a través de la identificación de objetivos y la evaluación de su cumplimiento.
c) Régimen jurídico de las personas que teletrabajan. El personal que preste sus 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, incluyendo la normativa de prevención de riesgos laborales que resulte aplicable, salvo aquellos que sean inherentes a la realización de la prestación del servicio de manera presencial.
d) Medios La Administración proporcionará y mantendrá a las personas que trabajen en esta modalidad, los medios tecnológicos necesarios para su actividad.
e) Aplicación al personal laboral. 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.»

La nueva regulación resulta, por tanto, muy tributaria del desarrollo reglamentario que, en su momento, se establezca. En todo caso de la regulación contenida en el artículo transcrito podría decirse que se mantiene una concepción más próxima al teletrabajo como derecho del funcionario y en el que los aspectos de "las necesidades de la organización" no aparecen expresamente mencionados, aunque es evidente que la regulación reglamentaria que se anuncia tendrá que centrarse, precisamente, en determinar quien y en que tipo de puesto de trabajo esta opción es admisible.

9.2.- La insuficiencia del modelo

La insuficiencia del modelo aplicativo que acaba de describirse es notoria. Realmente podemos indicar que la regulación contenida en el artículo 46 Bis del TREBEP nos da pocas pistas reales. Las necesidades del servicio se configuran como el instrumento conceptual que se utiliza para la admisión o la denegación del teletrabajo que debe ser expresamente autorizada y compatible con la modalidad presencial, es voluntaria y reversible. Lo afecta a los derechos ni individuales ni colectivos del empleado público y obliga a la Administración a la reformulación de los medios tecnológicos para la actividad.

A partir de este esquema, ciertamente simple y rudimentario, se remite la cuestión aplicativa a las normas de desarrollo del TREBEP que deben ser objeto de negociación en el ámbito correspondiente.

Es cierto, sin embargo, que la conformación del estatus general de los derechos debe hacer sobre la base de lo que establezcan, en su momento, las normas de desarrollo del RDL y, por otro, en la aplicación de los derechos en el ámbito digital que están contenidos en la LO de 2018.

El resultado, al día de hoy, puede considerarse como un resultado provisional que exige mucha elaboración posterior tanto para la objetivación de los supuestos en los que puede concederse como para la configuración real del régimen jurídico de dicha prestación.

Es cierto, sin embargo, que constituye un momento perfecto para la evolución de la prestación pública en el ámbito de las Administraciones y para apostar por un tipo de prestación ligada a la cuantificación real de la actividad, a la evaluación del desempeño y, finalmente, para la vinculación de rendimiento y retribuciones.

Seminari
sobre relacions col·lectives

FEDERACIÓ DE MUNICIPIS DE CATALUNYA

El teletrabajo en el ámbito de las AA.PP

- Alberto Palomar Olmeda

Sumario

- 1.- Consideraciones generales
- 2.- Regulación legal
- 3.- Ordenación de la relación de empleo
- 4.- Consecuencias en la relación dinámica de empleo público
  - 4.1. Redefinición de la jornada laboral
  - 4.2. La retribución
  - 4.3. La evaluación del rendimiento
  - 4.4. Necesidad de adaptación del régimen disciplinario
- 5.- Otros debates
- 6.- Derechos ligados a la protección social
- 7.- La regulación del TREBEP

1.- Consideraciones generales

Un debate complejo

- Se trata de un debate (y de una realidad) complejo porque la presencialidad, en si misma, resulta indiscutible por estar asociada a algunas prestaciones laborales de forma inescindible mientras que, en otras, es donde es posible reducir total o parcialmente la presencia personal en la sede de la organización productiva.

- El debate es, claro está, novedoso porque la idea de poder realizar una prestación fuera de la sede de la empresa que los recibe es, realmente, una realidad moderna que, como pasamos a identificar, se asocia a los importantes cambios y transformaciones que está teniendo el orden mundial y, dentro de los mismos, sobre todo a la transformación digital de nuestras vidas que permite la realización a distancia de un conjunto de actividades que, históricamente, han precisado siempre la presencia del empleado en la sede de la organización que las recibe.

No es necesario insistir

- Influyen circunstancias inéditas y novedosas, entre ellas, que el mundo y la actividad se han hecho globales no solo por que los productos y los servicios de obtienen de cualquier parte del mismo sino, sobre todo, porque la transformación tecnológica está agigantando la capacidad de conocerlo, de usarlos, de proveerse de ellos.
- La transformación tecnológica ha supuesto, claramente, un incremento notable en la socialización del conocimiento y, claro está, esto tiene una repercusión directa en el factor de territorialización como elemento nuclear del uso y la utilización.

Adicionalmente

- La pandemia ha revolucionado el mundo del trabajo y lo ha hecho, como apuntábamos, de dos formas evidentes:
  - **la primera**, desorganizadamente y acuciados por la necesidad y la urgencia
  - **la segunda**, porque, fruto de la anterior experiencia, ahora, nos planteamos si los fundamentos esenciales y estructurantes de las formas de actuación públicas pueden ser otras.
- El mundo del trabajo – mucho más vivo que el del empleo público- se ha como la afección a la intimidad familiar y personal, la compatibilidad con los derechos de conciliación, la comprobación de la jornada, la adaptación, el derecho a la desconexión.

2.- Regulación legal

- De momento lo que resulta complejo **es observar como los** empleados públicos – cualquiera que sea la naturaleza de su vínculo- han quedado fuera de la regulación laboral de teletrabajo de carácter común remitiendo la regulación a una formulación específica que debía dictarse en algún momento.
- Esta previsión se cumple con la aprobación del 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.
- Sobre esta regulación volveremos posteriormente.

Elementos estructurantes

- El análisis de teletrabajo puede hacerse desde una doble perspectiva:
  - la del empleado público
  - y la de la organización.
- La primera faceta es la que delimita los derechos y obligaciones del empleado público y cómo resulta afectado por el cambio que aquí se analiza.
- La segunda faceta es la que se refiere a la propia configuración de los servicios por parte de la Administración.
- Aquí habrá, igualmente, muchos cambios y es muy probable que algunas de las prestaciones que, hoy, son necesariamente presenciales dejen paso a sistemas de teleasistencia y que, por tanto, la teleasistencia sea una forma específica de teletrabajo y se configure como parte del contenido prestacional que los ciudadanos tienen derecho a recibir de la respectiva Administración.

La clasificación de los puestos de trabajo

- Centrándonos, brevemente, en la primera de las facetas podemos indicar que la decisión del teletrabajo debe estar condicionada por una decisión administrativa de su viabilidad en función del cometido que a cada puesto de trabajo se le asigne en el correspondiente instrumento de ordenación profesional de la organización correspondiente.

- Es esta- la organización- la que debe evaluar el cometido y determinar si es posible su realización remota

Esta reflexión

- En este sentido parece claro que los procesos con mayor incidencia en los aspectos internos y de procedimiento tendrán mayor viabilidad para su realización remota y solo estarán condicionados por la viabilidad real y tecnológica.
- Es cierto que este aspecto liga con las cuestiones que posteriormente analizaremos más despacio y que están ligadas, a su vez, al acceso remoto a los instrumentos y bases de datos con los que se realiza el trabajo cotidiano.
- Pero esta determinación instrumental está solo justificada por la decisión previa de la organización de que el aspecto o la presencia física no es necesaria.

Las características

- Las características de esta calificación son sencillas: primero, hay que definir el tipo de servicio que se va a dar los ciudadanos y, a continuación, analizando las formas de organización y los medios disponibles se puede articular la habilitación necesaria para su desarrollo en remoto.

- Aquí hay muchos elementos que van a cambiar en los próximos tiempos.
- De una forma rústica podríamos decir que los servicios o los puestos de trabajo, que sin necesidad de atención al público, se realizan de una forma más o menos burocrática son, claramente, susceptibles de ser objeto de teletrabajo. Frente a esto, los servicios prestacionales suelen vincularse a una atención personal y, por tanto, están más lejanos a la atención remota. Este esquema está llamado a cambiar en los próximos años.
- El futuro nos puede deparar, perfectamente, servicios burocráticos hechos de forma remota y servicios de atención al público, por videoconferencia, previa cita y conexión que, en realidad, es lo que se hace ahora con la cita previa para el acceso a las organizaciones.

3.- Ordenación de la relación de empleo

- Teletrabajo y jornada laboral
- Teletrabajo y vinculación con la actividad del órgano administrativo
- Teletrabajo y flexibilidad.

Teletrabajo y jornada

- La valoración del puesto de trabajo debe permitirnos diferenciar si el teletrabajo es únicamente un cambio físico del puesto de trabajo o va más allá e, introduce, por ejemplo, factores de flexibilidad que permiten la realización de una jornada de trabajo diferente a la común o en condiciones diferentes a las comunes.

- Este el momento de determinar, para cada puesto, si son viables adaptaciones funcionales o temporales del puesto de trabajo en función de las características que la organización y el empleado público puedan poner de manifiesto con motivo de la valoración del puesto en concreto.

La consecuencia

- Es evidente, eso si, que esta transformación no es posible en muchos puestos de trabajo y, por el contrario, es perfectamente posible en otros pero, sobre todo, está vinculada a la atención presencial o temporal al público. El propio concepto de atención al público tiene que evolucionar y tenemos que preguntarnos si es preciso seguir identificándolo con la atención presencial en un lugar común.
- Parece claro que tampoco aquí la respuesta puede ser única y que la respuesta será, probablemente, un: depende. Dependerá del tipo de información, de los medios necesarios para su desarrollo y de la demanda natural de la misma.
- Lo que sí puede decirse, como tendencia, es que también el concepto de atención al público admite teletrabajo y atención en forma diferenciada a la presencial sin que se merme la efectividad de la misma.

Teletrabajo y vinculación con la actividad del órgano

- En este punto resulta necesario rehuir de la tentación – tan clásica- de considerar que la actividad administrativa tiene una cierta unidad conceptual.
- Lejos de esto, tiene una diversidad tan notable y, desde luego, superior a la que se enfrenta comúnmente un empresario que centra sus análisis en el sector en el que participa.
- De alguna manera podríamos indicar la Administración, en el plano funcional, es comparable con un gran holding empresarial que participa en numerosos sectores de la actividad social y que, por tanto, no puede (no debe) dar una solución única a todos los ámbitos funcionales en los que presta servicios

En consecuencia

- La idea esencial es, por tanto, la de ser capaces de encontrar el perfil de puestos en los que la actividad presencial puede realizarse total o parcialmente, de forma definitiva o esporádica, en teletrabajo.
- En este sentido y aunque esté demás recordarlo hay que señalar que este límite será, a su vez, difuso e irá modificándose al mismo ritmo que lo haga la tecnología y que, por tanto, más actividades o más tareas se puedan realizar por medios electrónicos.
- Como venimos indicando la perspectiva de análisis de esta realidad que tenemos en el día de hoy no tendrá nada que ver con la que tengamos en los próximos tiempos y, por tanto, las categorizaciones deben mantenerse abiertas y con posibilidad de innovar el criterio que se establezca con el que derive de los cambios y las transformaciones que se vayan introduciendo.

Jornada y flexibilidad laboral

- Prácticamente a modo de resumen de lo que se viene indicando podemos señalar, en este momento, que la introducción del teletrabajo es una ocasión – sin duda- **para plantearnos el futuro de la prestación laboral** en la Administración Pública y, en concreto, si la relación de empleo público debe recoger elementos de flexibilidad que permitan una mayor conciliación de la vida personal, por ejemplo, o una mayor compatibilización con el ocio o el entretenimiento personal.

- No es vano recordar que estos factores están claramente presentes en la vida cotidiana. No es infrecuente que se hablé ya de la jornada de cuatro días y que, realmente, la prestación (la media prestación) del quinto, en la actualidad, sea más que discutible en su alcance productivo.

4.- Consecuencias en la relación dinámica de empleo público

- 4.1. Redefinición de la jornada laboral
- 4.2. La retribución
- 4.3. La evaluación del rendimiento
- 4.4. Necesidad de adaptación del régimen disciplinario

4.1. Redefinición de la jornada laboral

Con carácter general

- Con carácter general podemos indicar que la concepción actual de la jornada laboral se ha articulado, históricamente, sobre la base de la determinación del tiempo en el que el empleado público debe estar en la oficina pública.
- La evolución natural de esta obligación ha pasado de una uniformidad total a una cierta flexibilización de la jornada laboral de forma que una parte es de presencia obligatoria y simultanea y otra, de carácter flexible, en la que sin abandonar la presencialidad se consigue que el empleado vaya ajustando su prestación a sus propias necesidades.

En el trasfondo

- En el trasfondo de esta situación se encuentra un elemento crucial y un elemento que delimita todo con carácter tangencial.
- El elemento crucial **es la apertura al publico de las instalaciones** públicas que exige la presencia de empleados que atiendan al público.
- La circunstancia tangencial es si podemos utilizar esta transformación para configurar en forma diferencial la jornada de trabajo e introducir en el propio concepto elementos ligados a la producción y no la presencia ya sea física o remota en un punto predeterminado.

Llevado a su extremo

- Es probable, sin embargo, que este cambio, llevado a su extremo, exigiría una reforma con cobertura legal porque trasciende del propio concepto de jornada para situarse en el de la delimitación de la prestación laboral esperada que, ciertamente, es ya un concepto diferenciado.
- Lo que es cierto que, adicionalmente, es posible la conexión de la jornada clásica con instrumentos de flexibilización no solo en el cumplimiento remoto sino, también, con medidas de conciliación o reducción de jornada para el cumplimiento de obligaciones familiares de todo orden.
- Esta flexibilización está por llegar, pero tiene una condición previa: las necesidades de la Administración

Y claro está

- En este punto, el de la flexibilidad es cierto que hay puntos de desencuentro.
- Desde algunas posiciones se puede decir que si no se necesitan – íntegramente- no deberían haberse incorporado al empleo público y que si, en el futuro, no se precisan no es preciso su incorporación.
- Desde otras posiciones podemos indicar que no todo el empleo es idéntico, que existen puestos de trabajo que pueden necesitar una cobertura parcial y no justifican una jornada íntegra.

- No podemos resolver estas contradicciones de una forma absoluta ni completa.
- El mundo y las características de las organizaciones es muy complejo, muy variado y admite matices.
- Responder a esta diversidad con un régimen único es introducir rigideces que se proyectan sobre el conjunto del empleo público

4.2. La retribución

- De esta forma, si lo que se produce es únicamente un cambio del lugar físico en el que se desarrolla el trabajo parece evidente que el régimen retributivo no tendrá grandes cambios y estará ligado a la prestación en el horario y jornada establecida aunque, como se decía anteriormente, quede la duda de cómo flexibilizar la jornada y, claro está, como comprobarla.
- Los aspectos de modificación de la relación jurídica funcionarial serán adjetivos y no sustantivos y, por tanto, no afectarán al régimen retributivo.
- Cuestión diferente es, como apuntábamos, **la medida y la comprobación material de la actividad que puede enlazar con la evaluación** del rendimiento y con la justificación material de la concurrencia de los presupuestos para obtener o acreditar el derecho, por ejemplo, al complemento de productividad.

4.3 Evaluación del rendimiento

- Las consideraciones que se vienen realizando nos sitúan en un entorno sencillo o complejo en función de la catalogación y la consideración que se realice en el seno de la respectiva organización.

- Pero, como venimos indicando, igualmente la proyección de esta decisión organizativa afecta a los aspectos más diversos de la relación jurídica del empleo público.
- Desde luego y, aunque, se trate de un tema prácticamente inédito en el ámbito de la gestión pública, es necesario replantearse el tema de la evaluación del desempeño.
- Podría decirse, con razón, que no se puede discutir de lo que no existe y sería una advertencia lógica y coherente. Pero, es cierto, que se trata de una obligación legal contenida expresamente en el TREBEP y que se supone que las Administraciones Públicas deben cumplir.
- Esto nos desfigura el debate hacía la implantación real de la figura que, ciertamente, es un tema que trasciende del plano en el que, ahora, queremos movernos.

Desde otro plano

- Este plano no es otro que el de señalar que a un perfil funcional delimitado en forma diferencial al convencional deben seguir otros elementos adicionales de coherencia del sistema y, en concreto, el de la evaluación del rendimiento.
- **La premisa fundamental** es que se conoce el grado de rendimiento y, por tanto, lo que corresponde es determinar una forma coherente de medida y comprobación.
- En este sentido los cambios en la forma de evaluación son, como venimos insistiendo, fruto de la previa clasificación del puesto de trabajo.
- Lo característico es que uno de los elementos centrales de la evaluación: **la consideración o la apreciación de los superiores o, incluso, de los iguales resulta muy mermada ya que la falta de concentración en el lugar de trabajo desplaza** dichas valoraciones a elementos de otro orden como la cuantificación del trabajo o la asunción, en su caso, de los elementos valorativos externos (público) que no son muy frecuentes en el ámbito público como las encuestas o los formularios de satisfacción.

4.4. La adaptación del régimen disciplinario

- En el plano de la adaptación de las diferentes facetas que componen el régimen del empleo público cabe incidir, asimismo, en el régimen disciplinario.

- En este sentido podemos indicar que la adaptación permite diferenciar, en el plano sistemático, entre las infracciones que deberían ser redefinidas y las que, por el contrario, deberían incluirse.
- En este punto el TREBEP presenta, como es sabido, una complejidad añadida que deriva de su propio esquema de redefinición de infracciones.
- Debemos recordar, en este punto, que las infracciones muy graves se configuran como únicas para el conjunto de los empleados públicos y deben "reproducirse" en las leyes que se dicten ex artículo 6 en el desarrollo del mismo aunque, el apartado p) del propio artículo 95.2 del TREBEP admite que las Cortes Generales al desarrollar el proyecto de la AGE o la Asamblea legislativa de la correspondiente Comunidad Autónoma o, incluso, los convenios colectivos, puedan establecer, mediante ley, conductas que tengan la tipificación de muy graves.
- Al lado de esto y en lo que se refiere a las infracciones graves y leves corresponde a las Cortes Generales y a las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas o a los convenios colectivos la tipificación de las faltas graves en el contexto de los tres criterios que señala el TREBEP y, de forma libre, en el supuesto de las infracciones leves.

Preceptos que pueden verse afectados

- Ap. C). Se refiere al abandono del servicio, así como a no hacerse cargo voluntariamente de las tareas o funciones que tienen encomendadas.

- Ap. G) Notorio incumplimiento de las funciones esenciales inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas.

En las muy graves

En las graves

- Ap. G) Notorio incumplimiento de las funciones esenciales inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas.
- Ap. f) Se refiere a causar daños en los locales, material o documento de los servicios.
- Ap. i). Falta de rendimiento que afecte al normal funcionamiento de los servicios y no constituya falta muy grave.
- Ap. l). El incumplimiento injustificado de la jornada de trabajo que acumulado suponga un mínimo de diez horas al mes.
- Ap. m). La tercera falta injustificada de asistencia en un periodo de tres meses, cuando las dos anteriores hubieran sido objeto de sanción por falta leve.
- Ap. n) la grave perturbación del servicio.
- Ap. o) La grave falta de consideración con los administrados
- Ap. p) Las acciones u omisiones dirigidas a evadir los sistemas de control de horarios o a impedir que sean detectados los incumplimientos injustificados de la jornada de trabajo.

En las leves

- Ap. a). Incumplimiento injustificado del horario de trabajo, cuando no suponga falta grave.
- Ap. b) Falta de asistencia injustificada de un día
- Ap.c) La incorrección con el público, superiores, compañeros o subordinados
- Ap. d) El descuido o negligencia en el ejercicio de sus funciones
- Ap. e). El incumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario, siempre que no deban ser calificados como falta muy grave o grave.

Comentario general

- El comentario general que acaba de indicarse en relación con las faltas graves es perfectamente extrapolable al ámbito de las leves ya que se refiere a cuestiones (pensadas en clave presencial – qué duda cabe-) que pueden ser moduladas si el contenido material de la función del empleado público es, adecuadamente, reconfigurada y, explícitamente, indicada.

Reconfiguración adicional

- Como se acaba de apuntar la reconfiguración de la relación obligacional del empleado público pasa por recoger expresamente:

- La existencia o no de jornada, de sus condiciones, de su rigidez o, por el contrario, la apuesta por la atribución de un contenido de trabajo y la vinculación de la prestación del funcionario a su realización.
- La adaptación, incluso semántica, del trabajo en un lugar diferente al de la oficina pública en la que tradicionalmente se ha desarrollado la función y lo que esto supone en relación con los medios materiales que se pongan (o no) a disposición del empleado público.

5.- Otros debates

- A) Intimidad personal
- B) La intimidad de los terceros y las afecciones derivadas de la realización de una actividad laboral que la puede afectar

A) Intimidad personal

-
- La problemática de **la imagen del empleado público en** una relación on line no es, finalmente, diferente a la que se plantea en el marco de la relación laboral común. Es cierto, eso sí, que se pueden agigantar las características y la intensidad del control.
- La STC de 3 de marzo de 2016 se refiere a la necesidad del consentimiento del trabajador para el tratamiento de los datos (imágenes) que proceden de las cámaras instaladas en el ámbito de la empresa. Específicamente, señala la STC que <<… Aplicando la doctrina expuesta al tratamiento de datos obtenidos por la instalación de cámaras de videovigilancia en el lugar de trabajo, que es el problema planteado en el presente recurso de amparo, debemos concluir que el empresario no necesita el consentimiento expreso del trabajador para el tratamiento de las imágenes que han sido obtenidas a través de las cámaras instaladas en la empresa con la finalidad de seguridad o control laboral, ya que se trata de una medida dirigida a controlar el cumplimiento de la relación laboral y es conforme con el art. 20.3 TRLET (RCL 1995, 997) , que establece que "el empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana". Si la dispensa del consentimiento prevista en el art. 6 LOPD (RCL 1999, 3058) se refiere a los datos necesarios para el mantenimiento y el cumplimiento de la relación laboral, la excepción abarca sin duda el tratamiento de datos personales obtenidos por el empresario para velar por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo. El consentimiento se entiende implícito en la propia aceptación del contrato que implica reconocimiento del poder de dirección del empresario.
- En definitiva, la exigencia de finalidad legítima en el tratamiento de datos prevista en el art. 4.1 LOPD (RCL 1999, 3058) viene dada, en el ámbito de la videovigilancia laboral, por las facultades de control empresarial que reconoce el art. 20.3 TRLET (RCL 1995, 997) , siempre que esas facultades se ejerzan dentro de su ámbito legal y no lesionen los derechos fundamentales del trabajador….>>

B) De terceros

- La falta de previsión en la ordenación del teletrabajo ha tenido, en gran medida, una incidencia sobre la esfera de libertad e intimidad de terceras personas, normalmente, las que componen la unidad familiar que se han visto invadidas o transformadas al incluir la relación laboral de uno de los miembros de la misma en parte de la actividad que se realiza en un hábitat común no pensado, claro está, para esta función o, al menos, que, hasta este momento, no había incluido en sus relaciones las que proceden de la relación laboral de uno o varios de sus componentes.

- En función del tipo de teletrabajo esto se convierte en una anomalía o en una situación de exposición permanente – especialmente cuando hay imagen en la relación a distancia- de los miembros de la unidad familiar en un marco ajeno y no, necesariamente, adaptado ni aceptado por el tercero que no forma parte de la relación laboral y que, por tanto, ha prestado su consentimiento.

Igualmente

- **El grado de afección** está claro que puede ser muy variado y que influyen –como se ha apuntado- elementos muy diversos que están en función del tipo y exigencias del teletrabajo y de la propia configuración del hábitat en el que se va a desarrollar la actividad. Asimismo las potenciales afecciones se pueden agrandar si la actividad es objeto de grabación y la grabación de almacenamiento. Esto que parece, a priori, extraño es, sin embargo, una medida muy extendida en el ámbito docente e investigador.
- La solución a esta cuestión es relativamente sencilla en el plano teórico. Bastaría con que una norma configure el derecho a no obtener, utilizar o almacenar las imágenes de terceros ajenos a la relación laboral. La aplicación práctica de una prescripción de este orden es, sin duda, una cuestión ligada a la aptitud física del lugar en el que se desarrollo el teletrabajo y de las propias condiciones de cada unidad familiar.

6.- Derechos ligados a la protección social

- En el marco de la relación de empleo común, la protección social se convierte en uno de los elementos esenciales para una transformación “incruenta” de la relación presencial en una relación a distancia, efectuada por medios electrónicos y conforme a un esquema de obligaciones previamente definido por las partes que, en esencia, es el postulado básico que venimos reiterando.
- En un repaso muy general a los derechos de los empleados públicos en esta materia nos centramos, fundamentalmente, en los que proceden de los denominados riesgos profesionales, esto es, los que están ligados a la propia actividad profesional y que se diferencian de los riesgos comunes que le corresponden a las personas en su vida social

Específicamente, para el ámbito laboral

- De hecho, esta idea late en el artículo 15 del RDL 18/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia cuando, taxatimvaente, señal que <<…. Las personas que trabajan a distancia tienen derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud en el trabajo, de conformidad con lo establecido en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y su normativa de desarrollo…>>. Y, sobre todo, la determinación que se hace en el artículo 16 de la misma norma cuando señala que <<… 1. La evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva del trabajo a distancia deberán tener en cuenta los riesgos característicos de esta modalidad de trabajo, poniendo especial atención en los factores psicosociales, ergonómicos y organizativos. En particular, deberá tenerse en cuenta la distribución de la jornada, los tiempos de disponibilidad y la garantía de los descansos y desconexiones durante la jornada.
- 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

La reflexión final

- Es cierto, sin embargo, que el problema, en el marco de la protección social no se centra únicamente en la prevención de riesgos laborales sino que deberá proyectarse, de una forma específica, sobre los riesgos profesionales de la actividad laboral que acabarán incluyendo aspectos como la incapacidad, en todas sus categorías, la enfermedad profesional o el accidente de trabajo por no incidir en cuestiones como el accidente in itinere que tanta jurisprudencia delimitadora había dado y que resulta, en este esquema, ciertamente reconfigurado.

Conciliación, desconexión y garantías adicionales

- Las remisiones que se contienen en el RDL 28/2015 no se han traído, de forma limitativa, a este ámbito del empleo público
- Únicamente se contiene una referencia general a los derechos comunes de la relación de empleo público

7.- La regulación del TREBEP

En este marco, la regulación del TREBEP

- Real Decreto-ley 29/2020, de 29 de diciembre, 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 el Covid-19.

- Se introduce un nuevo artículo 47 bis en el TREBEP que establece el siguiente régimen jurídico del teletrabajo:

Regulación

- Concepto.- 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.
- Concesión. La prestación del servicio mediante teletrabajo habrá de ser expresamente autorizada y será compatible con la modalidad presencial. En todo caso, tendrá carácter voluntario y reversible salvo en supuestos excepcionales debidamente justificados.
- 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 de servicio. El teletrabajo deberá contribuir a una mejor organización del trabajo a través de la identificación de objetivos y la evaluación de su cumplimiento.
- Régimen jurídico de las personas que teletrabajan. El personal que preste sus 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, incluyendo la normativa de prevención de riesgos laborales que resulte aplicable, salvo aquellos que sean inherentes a la realización de la prestación del servicio de manera presencial.
- **Medios** La Administración proporcionará y mantendrá a las personas que trabajen en esta modalidad, los medios tecnológicos necesarios para su actividad.
- **Aplicación al personal laboral.** 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.»
-

Insuficiencia del modelo

- La insuficiencia del modelo aplicativo que acaba de describirse es notoria. Realmente podemos indicar que la regulación contenida en el artículo 46 Bis del TREBEP nos da pocas pistas reales. Las necesidades del servicio se configuran como el instrumento conceptual que se utiliza para la admisión o la denegación del teletrabajo que debe ser expresamente autorizada y compatible con la modalidad presencial, es voluntaria y reversible. Lo afecta a los derechos ni individuales ni colectivos del empleado público y obliga a la Administración a la reformulación de los medios tecnológicos para la actividad.
- A partir de este esquema, ciertamente simple y rudimentario, se remite la cuestión aplicativa a las normas de desarrollo del TREBEP que deben ser objeto de negociación en el ámbito correspondiente.
- El modelo resulta claramente insuficiente, al menos, en los siguientes aspectos:

LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN LOS PUESTOS DE TELETRABAJO EN EL SECTOR PÚBLICO

Lourdes Mella Méndez

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad social.

Universidad de Santiago de Compostela

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. CARACTERES GENERALES DELTELETRABAJO EN EL SECTOR PÚBLICO RELEVANTES A EFECTOS DE LOS RIESGOS LABORALES. III. CONFIGURACIÓN DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN LA NORMATIVA ADMINISTRATIVA. IV. LA EVALUACIÓN DE RIESGOS EN EL DOMICILIO DEL EMPLEADO PÚBLICO: 1. Autoevaluación por el empleado público: su necesaria formación por el empleador. 2. Evaluación externa por el servicio de prevención. V. ASPECTOS PARA EVALUAR Y POSIBLES RIESGOS LABORALES. VI. LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN. VII. VALORACIÓN CONCLUSIVA

Resumen: El reciente RD-ley 29/2020, de 29 septiembre, introduce un nuevo art. 47 bis en el EBEP para regular el teletrabajo en el ámbito público. A pesar de su general planteamiento, el legislador deja clara la igualdad de derechos entre los trabajadores a distancia y los presenciales del centro, lo que incluye la prevención de riesgos laborales. Este trabajo analiza los aspectos básicos de esta materia, teniendo en cuenta lo dispuesto en la normativa administrativa de carácter autonómico y local sobre teletrabajo en el ámbito público, y, en ocasiones, también, por analogía, lo dispuesto en el RD-ley 28/2020, de 22 septiembre, que aborda el trabajo a distancia en el sector privado.

El estudio comienza abordando la configuración general del teletrabajo en la referida normativa administrativa, así llama la atención la inicial caracterización de aquel más como medida de conciliación que como una nueva manera de prestar servicios, lo que puede haber relajado la atención sobre la importancia de observar la política de prevención de riesgos laborales en el nuevo lugar de trabajo, generalmente el domicilio particular. Con todo, desde un punto de vista formal, la normativa administrativa considera dicha observancia como un requisito preceptivo para poder acceder y mantener el teletrabajo. Se espera que la nueva normativa que debe aprobarse en desarrollo del nuevo art. 47 bis EBEP, tras su negociación colectiva en el ámbito correspondiente, contemple soluciones concretas a los grandes problemas que esta materia plantea, como los riesgos

psicosociales, la efectividad de las medidas de protección, la formación del empleado público o las contingencias profesionales cuando el riesgo se materializa durante la prestación de servicios.

Palabras clave: teletrabajo, administración pública, seguridad y salud laboral.

I. INTRODUCCIÓN

La actual crisis sanitaria y social causada por el COVID-19 tiene tal impacto y capacidad de transformación en la sociedad y en las relaciones personales y laborales que, tras ella, ya nada será igual. En este punto, sabido es que, en todo el mundo, una de las medidas estrella implementadas durante la pandemia -y, en particular, durante el confinamiento- para poder compatibilizar el cuidado de la salud (evitando contagios) y el mantenimiento de la actividad laboral ha sido la del trabajo a distancia, y, en especial, la del teletrabajo. Esta nueva -y vieja- manera de organizar el trabajo fuera de la empresa, gracias al uso de las diversas y avanzadas herramientas de carácter informático y las nuevas tecnologías, ha tenido una oportunidad de oro para demostrar su utilidad y todo su potencial (con sus ventajas e inconvenientes), aun en una situación verdaderamente difícil.

El legislador laboral impulsó esta medida excepcional del trabajo a distancia en el RD-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. Así, el art. 5 de dicha norma lo declaró de carácter preferente frente a otras medidas laborales más lesivas para los trabajadores afectados y la economía en general, como las de reducción de la jornada o cesación temporal de la actividad. Dicha medida tenía un régimen excepcional, diferente del ordinario en algunos aspectos; así, su adopción se preveía como una competencia unilateral del empresario, siempre que, primero, fuese técnica y razonablemente posible y, segundo, el esfuerzo de adaptación fuese proporcionado al resultado a alcanzar. Además, también hay peculiaridades en el aspecto preventivo (autoevaluación de riesgos por el trabajador) y, en lo no previsto en el citado RD-ley, se aplica supletoriamente la normativa laboral ordinaria, esto es, el entonces vigente art. 13 Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) y otra normativa que resulte aplicable. Por su parte, el art. 6 del citado RD-ley también permitía acudir al teletrabajo por decisión unilateral del trabajador, como medida de adaptación de la jornada, siempre que se cumpliesen las estrictas condiciones objetivas, subjetivas y temporales del denominado plan "MECUIDA". Estos supuestos especiales de teletrabajo, como medidas de contención sanitaria frente a la pandemia, tienen una vigencia vinculada al mantenimiento de la situación de necesidad por razones de salud, y, por ello, se prorrogaron, de manera sucesiva, por la normativa especial posterior que se aprobó para hacer frente a aquella.

La experiencia con el teletrabajo durante la pandemia puso al descubierto los muchos retos y riesgos que esta peculiar forma de trabajar plantea, a la vez que la escasa regulación entonces existente para darles una adecuada respuesta. Ello motivó que el legislador abriese, con diligencia, un debate con los agentes sociales para acordar una nueva y completa regulación sobre esta particular manera de prestar servicios, la cual, finalmente, se aprobó a través del RD-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a

distancia (en adelante, RDLTAD). Dicha norma, que es un buen ejemplo de legislación negociada en el marco del diálogo social, entró en vigor el 14 de octubre de 2020, a los veinte días de su publicación en el BOE. Esta nueva regulación es más completa y exhaustiva que la anterior y regula múltiples aspectos sobre esta nueva realidad laboral, siguiendo el estilo del Acuerdo marco europeo de teletrabajo de 2002 (AMET)[1].

Al igual que en el ámbito privado, durante la pandemia, la Administración pública también hizo un gran esfuerzo para adaptar todos sus recursos materiales y personales para seguir prestando servicios a los ciudadanos de un modo seguro, esto es, siempre que fuese posible, de un modo no presencial. Para ello, hubo que dictar normativa específica o adaptar la poca que entonces había disponible. En efecto, la urgencia y la excepcionalidad de la situación exigieron la implementación de soluciones temporales, tanto para las administraciones que disponían de regulación al respecto como, en especial, para quienes carecían de ella, con la finalidad continuar la actividad administrativa y cumplir las medidas sanitarias de contención vigentes en el contexto de la pandemia.

Dado que la evolución de esta crisis sanitaria se prevé lenta, se entiende que es ineludible abordar, con carácter inmediato, la regulación básica del teletrabajo en las Administraciones Públicas. De este modo, se aprueba, con carácter de urgencia, 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 (en vigor desde el día siguiente a su publicación en BOE). El art. 1 del citado RD-ley 29/2020 modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (aprobado por RD Legislativo 5/2015, de 30 octubre) para introducir un nuevo art. 47 bis, que lleva por título "Teletrabajo". Esta nueva regulación tiene un ámbito subjetivo amplio, pues, según el núm. 5 de dicho precepto, "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". Se confirma, así, lo dispuesto en la disposición adicional segunda del citado RDLTAD, de acuerdo con el cual las previsiones contenidas en esta norma de urgencia "no serán aplicables al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, que se regirá en esta materia por su normativa específica".

Este nuevo precepto del EBEP reglamenta, con carácter básico, la prestación del servicio a distancia mediante teletrabajo, fomentando el uso de las nuevas tecnologías de la información y el desarrollo de la administración digital. El objeto es el configurar un marco normativo básico, tanto desde la perspectiva del régimen jurídico de las Administraciones Públicas como desde el de los derechos y deberes de los empleados públicos, suficiente para que todas las Administraciones Públicas puedan, a su vez, desarrollar sus instrumentos normativos propios reguladores del teletrabajo en sus propios ámbitos, si bien para el personal laboral hay que

[1] Cfr. MELLA MÉNDEZ, L.: "Comentario general al Acuerdo Marco sobre teletrabajo", *Relaciones Laborales,* 2003, núm. 1, pp. 10 y ss.

tener en cuenta la competencia estatal sobre la legislación laboral. En efecto, 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 de este.

En cualquier caso, la prestación de servicio a distancia mediante la modalidad de teletrabajo no será considerada como ordinaria ni absoluta, pues algunos servicios públicos deben prestarse, necesariamente, de modo presencial a los ciudadanos. Cada administración será la competente para decidir el porcentaje y tipo de puestos que pueden ser prestados a distancia.

Como antecedentes, tras el Acuerdo Marco europeo sobre teletrabajo, de 16 de julio de 2002, cuya exposición de motivos se refería al teletrabajo como un medio para que las empresas y organizaciones de servicios públicos modernizasen la organización del trabajo, cabe destacar la Orden APU/1981/2006, de 21 de junio, por la que se promueve la implantación de programas piloto de teletrabajo en los departamentos ministeriales (en adelante, Orden APU 2006). Esta fue la primera norma que reguló la posibilidad de teletrabajar en la Administración General del Estado. El resultado de esa primera experiencia fue positivo, lo que determinó que la disposición final sexta de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, estableciera que "el Ministerio de Administraciones Públicas, en colaboración con los Ministerios de Economía y Hacienda, de Industria, Turismo y Comercio y de Trabajo y Asuntos Sociales", iba a regular, antes del 1 de marzo de 2008, "las condiciones del teletrabajo en la Administración General del Estado". Sin embargo, por razones desconocidas, dicho mandato legal no fue respetado. De manera distinta actuaron las Comunidades autónomas, que, en el marco de sus competencias para dictar normas relativas a la conciliación de sus empleados públicos, empezaron a poner en marcha programas piloto y a aprobar normativa específica para introducir el teletrabajo, todo ello, especialmente tras la Ley 3/2012, de 6 de julio, que modificó el art. 13 ET para regular el trabajo a trabajo a distancia en el sector privado[2], pero, de alguna manera, impulsó este debate también en la sociedad y en la propia Administración pública.

A continuación, se pone especial atención en la regulación de la materia de prevención de riesgos laborales en esta nueva forma de trabajar, al amparo de lo dispuesto en toda esa normativa del sector público y, en su caso, también por comparación con la relativa al sector privado, en especial el nuevo RDLTAD.

[2] Cfr. MELLA MÉNDEZ, L.: "El nuevo trabajo a distancia en España: configuración general", en el volumen AAVV: *Conciliación de la vida laboral y familiar y crisis económica. Estudios desde el Derecho Internacional y comparado* (dirigido por L. Mella) (Madrid, 2015), pp. 483 y ss.

II. CARACTERES GENERALES DELTELETRABAJO EN EL SECTOR PÚBLICO RELEVANTES A EFECTOS DE LOS RIESGOS LABORALES

Antes de analizar -específicamente- el aspecto preventivo del teletrabajo en el sector público, resulta fundamental revisar el concepto y los rasgos configuradores de aquel, pues son estos los que determinarán la concreta forma de prestar servicios y, con ello, cuáles sean los posibles riesgos que puedan surgir y la mejor forma de afrontarlos.

1. Comenzando por el *concepto,* según el nuevo art. 47.1 bis EBEP, 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". Este concepto coincide, básicamente, con el previsto en la Orden APU 2006, cuyo apartado primero, define el teletrabajo como "toda modalidad de prestación de servicios de carácter no presencial, en virtud de la cual un empleado de la Administración General del Estado puede desarrollar parte de su jornada laboral mediante *el uso de medios telemáticos* d*esde su propio domicilio,* siempre que las necesidades del servicio lo permitan y en el marco de la política de conciliación de la vida personal y familiar y laboral de los empleados públicos". Como se aprecia, dos son los rasgos definitorios clásicos de esta nueva manera de trabajar, presentes, también, en la mayoría de la normativa autonómica y local sobre esta materia: el lugar de trabajo externo a la Administración y el uso de un particular instrumento de trabajo, el de carácter tecnológico o informático. Y ambos son relevantes a efectos de prevención de riesgos laborales, como se verá *infra*.

2. Respecto del *lugar de trabajo*, repárese en que la nueva regulación del EBEP es más genérica y abierta que la de la Orden APU de 2006, pues mientras esta se refiere, exclusivamente, al domicilio del trabajador, aquella admite cualquiera lugar externo, situado fuera de las instalaciones propias de la Administración. Esta referencia amplia al lugar de trabajo parece ser intencionada y estar inspirada en la normativa del sector privado, pues tanto el anterior art. 13 ET como el nuevo art. 2 RDLTAD se refieren al domicilio del trabajador u otro lugar elegido por él. Así, por analogía, este lugar externo al domicilio escogido por el empleado público puede ser cualquier otro sobre el que aquel tenga pleno dominio (un local propio) o uso (una oficina o espacio alquilado para otro fin) o, simplemente, un lugar comunitario de trabajo, como un centro de trabajo comunitario *(coworking),* un telecentro o, incluso, con carácter excepcional, un medio de transporte. En términos amplios, se pronuncia también la normativa autonómica, especialmente la más reciente[3], que se refiere a "la oficina a distancia"[4] o "a los espacios de

[3] Véase, por ejemplo, art. 13 Orden de 20 de diciembre de 2013, conjunta de la Vicepresidencia y *Consellería* de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia y de la *Consellería* de Hacienda, por la que se regulan la acreditación, la jornada y el horario de trabajo, la flexibilidad horaria y el teletrabajo de los empleados públicos en el ámbito de la Administración general y del sector público de la Comunidad Autónoma de Galicia (DOG de 31 diciembre). También, art. 2.1 Decreto 79/2020, de 16 septiembre, del Consejo de Gobierno, por el que se regula la modalidad de prestación de servicios en

cotrabajo destinados al teletrabajo de personal interno o externo, en función de los criterios de reserva y disponibilidad que se determinen"[5]. Las peculiaridades del lugar de trabajo externo determinarán los posibles riesgos laborales y medidas de protección a adoptar.

3. El legislador administrativo, a diferencia del laboral, solo regula *la especie del teletrabajo,* sin referencia alguna al género del trabajo a distancia. En efecto, el legislador laboral aborda, de manera prioritaria, el género del trabajo a distancia con carácter regular (de hecho, el RDLTAD lleva por título "de trabajo a distancia"), para el cual lo relevante es el lugar de trabajo externo. Adicionalmente, se ocupa de la especie del teletrabajo, caracterizada por realizarse la actividad laboral mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de comunicación [art. 2.b) RDLTAD]. El nuevo art. 47.1 bis EBEP se refiere al desarrollo de la prestación de servicios mediante "el uso de tecnologías de la información y comunicación", pero sin especificar la entidad de dicho uso. En todo caso, dicho uso se entiende esencial, esto es, por analogía, exclusivo o preponderante durante toda la jornada laboral. También por coherencia con lo previsto en el art. 11 RDLTAD, el núm. 4 del citado art. 47 bis EBEP establece que "la Administración proporcionará y mantendrá a las personas que trabajen en esta modalidad los medios tecnológicos necesarios para su actividad". Dicha previsión resulta lógica con la dinámica de la prestación de servicios por cuenta ajena, en la que corresponde al empresario la obligación de proporcionar las herramientas de trabajo y asumir su mantenimiento y reparación. Por lo tanto, en el ámbito público no se contempla la posibilidad de trabajar a distancia sin herramientas tecnológicas o, en su caso, sin un uso prevalente de estas. Este instrumento informático de obligado uso será un factor relevante de riesgo laboral, al que habrá que prestar especial atención.

4. El teletrabajo nace como *una medida voluntaria de conciliación de la vida laboral y familiar*[6]*.* Por Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2005, se aprobó el denominado "Plan Concilia", que, entre otras cosas, previó una serie de medidas para hacer efectiva la conciliación de la vida laboral con la personal y familiar en el ámbito del empleo público. En el marco de este Plan Concilia, el Ministerio de Administraciones Públicas desarrolló el denominado "Plan Piloto para la Aplicación de Técnicas de Teletrabajo para los empleados públicos", con la finalidad de favorecer dicha conciliación. Como sus resultados fueron positivos, tanto para el

régimen de teletrabajo en la Administración de la Comunidad de Madrid (BOCM de 17 septiembre); art. 3 Acuerdo de la Diputación de Córdoba núm. 1170/2018 (BOP de 10 abril 2018), que se refiere a la "vivienda familiar o lugar elegido" por el trabajador.

[4] Decreto 16/2018, de 7 junio, por el que se regula la modalidad de prestación de servicios en régimen de teletrabajo en la Administración de la Comunidad de Castilla y León (BOCYL de 13 junio).

[5] Disposición adicional tercera, núm. 1, Decreto 77/2020, de 4 agosto, por el que 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 (BOGC de 6 agosto). Según su núm. 2, "los espacios de cotrabajo, además de facilitar el acercamiento de las sedes de teletrabajo al domicilio del personal, tienen que permitir el fomento de la interrelación entre los empleados públicos y la generación de dinámicas de trabajo colaborativo y sinergias".

[6] VILLALBA SÁNCHEZ, A.: "Novas tecnoloxías e integración da vida persoal, familiar e laboral: unha breve análise do teletraballo na Administración pública galega", *Administración & Ciudadanía,* 2018, volumen 13, pp. 23 y ss.

propio Ministerio como para los empleados públicos participantes en el Plan, se consideró oportuno (como paso previo a una futura regulación legal) extender este tipo de experiencias piloto a otros Departamentos ministeriales. En este sentido, se aprobó la ya citada Orden APU 2006, que incluye la finalidad de la conciliación como una nota caracterizadora del teletrabajo en su propia definición del apartado primero; por cierto, desde esta perspectiva, se entiende lógico el que el lugar de trabajo se redujese al domicilio del trabajador. Posteriormente, este mismo enfoque se mantuvo en el "II Plan para la Igualdad entre mujeres y hombres en la Administración General del Estado y en sus organismos públicos", aprobado por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de noviembre de 2015, cuyo eje 4 establecía, para todo ese sector público, el fomento de medidas transversales relativas al tiempo de trabajo, la conciliación y la corresponsabilidad de la vida personal, familiar y laboral. En particular, se impulsaba el "desarrollo de experiencias de trabajo en red y mediante la utilización de las nuevas tecnologías, con el fin de favorecer la conciliación y una mejor organización y racionalización del tiempo de trabajo". De igual manera, la mayoría de la normativa autonómica dictada en materia de teletrabajo por las Comunidades autónomas durante los últimos años se hace desde esa perspectiva de la conciliación laboral y personal [art. 14.j) EBEP][7].

Ahora bien, resulta curioso comprobar que este enfoque del teletrabajo como medida de conciliación es secundario en la legislación laboral. Aunque hay que admitir que la vinculación de esta nueva forma de trabajar a la conciliación se plasmó en el recientemente reformado art. 34.8 ET, según el que "las personas trabajadoras tienen derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral"[8], este precepto no refleja la situación general del ámbito laboral. En efecto, ni en el anterior art. 13 ET ni en el actual RDLTAD se pronuncian en la misma línea. Es más, durante el proceso de negociación previo a este último texto que el Gobierno sostuvo con los agentes sociales, aquel evitó, en todo momento, vincular el trabajo a distancia y el teletrabajo a la conciliación, con el fin de evitar la elección mayoritaria de las mujeres trabajadoras por esta medida y, consecuentemente, su reclusión en sus domicilios, pues sabido es que estas concilian más que los hombres.

[7] Por ejemplo, art. 13 Orden de 20 de diciembre de 2013 (Galicia), cit. Véase también, la Resolución conjunta de 8 de agosto de 2014, de la Dirección General de Evaluación y Reforma Administrativa y de la Dirección General de la Función Pública, por la que se dictan las instrucciones relativas al desarrollo de la Orden de 20 de diciembre de 2013, por la que se regulan la acreditación, la jornada y el horario de trabajo, la flexibilidad horaria y el teletrabajo de los empleados públicos en el ámbito de la Administración general y del sector público de la Comunidad Autónoma de Galicia (DGG de 18 agosto).

[8] Dicha modificación fue introducida por el RD-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, anticipándose así al contenido de la Directiva 2019/1158 (UE) del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores y por la que se deroga la Directiva UE 2010/18 del Consejo, en la cual se establece un auténtico derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar a través del uso de las formas flexibles de trabajo, incluidas la fórmulas de trabajo a distancia.

Por lo que respecta a los convenios colectivos dictados hasta la aparición del reciente RDLTAD, solo algunos abordan el teletrabajo desde dicha perspectiva de la conciliación[9]. Pues bien, este tradicional enfoque del teletrabajo en el sector público como medida de conciliación puede tener relevancia en relación con el aspecto de la prevención de riesgos laborales, y ser causa de la generalmente poca atención que el legislador administrativo concede a este último. Ciertamente, si se trata el teletrabajo en clave de conciliación en el domicilio particular puede que, *a priori,* preocupen más otros aspectos, como la flexibilidad horaria o la fijación de objetivos de rendimiento laboral y su evaluación, quedando así en un segundo plano los posibles peligros y riesgos del lugar de trabajo, ya conocido y familiar para el trabajador. Con todo, aunque esta pueda ser una explicación para mucha normativa autonómica que guarda silencio sobre la materia de prevención de riesgos laborales, cabe reconocer que no lo fue para el legislador estatal en la ya citada Orden APU 2006, que trata el tema con detalle y acierto en su anexo I, como se verá *infra.*

Sea como fuere, el nuevo art. 47 bis EBEP parece querer dejar de lado la configuración del teletrabajo como una medida de conciliación, pues no se refiere a ello en ningún momento, y centrarse más en su regulación con una nueva manera de prestar servicios en el ámbito público, tal y como hace la normativa laboral. Así, se establece expresamente que, en todo caso, el teletrabajo deberá contribuir a una mejor organización del trabajo a través de la identificación de objetivos y la evaluación de su cumplimiento (núm. 2, párrafo segundo, artículo citado). Al tratarse de una modalidad de trabajo y flexibilización de la organización de carácter estructural para las Administraciones Públicas ha de servir para la mejor consecución de los objetivos de la administración en su servicio a los intereses generales. Como tal, sin perjuicio de su voluntariedad, su utilización deberá venir supeditada a que se garantice la prestación adecuada de los servicios públicos. Desde este nuevo punto de vista, el teletrabajo como forma de organizar el trabajo en el sector público, la política de prevención de riesgos tiene más sentido que nunca.

5. Se suele optar por *un modelo combinado de teletrabajo*. Así, la jornada se reparte en la prestación de servicios a distancia y de modo presencial en el centro de trabajo de la Administracion. Este modelo mixto se consagra ya en la Orden APU 2006 (introducción al anexo I) y se mantiene en el nuevo art. 47.2 bis. EBEP, según el que la prestación del servicio mediante teletrabajo será "compatible con la modalidad presencial", lo que en el sector público parece especialmente importante. Además, esta presencialidad será relevante para poder hacer un mayor seguimiento de los riesgos laborales y, especialmente, mantener el contacto social y evitar la aparición de algunos riesgos psicosociales derivados del aislamiento de la persona. Por su parte, la normativa autonómica también impulsa el modelo del teletrabajo a tiempo parcial. Así, a veces, se prevé un máximo para el trabajo a distancia, por ejemplo, de dos[10] o tres[11] jornadas diarias enteras,

[9] Cfr. art. 39 CC "Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, SA" (RDGT de 31 octubre 2018; BOE de 23 noviembre).
[10] Arts. 1.1 y 4.3 Decreto 77/2020, de 4 agosto (Cataluña), ya citado.

con lo que el resto -tres o dos, según corresponda- deberían ser presenciales en el centro. De hecho, no falta alguna norma que adopta este mismo último enfoque y el mínimo obligatorio lo aplica para el trabajo presencial en el centro, al que se deben dedicar, al menos, uno[12], dos[13] o tres[14] días a la semana. Sea como fuere, lo que pretende el legislador administrativo es el asegurar un tiempo mínimo de trabajo presencial en el centro de la entidad pública (entre dos y tres días), algo siempre importante en este ámbito y bien distinto a lo que sucede en el sector privado. En efecto, el RDLTAD no se preocupa por fijar un mínimo de trabajo presencial, dejando este punto a lo que puedan disponer los convenios y acuerdos colectivos, y solo se centra en fijar el mínimo que determina la regularidad del trabajo a distancia y, con ello, la aplicación de dicha normativa. En todo caso, tanto en el ámbito público como en el privado, suele ser habitual la prohibición de fraccionar la jornada diaria entre trabajo presencial y a distancia.

6. Los teletrabajadores tienen *los mismos derechos que el resto* de los trabajadores presenciales, también en prevención de riesgos laborales. Al igual que sucede en el ámbito privado, el EBEP declara -sucintamente- que el personal que preste sus servicios mediante teletrabajo tendrá los mismos deberes y derechos, individuales y colectivos, que el resto del personal que preste sus servicios en modalidad presencial (salvo aquellos que sean inherentes a la prestación del servicio de manera presencial), incluyendo la normativa de prevención de riesgos laborales que resulte aplicable (art. 47.4 bis). De hecho, la Ley 31/1995, de 8 noviembre, de prevención de riesgos laborales (en adelante, LPRL), se aplica tanto en el ámbito privado como en el público, razón por la cual la Ley no solamente posee "el carácter de legislación laboral, sino que constituye, en sus aspectos fundamentales, norma básica del régimen estatutario de los funcionarios públicos", dictada al amparo del art. 149.1.18.ª Constitución. Esto confirma "la vocación de universalidad de la Ley, en cuanto dirigida a abordar, de manera global y coherente, el conjunto de los problemas derivados de los riesgos relacionados con el trabajo", cualquiera que sea el ámbito en el que este se realice (exposición de motivos, citada Ley). Así, más en concreto, el ámbito de aplicación de la referida Ley incluye tanto a los trabajadores con relación laboral en sentido estricto como al personal civil con relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las Administraciones públicas, salvo algunos colectivos concretos con normativa específica, por ejemplo, policía (art. 3.1).

---

[11] Art. 6 Decreto foral 26/2020, de 4 agosto (Álava), ya citado. También art. 8.2 del anexo al Decreto 92/2012, de 29 mayo, por el que se aprueba el Acuerdo sobre la prestación del servicio en la modalidad no presencial mediante la fórmula del teletrabajo por el personal empleado público de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi y sus Organismos Autónomos (BOPV de 7 junio). En el art. 8.2 del Reglamento regulador sobre teletrabajo del Ayuntamiento de Ávila, núm. 2.699/2016 (BOA de 28 noviembre 2016), los tres días en el domicilio se fijan con carácter mínimo. En igual sentido (tres días mínimo fuera del centro), art. 6.2 Decreto 1/2018, de 10 enero, por el que se regula la prestación del servicio en la modalidad no presencial, mediante la fórmula del teletrabajo, en la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura (DOE de 15 enero).

[12] Art. 15.1 Decreto 16/2018, de 7 junio (Castilla y León), ya citado.

[13] Art. 21.1 Decreto 79/2020, de 16 septiembre (Madrid), cit.

[14] Art. 8.2 Acuerdo de la Diputación de Córdoba núm. 1170/2018, ya citado.

En fin, la precisión de la política de prevención de riesgos laborales a los teletrabajadores del ámbito público corresponde a las normas que, en el futuro, se dicten en desarrollo del EBEP, que serán objeto de negociación colectiva en el sector correspondiente. Mientras estas no se elaboren, el análisis de los elementos principales de esta política preventiva debe hacerse partiendo de la normativa aprobada hasta el momento presente.

III. CONFIGURACIÓN DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN LA NORMATIVA ADMINISTRATIVA

Tras el examen de la normativa administrativa autonómica que vino regulando, hasta el momento presente, el teletrabajo en el sector público, cabe destacar los siguientes rasgos generales en cuanto a la regulación que se hace de la prevención de riesgos laborales en las experiencias de teletrabajo del sector público.

1. En general, esta normativa administrativa autonómica hace referencia a la necesaria *protección de la seguridad y salud laboral del trabajador.* A veces se incluye una simple mención genérica a la cuestión, como, por ejemplo, la que se limita a señalar que, en esta modalidad de prestación de servicios, quedarán garantizadas las condiciones exigidas en materia de prevención de riesgos laborales; pero, en otras ocasiones, se va más allá y se aporta una regulación específica adicional sobre la materia[15] e, incluso, se hace alusión a esta en el propio concepto de teletrabajo, al condicionar esta nueva forma de trabajar no presencial a que sea "compatible con las medidas de prevención de riesgos laborales"[16], lo que refleja su importancia para el legislador autonómico. Esta tradicional atención al tema preventivo quizás venga inspirada, no solo por el hecho de que la LPRL es normativa de aplicación general en el ámbito público, como ya se indicó; sino, también, por lo dispuesto en el art. 13 ET (que ya antes de la reforma de 2012 hacía referencia a la aplicación de la normativa general de prevención de riesgos laborales) y por lo previsto en el anexo I Orden APU 2006, que trata con detalle diversos aspectos y que es seguida en toda la Administración pública.

2. El cumplimiento de los requisitos formales relativos a la prevención de riesgos laborales juega, generalmente, como condición *sine qua non* para el acceso al teletrabajo[17]. Como regla general, la prestación del servicio mediante teletrabajo tiene carácter voluntario para el trabajador[18], cuya

[15] En Galicia, tras la Orden de 20 de diciembre de 2013, se aprobó la Resolución conjunta de 8 de agosto de 2014, ambas ya citadas.

[16] Art. 2 Decreto 79/2020, de 16 septiembre (Madrid), ya citado, y art. 2 Decreto foral 26/2020, de 4 agosto, por el que se aprueba la regulación del teletrabajo en la Administración General de la Diputación Foral de Álava (BOTHA de 24 agosto).

[17] Como excepción, el art. 20.2 Decreto 16/2018, de 7 junio (Castilla y León), cit., prevé que, *"una vez autorizado el teletrabajo,* el servicio de prevención responsable de la evaluación del puesto remitirá al teletrabajador el correspondiente autocuestionario de prevención de riesgos laborales".

[18] En algún texto reciente, ya se prevé la posibilidad de inicio de oficio, a petición del responsable del centro directivo o servicio de prevención por estarse ante situaciones extraordinarias o excepcionales relacionadas con la "necesidad de prevención de riesgos laborales" en el centro presencial, razones

solicitud debe ser expresamente concedida por la autoridad correspondiente. Para ello, aquella debe ir acompañada de la documentación preceptiva, entre la que suele incluirse, en primer lugar, el denominado cuestionario de autoevaluación o autocomprobación de los riesgos laborales, rellenado previamente por el propio trabajador. Ello implica que esa autocomprobación de los riesgos es un requisito vinculante para el acceso al teletrabajo[19], como deriva de lo dispuesto en el art. 16 LPRL, que exige, como primer paso del plan de prevención de riesgos, la evaluación de estos.

En segundo lugar, a veces, también se requiere adjuntar la llamada "Declaración relativa a la información de riesgos laborales en el teletrabajo", que implica el compromiso del interesado de adoptar (de serle concedida la solicitud) las medidas de seguridad y salud que se contienen en el "Manual de información para teletrabajador o teletrabajadora" (disponible en la intranet de la entidad empleadora) y las que, adicionalmente, pueda recomendar el servicio de prevención de riesgos laborales, una vez revisado el cuestionario de autoevaluación[20]. En alguna ocasión, se exige que esa declaración responsable de que se observará la normativa de prevención, así como todas las medidas que se indiquen, se incluya en el plan personal de trabajo, suscrito entre el solicitante y su supervisor[21].

Y, en tercer lugar, no faltan ocasiones en las que se demanda el adjuntar a la solicitud, también, el certificado de haber realizado la formación obligatoria previa en materia preventiva, lo que permite rellenar el cuestionario con garantías de calidad[22], e, incluso, una prueba documental de que ya se han adoptado las medidas aconsejadas por el servicio de prevención, tras el examen del citado cuestionario[23]. Esta normativa autonómica resulta más exigente que otras, pues no basta con aportar un compromiso escrito de que se adoptarán las medidas protectoras en el futuro (concedida la solicitud), sino que hay que acreditar documentalmente que estas ya se han implementado. Para ello, se requiere que, con carácter previo a la autorización de la petición, se envíe (al correo electrónico del servicio de prevención) una fotografía, en formato digital, del espacio de teletrabajo ya acondicionado.

---

de emergencia sanitaria u otras similares. Arts. 8.2 y 14 Decreto 79/2020, de 16 septiembre (Madrid), ya citado.

[19] Art. 17 Decreto 79/2020, de 16 septiembre (Madrid), ya citado.

[20] Así, art. 15.1 Orden de 20 de diciembre de 2013 (Galicia): "en la intranet de la Xunta de Galicia estará disponible el modelo de solicitud de teletrabajo, junto con la relación de documentos que deben ser aportados por la persona interesada para su tramitación", entre ellos, el formulario relativo a la prevención de riesgos laborales. En similar sentido, instrucción quinta de la Resolución conjunta de 8 de agosto de 2014 (Galicia); art. 7.2 Decreto foral 26/2020, de 4 agosto (Álava) y art. 21.2.e) Decreto 16/2018, de 7 junio (Castilla y León), todos citados. A la solicitud de teletrabajo debe acompañarse la "declaración de que se han leído las recomendaciones en materia de prevención de riesgos laborales facilitadas por la Administración y compromiso de que, a la fecha de inicio de la autorización del teletrabajo, en caso de producirse, éstas se cumplirán en la oficina a distancia".

[21] Art. 6.3 Decreto 77/2020, de 4 agosto (Cataluña), ya citado.

[22] Arts. 3.1.e) y 9 Decreto 77/2020, de 4 agosto (Cataluña), cit. Según el art. 11, párrafo sexto, del Reglamento regulador sobre teletrabajo del Ayuntamiento de Ávila, núm. 2.699/2016, ya citado: los empleados públicos que quieran teletrabajar deben acreditar un conocimiento suficiente en materia de prevención de riesgos laborales, ya sea cumplimentando el cuestionario de autocomprobación, ya sea probando que han participado en un curso de formación en la materia en los últimos 5 años.

[23] Art. 13.1 Decreto foral 26/2020, de 4 agosto (Álava), ya citado.

La no colaboración en esta materia por parte del empleado público será causa automática de paralización de la tramitación de la solicitud de teletrabajo[24] o, en su caso, de denegación de esta. Ante la falta de aportación de la documentación en cuestión, se hará un requerimiento a la persona interesada para que subsane tal defecto formal, con la advertencia de que, en caso contrario, se la tendrá por desistida de su solicitud, procediendo al archivo del expediente. En alguna norma autonómica ya se prevé, flexiblemente, que, si en el momento de la solicitud no es posible adjuntar esa documentación, esta se podrá añadir durante su tramitación, pero, en todo caso, antes del inicio del teletrabajo, por lo que, en su caso, la resolución de autorización se tendrá que hacer condicionada a dicha aportación[25].

3. La correcta observancia de los deberes preventivos se configura como requisito preceptivo para *la continuidad* del teletrabajo. La falta de colaboración en este punto por parte del trabajador será causa de suspensión o extinción de la autorización inicialmente concedida para teletrabajar. La suspensión de la autorización se planteará cuando el trabajador no colabore o no observe sus obligaciones en materia preventiva, por ejemplo, adoptando las medidas preventivas que sean indicadas. Cuando el incumplimiento sea grave o reiterado, la autorización del teletrabajo quedará extinguida por resolución motivada de la autoridad competente, volviendo el sujeto al trabajo presencial[26]. Este tratamiento que la normativa administrativa hace respecto de la conducta del trabajador refleja la importancia que concede a la necesaria colaboración de este último en materia preventiva, que, aunque siempre debe existir, en este caso del teletrabajo, esa colaboración e implicación personal tiene una mayor trascendencia que en el trabajo presencial.

4. La normativa administrativa suele destacar el importante papel *del servicio de prevención* en este supuesto de teletrabajo. Ciertamente, este último adquiere, si cabe, un mayor protagonismo que en el trabajo presencial[27], pues dicho órgano deberá tener un contacto continuo y fluido tanto con el teletrabajador como con el equipo que se designe como responsable del teletrabajo, de composición interdisciplinar. Con el primero, para poder asesorarle, formarle y guiarle antes, durante y después de la evaluación de riesgos del lugar de trabajo, haciendo, así, un especial seguimiento del trabajo a distancia desde el punto de vista de la prevención,

---

[24] Art. 14.4. Decreto 1/2018, de 10 enero (Extremadura), ya cit.: la observancia del requisito de que el lugar de trabajo cumpla con la normativa de prevención de riesgos "se acreditará inicialmente, y a los exclusivos efectos de continuar con la tramitación del procedimiento, mediante declaración responsable del empleado público que se hará constar en la propia solicitud". También art. 5.d) Decreto 57/2013, de 12 agosto, por el que se regula la prestación de servicios de los empleados públicos en régimen de teletrabajo en la Administración de Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (BOCM de 16 agosto).

[25] Art. 4.1.d) Decreto 36/2013, de 28 junio, por el que se regula la modalidad de prestación de servicios mediante teletrabajo en la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears (BOIB de 29 junio).

[26] Arts. 8.2, 12 y 13.1.d) Decreto 79/2020, de 16 septiembre (Madrid) y art. 5.4 Decreto 77/2020, de 4 agosto (Cataluña), ya citados.

[27] TORDESILLAS ESCUDERO, E. y DÍAZ MARTÍNEZ, G.: "El teletrabajo en la Administración General del Estado: desafíos, beneficios y oportunidades", *Revista de Trabajo y Seguridad social, CEF,* 2020, núm. 452, p. 243.

y, con el segundo, para asegurarse de que aquel órgano está bien informado sobre la situación real y toma las decisiones correctas. De hecho, suele preverse que, a la hora de controlar el cumplimiento por el teletrabajador de la normativa preventiva, el equipo responsable del teletrabajo cuente con el apoyo y asesoramiento específico del servicio de prevención de riesgos laborales[28].

IV. LA EVALUACIÓN DE RIESGOS EN EL DOMICILIO DEL EMPLEADO PÚBLICO

En el teletrabajo, el lugar de trabajo puede ser el domicilio u otro lugar elegido por el trabajador, aunque generalmente será el domicilio, especialmente cuando también esté presente la finalidad de la conciliación, vinculada, por ejemplo, al cuidado de menores o familiares que habitan en aquel, o se trate de un teletrabajo por causas excepcionales derivado de una situación sanitaria grave que exija reducir el contacto social, como sucede actualmente. En relación con este lugar de trabajo, dos son los puntos básicos de interés: uno, quién ha de hacer la evaluación, y, el otro, cuáles son los aspectos para evaluar.

Para abordar ambos puntos, resulta útil el partir de la Orden APU 2006, pues el anexo I de esta norma ya puso de manifiesto que la realización de la actividad de prevención en el domicilio (evaluación y controles periódicos del lugar de trabajo) no podía entrar en conflicto con el derecho fundamental a la inviolabilidad de aquel, establecido en el art. 18 CE, que, además, garantiza la intimidad personal y familiar en todo ámbito. Así las cosas, el legislador propone dos vías para gestionar la prevención de riesgos en el domicilio (la autoevaluación y la evaluación externa), lo que determina que dos entidades o sujetos distintos queden habilitados legalmente para efectuar la evaluación de riesgos: el propio trabajador y el servicio de prevención[29]. Para la veterana normativa, corresponde al trabajador escoger la opción que más le interese, quedando, por lo tanto, a su libre arbitrio. Sin embargo, las posteriores normas autonómicas han optado, generalmente, por primar la vía de la autoevaluación.

En todo caso, quede claro que estas vías se refieren a la concreta manera de ejecutar –desde un punto de vista fáctico- la evaluación de riesgos en el domicilio del trabajador, pues no cabe olvidar que esta responsabilidad última es de la empresa, tal y como ya indicó el art. 14.1 LPRL. Según este, el derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo implica la existencia de un correlativo deber de la Administración pública de proteger al personal a su servicio frente a los riesgos laborales, lo que supone realizar el plan de prevención de riesgos con todas sus fases y requisitos.

[28] Art. 18.1 Decreto foral 26/2020, de 4 agosto (Álava), ya citado.
[29] Anexo 1, p. 16.

1. Autoevaluación por el empleado público: su necesaria formación por el empleador

En la autoevaluación, el teletrabajador debe autocomprobar su puesto de trabajo y adoptar las medidas de prevención oportunas. El cuestionario de autocomprobación de los riesgos laborales será enviado al trabajador por el servicio de prevención, el cual, además, le prestará asesoramiento durante todo el tiempo que dure la tarea evaluadora, así como con posterioridad, si lo necesitase. Ese listado contiene preguntas concretas sobre determinados aspectos que el citado servicio entiende que son básicos en los puestos típicos de teletrabajo, en los que suele realizarse una actividad laboral de carácter administrativo y con un equipo informático que incluye una pantalla de visualización de datos. Por lo tanto, no se trata de un cuestionario libre, sino dirigido a que el trabajador examine ciertos aspectos, aquellos que el servicio de prevención entiende que son los más relevantes en función de la naturaleza del puesto y las tareas que se van a desarrollar. De esta manera, es como si el citado servicio ya hubiese hecho una evaluación inicial de oficio de los posibles riesgos a evaluar, según la experiencia previa y lo previsto en la normativa específica, como, por ejemplo, la tantas veces citada Orden APU 2006.

De hecho, así se admite por algún experto en materia preventiva respecto de la experiencia evaluadora de alguna comunidad autónoma[30], según el que esa evaluación inicial de riesgos, hecha de oficio por el servicio de prevención, debe ser modulada posteriormente para adaptarse a las circunstancias reales del personal evaluado, tanto de carácter personal como laboral. Así las cosas, para proceder a esa adaptación de la evaluación inicial, en el mencionado caso, el servicio de prevención elaboró dos formularios adicionales y específicos que debían ser rellenados por el teletrabajador. En uno de ellos, el denominado "formulario de determinación del personal especialmente sensible", se planteaban preguntas para averiguar si la persona trabajadora se hallaba en una situación que requería una especial atención preventiva, bien de naturaleza personal *ex* arts. 25 y 26 LPRL (v. gr., embarazo, situación de lactancia, estado biológico o situación transitoria incompatible con determinados puestos, como ser paciente oncológico), bien de naturaleza laboral *ex* arts. 27 y 28 LPRL (por ejemplo, contrato temporal, trabajo nocturno o en régimen de turnos). En el caso de resultado positivo, se dio traslado de la información al servicio médico para que contactase con el empleado, recabase más información y, finalmente, determinase si había que adoptar medidas adicionales, salvaguardando la confidencialidad de los datos personales *ex* art. 22.4 LPRL[31]. En los escasos

[30] ÁLVAREZ VÁZQUEZ, Mª I.: "La prevención de riesgos laborales en los puestos de teletrabajo. Experiencia en la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco", *Revista vasca de gestión de personas y organizaciones públicas,* 2014, núm. 6, p. 85. Esta autora era asesora jurídica del servicio de prevención de la AG y sus OOAA del Departamento de AP y Justicia del Gobierno Vasco y Técnica superior en prevención de riesgos laborales.

[31] "El acceso a la información médica de carácter personal se limitará al personal médico y a las autoridades sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores". No obstante, "el empresario y las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención serán informados de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados, en relación con la

supuestos comunicados, el área médica ya conocía esas circunstancias, y no se acordaron nuevas medidas, lo que revela la importancia de que estos profesionales formen parte o colaboren con el servicio de prevención a efectos de esta actividad preventiva.

El segundo formulario específico, sobre tareas adicionales, pretendía descubrir y evaluar las actividades del puesto que no habían sido tenidas en cuenta en la evaluación inicial realizada por el servicio. En efecto, en ocasiones, dicho personal puede desempeñar tareas que no están incluidas en el listado inicial de tareas probables a desarrollar en el teletrabajo (elaborado por la norma autonómica que regula este último) y, en consecuencia, no han podido ser contempladas por el servicio de oficio, algo que debe corregirse después, pues, en caso contrario, el trabajador presta servicios en un ámbito sin evaluar y potencialmente peligroso. En el caso comentado del País Vasco, las actividades puestas al descubierto eran muy específicas y difícilmente imaginables *a priori,* como, por ejemplo, inspecciones externas en fábricas para controles de procesos industriales, tomas de muestras en torres de refrigeración o supervisión de equipos mineros. Todo ello revela la oportunidad e importancia, a efectos preventivos, de este cuestionario *ad hoc*.

No cabe duda de que la autoevaluación es la opción más garantista con el derecho fundamental a la privacidad e intimidad del empleado público, pues ningún ajeno entra en su domicilio. Ahora bien, tiene el riesgo de la dudosa calidad de la evaluación realizada, por lo que, para poder efectuar tal examen del puesto con garantías de solvencia y competencia profesional (algo esencial, dada la importancia de las decisiones posteriores y posible incidencia en la salud del trabajador), la referida Orden APU 2006 ya prevé que el trabajador sea formado, previamente, a través de un curso impartido por el servicio de prevención.

En dicho curso, este servicio debe, por un lado, *informar* a aquel sobre los posibles riesgos derivados de un puesto de carácter administrativo como el suyo, de la utilización de equipos de trabajo, especialmente de aquellos con pantallas de visualización de datos, así como del medioambiente de trabajo. Y, por otro lado, aquel también debe *formar* al trabajador para que sepa adoptar las medidas preventivas necesarias con el fin de eliminar o reducir los riesgos que derivan de esos puestos de trabajo. Adicionalmente, en dicho curso o al margen de este, también se debe dar información y formación al trabajador sobre diferentes aspectos relacionados con la materia, por ejemplo: los órganos competentes respecto de la prevención de riesgos laborales, en particular el servicio de prevención (estructura y forma de comunicación con el mismo) y el comité de seguridad y salud; la prevención y actuación en caso de incendio; el comportamiento que debe adoptarse ante un accidente de trabajo; los primeros auxilios; el contenido y forma de realizar la vigilancia de la salud y, en fin, -lo más importante en ese momento inicial- la forma correcta de cumplimentar la denominada *lista o cuestionario de autocomprobación*.

---

aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo o con la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención, a fin de que puedan desarrollar correctamente sus funciones en materia preventiva".

Esta formación no solo debe implicar explicaciones orales, sino, también, entrega de documentación de apoyo, como, por ejemplo, el generalmente denominado "manual de prevención de riesgos laborales en los trabajos de oficinas" y trípticos aclaratorios sobre la postura a adoptar en el puesto con pantalla de visualización de datos. Actualmente, cabe pensar en la posibilidad de utilizar recursos multimedia o de internet para trasmitir y formar adecuadamente al trabajador. Para actuar con cierta seguridad, la formación impartida puede incluir una prueba final de control de los conocimientos adquiridos por el trabajador[32]. Y, en caso de ser negativa, adoptar nuevas medidas formativas, pues, a veces, la prevista inicialmente resulta insuficiente (de hecho, la citada Orden se refiere a una breve duración de dos horas). Como se aprecia, el objetivo es que el trabajador esté bien formado para conocer todos los posibles peligros que derivan de su puesto de trabajo y pueda cumplir, con rigor, la tarea de cumplimentación de la ya citada lista de autocomprobación de los riesgos laborales.

De manera similar a lo previsto en la mencionada Orden APU 2006, la normativa autonómica posterior sobre teletrabajo insiste en que la Administración pública debe proporcionar *formación específica* en materia de teletrabajo. Aunque, generalmente, se aportan pocos detalles al respecto, a continuación, se comentan algunos de interés. El punto de partida inicial es el de que la entidad empleadora pública debe dar una formación entendida en sentido amplio, en cuanto a sus diferentes ámbitos: subjetivo, objetivo y temporal, y todo ello de conformidad con lo dispuesto en el art. 19 LPRL.

Por lo que respecta al ámbito subjetivo, resulta claro que la formación debe ir dirigida tanto a los empleados públicos que hayan sido autorizados a prestar servicios en modo de teletrabajo como a aquellos otros que tengan que supervisarlos[33]. La formación de estos últimos es tan importante como la de los primeros, pues ambos grupos deben entender las peculiaridades de esta forma de trabajar, también en materia de prevención de riesgos laborales. En este sentido, desde la perspectiva objetiva, la formación a impartir debe ser lo más extensa posible en su contenido, refiriéndose a diversos aspectos de esta nueva forma de trabajar y su impacto en la seguridad y salud del trabajador, como, por ejemplo, las concretas condiciones del trabajo a distancia (lugar y tiempo de trabajo, relación de trabajo presencial y a distancia, herramientas informáticas a utilizar, gestión

[32] Art. 16.2 anexo al Decreto 92/2012, de 29 mayo (País Vasco): "ese personal deberá acudir a una sesión formativa donde se le indicará cómo debe acondicionar su puesto de trabajo fuera de las dependencias administrativas, así como las nociones necesarias sobre seguridad y ergonomía en los puestos de trabajo con pantallas de visualización de datos. La asistencia a la sesión formativa tendrá carácter obligatorio y las personas empleadas deberán acreditar los conocimientos adquiridos mediante la prueba correspondiente".

[33] Art. 9.1 Decreto 77/2020, de 4 agosto (Cataluña) y art. 17 anexo al Decreto 92/2012, de 29 mayo (País Vasco), ya citados; según el segundo, "tanto las personas que asuman la supervisión de teletrabajadores como el personal teletrabajador recibirán formación acerca de la redacción, gestión y evaluación de objetivos y sobre elaboración de indicadores y resultados esperados". También instrucción octava de la Instrucción de 6 de agosto de 2014, del Director General de la Función Pública y Calidad de los Servicios, para la implantación del programa piloto de la modalidad de teletrabajo en la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón (BOPA de 18 agosto).

por objetivos, evaluación del desempeño). Por supuesto, en especial, la formación también incidirá en los posibles riesgos laborales a detectar y sus medidas de protección, así como otros aspectos relativos al aspecto preventivo: órganos competentes en la materia, procedimiento a seguir y similares. Además, resulta importante que dicha formación sea tanto teórica como práctica[34], pues lo relevante es que el trabajador adquiera las competencias necesarias para poder detectar y protegerse frente a los riesgos laborales que deriven de su puesto de trabajo.

Desde el punto de vista temporal, resulta evidente que la formación debe impartirse inicialmente (para poder realizar el cuestionario), pero ello no debe impedir su continua actualización conforme lo requieran las circunstancias[35], por ejemplo, cuando se altere el lugar, el equipo o la organización del trabajo. Incluso, en algún caso, se prevé que el trabajador entregue, inicialmente, como parte de la documentación requerida para presentar la solicitud, el cuestionario de autoevaluación en los plazos y forma que se indique en la correspondiente convocatoria del servicio de prevención de riesgos laborales, y, después, de ser seleccionado, se le formará en distintas cuestiones, como la de prevención de riesgos laborales[36].

Por último, resulta evidente que dicha formación es responsabilidad de la entidad pública. La entidad formadora debe hallarse cualificada para esta actividad, por lo que, en unas ocasiones, se prevé que sea el servicio de prevención y, en otras, la Escuela de Administración Pública de la comunidad autónoma de que se trate[37]. A su vez, esta formación debe ser a cargo de la entidad pública e impartirse dentro de la jornada de trabajo, y, de no ser posible, debe descontarse de esta el tiempo invertido en recibir aquella. Y ello porque la formación debe ser gratuita para el trabajador, sin que su coste económico o de tiempo pueda recaer, en ningún caso, sobre él *(ex* art. 19 LPRL). Ahora bien, el trabajador también tiene el deber de formarse, por lo que la formación es obligatoria para él, so pena de tener

[34] ÁLVAREZ VÁZQUEZ, Mª I., *op. cit.,* p. 87. Según la autora, en la experiencia vasca, el servicio de prevención tuvo la preocupación especial de que la formación fuese eminentemente práctica, con textos claros y concisos, acompañados de imágenes, de manera que estas permitiesen aprender con rapidez a organizar correctamente el puesto de trabajo. Como resultado de ello, el alumnado se mostró muy participativo en el curso.

[35] Art. 9.1 Decreto 77/2020, de 4 agosto (Cataluña), ya citado.

[36] Art. 8.7 Decreto foral 26/2020, de 4 agosto (Álava) y art. 9.1.a) Decreto 1/2018, de 10 enero (Extremadura), ya cit.

[37] Cfr. art. 9.1 Decreto 77/2020, de 4 agosto (Cataluña); art. 16 Orden de 20 de diciembre de 2013 (Galicia) ("la Escuela Gallega de Administración Pública facilitará al personal empleado público formación relativa a la modalidad de prestación de servicios no presencial, así como en materia de prevención de riesgos laborales"); art. 17 anexo al Decreto 92/2012, de 29 mayo (País Vasco) ("El Instituto Vasco de Administración Pública organizará acciones formativas para el personal al que se le *ha autorizado* la prestación del servicio en la modalidad no presencial relativas al desempeño de esta jornada de trabajo no presencial, sobre protección de la salud y prevención de riesgos laborales en el puesto de trabajo"); art. 12 Decreto 36/2013, de 28 junio (Illes Balears), todos citados. También, art. 19 Decreto 45/2013, de 5 de diciembre, por el que se regula la prestación del servicio en la modalidad no presencial mediante la fórmula del teletrabajo para el personal funcionario y laboral al servicio de la Administración General de la Comunidad Autónoma de La Rioja y sus Organismos Autónomos (BOLR de 13 diciembre).

que aceptar su repercusión negativa sobre la posibilidad de teletrabajar[38] u otras medidas disciplinarias.

2. Evaluación externa por el servicio de prevención

La evaluación externa por el servicio de prevención implica la visita al domicilio del empleado público, con el consiguiente riesgo de vulneración de su privacidad. Así las cosas, se aprecia que la normativa administrativa prefiere, en general, la autoevaluación por aquel a través del rellenado de un cuestionario tipo. Sin embargo, en ocasiones, se prevé la visita del experto al citado lugar de trabajo, pues se entiende que es la forma más eficaz y profesional de realizar la evaluación de riesgos, si bien ello también supone un aumento de la carga de trabajo de este servicio[39].

La evaluación externa puede preverse en dos supuestos diferentes, según exista o no la autoevaluación previa. En el primer caso, el trabajador ha rellenado y enviado el cuestionario al servicio de prevención, según lo demandado por este, pero sucede que la complejidad de aquel o la falta de preparación previa del interesado determinan que los datos aportados sean insuficientes para reflejar, de manera precisa, la situación del puesto, a efectos de la dimensión de los riesgos existentes y las mejores medidas a adoptar. Por ello, el trabajador puede solicitar, *de motu proprio,* que el referido órgano de prevención realice "una inspección domiciliaria, a fin de comprobar las condiciones alegadas en el citado cuestionario"[40]. De entenderse necesaria, tal petición será atendida y la visita se realizará en la fecha convenida por las partes.

Asimismo, puede ser el servicio de prevención el que, con o sin adicional requerimiento para clarificar los datos del cuestionario, decida la realización de la visita al domicilio del trabajador, para analizar la situación directamente[41]. En tal supuesto, "deberá emitirse informe escrito que justifique dicho extremo", que se entregará a la persona trabajadora y a los delegados de prevención[42]. No cabe negar que la redacción de esta reciente norma autonómica (agosto de 2020) parece inspirarse -por su

[38] Art. 18.2 Decreto 45/2013, de 5 de diciembre (La Rioja), ya citado.
[39] TORDESILLAS ESCUDERO, E. y DÍAZ MARTÍNEZ, G., *op. cit.*, p. 244, según estos autores, habría que aumentar el número de efectivos y personal cualificado para que el servicio de prevención pudiese asumir estas tareas con tiempo suficiente.
[40] Art. 11, párrafo séptimo, del Reglamento regulador sobre teletrabajo del Ayuntamiento de Ávila, núm. 2.699/2016, ya citado.
[41] Este parece ser el caso previsto en la instrucción quinta de la Resolución conjunta de 8 de agosto de 2014 (Galicia) ("la Administración pondrá a disposición del personal acogido a esta modalidad de prestación de servicios el 'Manual de prevención de riesgos laborales', que contiene las medidas de evaluación de riesgos que deben ser observadas en todo caso"; a efectos de verificar su cumplimiento, "podrá acordarse una inspección presencial en el domicilio del trabajador o trabajadora, previa autorización de la misma") y art. 11.1 Decreto 1/2018, de 10 enero (Extremadura) (el Servicio de Prevención valorará el entorno en el que la persona teletrabajadora realizará sus funciones en régimen no presencial y emitirá informe sobre las condiciones del mismo. Únicamente será realizada una valoración presencial del citado entorno cuando así lo solicite la persona teletrabajadora o cuando el propio Servicio de Prevención lo considere necesario") y art. 18.4 Decreto 45/2013, de 5 de diciembre (La Rioja), todos ya citados.
[42] Art. 13.2 Decreto foral 26/2020, de 4 agosto (Álava), ya citado.

proximidad temporal y redacción muy similar- en lo dispuesto en el art. 16.2, párrafo segundo, del RDLTAD del sector privado (de septiembre 2020)[43]. Así, por ejemplo, en ninguno de los dos textos se aclara quién debe emitir el informe, que parece que debe ser la entidad empleadora, privada o pública, pues, si después hay que enviarlo a los delegados de prevención, no tiene sentido que un mismo órgano redacte el informe y se lo envíe a sí mismo. Con todo, en el ámbito público, cabe la aclaración de que la autoría del informe debe recaer -siendo más precisos- sobre el servicio de prevención, entendido este como órgano interdisciplinar y de formación plural más amplio que los delegados de prevención, como representantes de los trabajadores especializados en la materia preventiva. Parece claro que el citado informe escrito debe ser detallado en la indicación de las razones objetivas que justifiquen la entrada en el domicilio.

En ambos textos legales, la visita se condiciona al permiso de entrada de la persona trabajadora. Ahora bien, más exacta es la redacción del RDLTAD, pues se refiere a dicha persona en cuanto titular del domicilio en el que se ubica su puesto de trabajo, por lo que, si este fuese una tercera persona física, el permiso debería ser concedido por esta y no por el trabajador. Sin duda, esta es una diferencia relevante, pues lo que hay que proteger es la inviolabilidad del domicilio, y eso corresponde a su titular.

En segundo lugar, la evaluación externa puede plantearse directamente sin autoevaluación previa. En este caso, la iniciativa suele partir del propio trabajador, quien solicita al servicio de prevención la realización de aquella[44]; en ocasiones, la norma administrativa autonómica ofrece a aquel las dos posibilidades para que elija *-ab initio-* la que prefiera[45], como ya se apuntó que hizo la Orden APU 2006. Los motivos parecen relacionarse con la falta de confianza en la capacidad personal para realizar adecuadamente la tarea, en especial cuando la formación previa resulta insuficiente. Respecto de este supuesto, algunas normas autonómicas prevén que "se accederá a esa petición cuando el servicio considere que es necesaria esa presencia domiciliaria", lo que evidencia que aquella no será vinculante para su destinatario (el servicio de prevención) y que la decisión final se adoptará desde un punto de vista restrictivo[46]. Esta reflexión deja clara la cautela con la que la Administración pública actúa al decidir sobre las visitas al domicilio, aun solicitadas previamente por el trabajador afectado. Esta valoración se confirma al exigirse, en todo caso, la previa notificación a aquel del día y hora previstas para la visita, para garantizar el debido respeto a la intimidad de quien teletrabaja.

---

[43] "Cuando la obtención de dicha información exigiera la visita por parte de quien tuviera competencias en materia preventiva" al lugar en el que "se desarrolla el trabajo a distancia, deberá emitirse informe escrito que justifique dicho extremo, que se entregará a la persona trabajadora y a las delegadas y delegados de prevención".

[44] La Orden APU 2006 no clarifica quién toma la iniciativa de la visita, solo se refiere a la actuación 2, en la que el teletrabajador autoriza al Servicio de prevención para que evalúe su puesto de trabajo.

[45] Art. 16.4 anexo al Decreto 92/2012, de 29 mayo (País Vasco): "Igualmente, los teletrabajadores y teletrabajadoras podrán solicitar al Servicio de Prevención el examen del puesto de trabajo en su lugar de teletrabajo"

[46] Art. 13.1 Decreto foral 26/2020, de 4 agosto (Álava). En igual sentido, art. 9.4 Acuerdo de la Diputación de Córdoba núm. 1170/2018, todos ya citados.

Por lo demás, cabe pensar que, también, puede plantearse la visita al domicilio a propuesta del servicio de prevención, aun sin previa solicitud del trabajador, cuando aquel constata, por ejemplo, la ausencia de colaboración o formación por parte de este último. Ahora bien, aun a iniciativa del servicio de prevención, la visita debe ser igualmente autorizada por el titular del domicilio. Desde luego, si, finalmente, el interesado no colabora con la autoevaluación o no acepta la visita, lo que procede es el no conceder el teletrabajo o, en su caso, el proceder a su suspensión o extinción, pues la entidad pública no puede permitir el trabajo a distancia sin control de la prevención de riesgos laborales.

V. ASPECTOS PARA EVALUAR Y POSIBLES RIESGOS LABORALES

Como ya se apuntó, el tradicional problema del teletrabajo en el domicilio del empleado público ha sido el de compatibilizar la adecuada protección frente a los riesgos laborales con la necesaria protección de la intimidad y vida privada del trabajador. En este punto, se valora positivamente alguna normativa autonómica reciente que, a tales efectos, exige a los solicitantes del teletrabajo que destinen "una parte de la vivienda o una habitación a la actividad profesional"[47]. Como ya se apuntó *supra*, esta normativa autonómica de agosto de 2020 parece inspirarse en lo dispuesto en el art. 16.1, párrafo segundo, del RDLTAD del sector privado, según el que "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". Ciertamente, esta delimitación espacial del lugar de trabajo solo tiene ventajas para ambas partes del contrato, pues, a la vez que reduce las distracciones e interferencias externas de otras personas (incluidos los propios convivientes), favorece tanto la concentración y productividad laboral del trabajador como la protección de la privacidad de su hogar; esto último, especialmente en el supuesto de optar por la evaluación externa de los riesgos. De hecho, en este último caso, esa separación de espacios resulta imprescindible, aun sin exigirlo expresamente la normativa correspondiente.

En cuanto a los aspectos para tener en cuenta en la evaluación de riesgos del puesto de trabajo, cabe reparar en tres principales, todos ellos interrelacionados: 1) el lugar de trabajo, en la medida que es un espacio físico o entorno laboral en el que se ubica el puesto de trabajo; 2) el equipo de trabajo completo, y 3) la organización del trabajo[48].

En primer lugar, respecto del lugar o entorno de trabajo, el anexo, punto 2, RD 488/1997, de 14 abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización, detalla distintos elementos para examinar, como el de la dimensión del espacio de trabajo, que debe ser suficiente y estar

[47] Art. 13.1 Decreto foral 26/2020, de 4 agosto (Álava) y art. 16.4 anexo al Decreto 92/2012, de 29 mayo (País Vasco), ya citados.
[48] Cfr. MELLA MÉNDEZ, L.: "La seguridad y salud en el teletrabajo", en el volumen AAVV: *Trabajo a distancia y teletrabajo* (editora Lourdes Mella) (Navarra, 2015), pp. 187 y ss.

acondicionado para que permita cambios de postura y movimientos de trabajo. Asimismo, habrá que reparar en otras condiciones generales del lugar, como la iluminación natural o artificial, el ruido, el calor, las emisiones o radiaciones o, en fin, la humedad, pues todas ellas pueden afectar a la producción de riesgos laborales. En esta misma línea, la Orden APU 2006 se refiere a diversos aspectos preventivos en los trabajos de carácter administrativo, como la ubicación de la mesa o la colación de los diversos elementos (estanterías, archivadores) del espacio de trabajo para que no generen riesgos. En segundo lugar, debe atenderse al equipo de trabajo completo, que incluye el equipo informático con pantalla de visualización de datos, el asiento y la mesa o superficie de trabajo. El referido anexo del RD recién citado da pautas de cómo debe ser la pantalla, el teclado, la mesa y el asiento, así como la interconexión del ordenador con la persona. Asimismo, la citada Orden APU 2006 exige poner especial atención al equipo con pantalla de visualización de datos o la colocación de los diversos elementos del equipo de trabajo. Alguna normativa autonómica se refiere a la necesidad de acreditar que el trabajo se realizará de forma segura, refiriéndose a las "condiciones de iluminación, orientación, mobiliario y equipo disponible"[49]. Y, en tercer lugar, habrá que fijarse en cómo se organiza la actividad laboral en el teletrabajo, en concreto cuál es la distribución entre el trabajo presencial en el centro y el realizado a distancia, así como la carga de trabajo y el necesario respeto de los tiempos de descanso y desconexión fijados legal o convencionalmente.

A todos estos componentes de riesgo se refiere el RDLTAD del ámbito privado, que cabe citar aquí por analogía. Así, según su art. 16.1, tanto la evaluación de riesgos como la planificación de la actividad preventiva deben tener en cuenta los riesgos característicos de esta modalidad de trabajo, "poniendo especial atención en los factores psicosociales, ergonómicos y organizativos". Ciertamente, todos estos son factores importantes que pueden generar riesgos físicos y psicosociales. Por lo que se refiere a los primeros, resulta claro que un lugar de trabajo peligroso puede conllevar **riesgos físicos** que van desde la muerte por accidente (por ejemplo, por un incendio, caída o descarga eléctrica) hasta trastornos musculoesqueléticos derivados de posturas incorrectas, problemas oculares, dolores de cabeza o malestar físico generados por la baja calidad de la pantalla del equipo o la mala iluminación, ventilación o ruidos del lugar de trabajo.

De igual manera, cabe tener en cuenta los cada vez más relevantes r**iesgos psíquicos o psicosociales** que se desencadenan por la interacción de los diferentes elementos citados con la parte subjetiva y emocional de la persona trabajadora[50]. En este punto, cabe referirse a la enfermedad genérica del estrés laboral, que cuando deriva del uso incorrecto del instrumento de trabajo de carácter informático, puede concretarse en dos modalidades específicas, conocidas como el tecnoestrés o la tecnoadicción. En el primer caso, la percepción subjetiva del trabajador respecto del uso del instrumento de trabajo es negativa y, por ello, genera ansiedad y sufrimiento en aquel, que se siente incapaz de manejarlo correctamente. En

[49] Art. 13.1 Decreto foral 26/2020, de 4 agosto (Álava), ya citado.
[50] MELLA MÉNDEZ, L., *op. últ. cit.,* pp. 190 y ss.

el segundo supuesto, la percepción subjetiva de la utilización de la herramienta es positiva, pero en demasía, lo que termina derivando en un uso compulsivo y adictivo del mismo. Además, estas patologías pueden agravarse cuando la organización del trabajo no es la correcta, por ejemplo, por mantener al trabajador aislado o con escaso contacto con el personal de la entidad empleadora o por imponer a aquel una carga de trabajo excesiva. En estas circunstancias, el sujeto puede mostrar problemas psíquicos relacionados con el rendimiento laboral o la identificación con su rol de trabajador de la entidad pública; además, el agotamiento físico y mental puede llevar a la aparición del síndrome del trabajador quemado o a la propia adicción al trabajo, en la que se pierde la noción de la necesaria separación entre los tiempos de trabajo y descanso y se trabaja de manera compulsiva durante largos períodos de tiempo.

Desde este punto de vista, resulta de interés el ya mencionado RD 488/1997, que prevé la necesidad de tener en cuenta "la carga mental" derivada del instrumento informático. Para ello, hay que atender al tiempo promedio de utilización diaria del equipo, el tiempo máximo de atención continuada a la pantalla requerido por la tarea habitual y el grado de atención que esta última exija (art. 3.2). Todo ello habrá de tenerse presente para poder diseñar las medidas de protección y proceder a su implantación en el lugar y puesto de trabajo.

VI. LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN

Tras la evaluación inicial de los riesgos laborales del lugar de trabajo, y en función de los datos obtenidos en el cuestionario (y, en su caso, en otra documentación adicional) o en la visita del experto, el servicio de prevención analizará la situación y decidirá las medidas de protección que procede adoptar para eliminar o reducir aquellos. Así, dicho servicio debe facilitar al empleado público que va a desempeñar el teletrabajo: 1) información sobre **las medidas** que se deben implementar, y 2) indicación de cómo aquel debe acondicionar su puesto de trabajo, proporcionándole, por escrito, instrucciones básicas sobre prevención de riesgos laborales en los puestos con pantallas de visualización de datos, recomendaciones ergonómicas y sobre la organización del trabajo, el diseño del puesto o, en fin, el mantenimiento de hábitos saludables[51]. En ocasiones, se prevé que, de toda esta información, se dará traslado, también, al órgano competente en materia de personal, para que esté al corriente de las gestiones que se realizan en materia preventiva.

De lo recién expuesto, resultan claras dos ideas: la primera, que la tarea autoevaluadora del trabajador -cuando existe- tiene un alcance limitado a la cumplimentación del cuestionario, durante la cual, además, no está solo, sino asesorado por el servicio de prevención; y, a partir de ahí, será este último órgano el que tendrá la competencia exclusiva para decidir las

[51] Art. 17.2 Decreto 79/2020, de 16 septiembre (Madrid) y art. 9.5 Acuerdo de la Diputación de Córdoba núm. 1170/2018, ya citados.

medidas protectoras que se deben adoptar. Ahora bien, la segunda reflexión es la de que, una vez decididas y comunicadas al trabajador las medidas de protección más adecuadas, ya es responsabilidad exclusiva de este el implementarlas correctamente para su propia seguridad[52]. Queda claro que siempre es el titular del centro (en el trabajo presencial, el empleador público) el que asume la responsabilidad de cumplir con la normativa preventiva dentro del mismo, por lo que, de forma análoga, cuando el empleado público decide desarrollar la actividad laboral fuera del ámbito administrativo y sitúa el lugar de trabajo en su domicilio asume la responsabilidad de aplicar la legislación de prevención de riesgos laborales con relación a su propio puesto[53]. Si el empleado prestase servicios en un lugar ajeno a su domicilio, dicha responsabilidad en materia preventiva correspondería a su titular o a quien tuviese poder de disposición del mismo. Se estaría, entonces, en un supuesto de necesaria coordinación entre todos los interesados, similar al de coordinación empresarial del art. 24 LPRL[54].

Por cierto, alguna regulación autonómica establece, con claridad, que la Administracion no asumirá "los costes derivados de la adaptación del puesto a la normativa de riesgos laborales"[55]. Con todo, la legalidad de esta declaración resulta discutible, pues si se trata de cambios solicitados por el servicio de prevención, que es necesario adoptar como medida de protección del trabajador, corresponde a la entidad empleadora pública asumir el coste. En este sentido, llama la atención el enfoque restrictivo que esta reciente norma autonómica (agosto 2020) adopta en este punto, máxime cuando la contemporánea norma del sector privado camina en la dirección contraria. En efecto, los arts. 11 y 12 RDLTAD reconocen el derecho del trabajador a que le empresa le facilite los equipos y medios técnicos necesarios para el desarrollo del trabajo [cuyo inventario debe figurar en el acuerdo de trabajo a distancia, y hasta puede incluir "los elementos muebles"; art. 7.a)]; asimismo, se prevé la compensación de los gastos derivados de aquel, si bien será la negociación colectiva la que tendrá que fijar cómo se hará aquella.

Para evitar el aislamiento, que puede ser perjudicial para su rendimiento laboral, a la vez que puede acentuar algunos riesgos psicosociales, como el síndrome del trabajador quemado o la adicción al trabajo, alguna norma autonómica prevé que la persona teletrabajadora debe participar, con regularidad, en las reuniones de información y de trabajo relacionadas con el cumplimiento de su tarea. Además, se podrá acordar la realización de reuniones a distancia, videollamadas o videoconferencias cuando la persona esté teletrabajando[56]. En esta línea, también se pronunció la cláusula novena

[52] Cfr. art. 9.5 Acuerdo de la Diputación de Córdoba núm. 1170/2018; instrucción quinta de la Resolución conjunta de 8 de agosto de 2014 (Galicia); art. 11.2 Decreto 1/2018, de 10 enero (Extremadura) y art. 20.2 Decreto 16/2018, de 7 junio (Castilla y León) ("será responsabilidad del empleado público el cumplimiento de lo declarado en el autocuestionario, así como la adopción de las medidas correctoras que se le propongan), todos citados.
[53] ÁLVAREZ VÁZQUEZ, Mª I., *op. y loc. cit.*
[54] Ibídem, p. 88.
[55] Art. 13.3 Decreto foral 26/2020, de 4 agosto (Álava), ya citado.
[56] Art. 6.3 Decreto foral 26/2020, de 4 agosto (Álava), ya citado.

del AMET, al exigir a la empresa tomar medidas para prevenir el aislamiento del teletrabajador en relación con el resto de la plantilla.

Como medida de control horario, pero también como medida de protección de la salud frente a algunos de los riesgos laborales de carácter psicosocial ya apuntados, derivados de una carga de trabajo excesiva (estrés laboral, síndrome del trabajador quemado o la adicción al trabajo), cabe citar el derecho a la desconexión digital. Como es sabido, dicho derecho se reguló, por primera vez, en nuestro ordenamiento, en el art. 88.3 LO 3/2018, de 5 diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPD), al reconocerse tanto para los trabajadores como los empleados públicos. El fin perseguido es el de garantizar, "fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones", lo que debe regir tanto para el trabajo presencial como para el realizado a distancia, de manera total o parcial. Con posterioridad, el art. 14.j) EBEP también reconoció -aun sucintamente- la desconexión digital como un derecho individual del empleado público, lo que ahora también hace la exposición de motivos, apartado III, del ya citado RD-ley 29/2020. Con todo, llama la atención que el nuevo art. 47.2 bis EBEP guarde silencio sobre este nuevo derecho del empleado público, por lo que habrá que esperar a las futuras normas que se dicten en desarrollo de este Estatuto, que serán objeto de negociación colectiva en el ámbito correspondiente, para ver cuáles son las medidas concretas que la Administración pública adopta para garantizar la efectividad de este derecho.

Como ejemplo, muchas veces, la normativa específica, incluida la autonómica más reciente que ya vino reconocimiento el teletrabajo en el ámbito público, se limitó a prever el derecho a la desconexión de una manera genérica, con una remisión general a lo previsto en la LOPD[57], o, como mucho, se adoptó una perspectiva pasiva, desde el punto de vista del trabajador, esto es, se estableció el derecho de este último a no contestar mensajes o llamadas telefónicas que provengan de la entidad empleadora fuera del horario laboral (bien de trabajo estricto, bien de disponibilidad[58]).

Frente a las recién expuestas, cabe pensar en medidas más efectivas, como la de la prohibición directa de que, desde el ámbito empresarial, se envíen ya esas comunicaciones o tareas laborales al trabajador fuera de su jornada o, incluso, en la implementación de mecanismos electrónicos o digitales que interrumpan, automáticamente, toda comunicación con el empleado público al finalizar su horario de trabajo. Sin duda, estos mecanismos parecen los más efectivos, y se debe apostar por ellos, pues, si se garantiza el cumplimiento estricto de la jornada laboral, sin invasiones injustificadas del trabajo en el tiempo de descanso, y se consigue que este se disfrute de forma íntegra, se está actuando en la dirección correcta para garantizar la salud física y psíquica del trabajador.

[57] Cfr. art. 4.5 Decreto 77/2020, de 4 agosto (Cataluña) y art. 21.3 Decreto 79/2020, de 16 septiembre (Madrid), ya citados.

[58] Art. 4.5. Decreto Foral 26/2020, de 4 agosto (Álava), ya cit.: quienes teletrabajen tienen derecho a no contestar mensajes o llamadas "fuera del horario de permanencia obligatoria, más allá de una hora límite que comuniquen a los responsables de unidad".

VII. VALORACIÓN CONCLUSIVA

Como consecuencia de la importancia que el teletrabajo ha adquirido durante la pandemia, el RD-ley 29/2020 introduce un nuevo artículo 47 bis en el EBEP para regular el teletrabajo en todo el sector público. Esto es especialmente importante en la Administracion General del Estado, que carecía de una regulación general, al contrario de lo que sucedía en las administraciones autonómicas y locales, en las que era más habitual encontrar regulación específica en la materia. El nuevo art. 47 bis EBEP recuerda, un poco, al antiguo art. 13 ET, cuyo contenido también era intencionadamente escaso. Con todo, en ambos casos, el legislador quiere dejar ya clara la igualdad de derechos entre los trabajadores presenciales y los que prestan servicios a distancia (salvo aquellos que sean inherentes a la realización de la prestación del servicio de manera presencial), incluyendo el de la seguridad y salud laboral, lo que supone la aplicación de la normativa general de prevención de riesgos laborales. Ahora bien, esta normativa, pensada para el trabajo presencial, plantea serios problemas de aplicación en el teletrabajo desarrollado en el domicilio del trabajador u otro lugar elegido por él. Para hallar soluciones a aquellos, cabe tener en cuenta la normativa autonómica y local dictada en los últimos años para la implantación del teletrabajo como medida de conciliación de los empleados públicos.

De examen de esta normativa, queda claro que el principal responsable de la prevención de riesgos laborales en el teletrabajo sigue siendo la entidad empleadora. Ahora bien, aun siendo así, cabe reconocer que en el teletrabajo aumenta la responsabilidad del empleado público en esta materia, pues se convierte en un colaborador necesario para la implementación de varias fases de la política preventiva de la entidad. En este sentido, aquel asume un papel clave en la evaluación de riesgos, especialmente al optarse por la vía de la autocomprobación a través de un cuestionario elaborado por el servicio de prevención, así como en la posterior observancia de las medidas de protección que este último considere necesarias. Por cierto, el rol del citado servicio de prevención también será muy importante en esta nueva manera de trabajar a distancia, debiendo adoptar un enfoque especialmente activo y vigilante para asegurar una prestación libre de riesgos.

Como silencios destacados del tratamiento de la materia en la normativa autonómica (que suele contener unas reglas tipo muy generales que se copian de unos textos a otros), pueden mencionarse los relativos a los tipos de riesgos que puede sufrir el trabajador a distancia. En este punto, son de especial trascendencia los de carácter psíquico o psicosocial, relacionados con la enfermedad del estrés laboral, el agotamiento físico y mental y la falta de descanso y desconexión laboral. Asimismo, en caso de fallar las medidas de protección y materializarse el riesgo, pocas referencias se efectúan a la naturaleza laboral o no de la contingencia sufrida y, en especial, a los criterios que permitan declarar la primera y eliminar las dudas

al respecto. Si acaso, alguna normativa administrativa se contenta con señalar que, "a los efectos de contingencias profesionales, será de aplicación la normativa vigente en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales"[59].

Ante esta general y escasa regulación actual del teletrabajo en el ámbito público, y dada su previsible implantación masiva en un futuro inmediato, cabe esperar que las normas que se dicten en desarrollo del nuevo art. 47 bis EBEP, que deben ser objeto de negociación colectiva en el ámbito correspondiente, contemplen soluciones concretas y claras a los grandes problemas aquí expuestos y aporten seguridad jurídica en la materia.

[59] Art. 11, párrafo octavo, del Reglamento regulador sobre teletrabajo del Ayuntamiento de Ávila, núm. 2.699/2016, ya citado. También, art. 20.3 Decreto 16/2018, de 7 junio (Castilla y León), también citado.

PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN LOS PUESTOS DE TELETRABAJO EN EL SECTOR PÚBLICO

Lourdes Mella Méndez

Catedrática de DT y de la SS

Universidad de Santiago de Compostela

- -Sector privado: RD-Ley 28/2020.
- -Sector público: RD-ley 29/2020. Art. 47bis EBEP.
  - Antecedentes: AMET 2020 y Orden APU 2006.
- **CARACTERES GENERALES DEL TELETRABAJO EN EL SECTOR PÚBLICO, RELEVANTES A EFECTOS DE RIESGOS LABORALES**
- -Concepto: fuera de las dependencias AAPP y uso Tics
- -Lugar de trabajo: Orden: domicilio; art. 47 bis EBEP: cualquier lugar externo ("lugares de cotrabajo").
- -Legislador administrativo: solo la especie del "teletrabajo", no trabajo a distancia (trabajador siempre Tics)
- -Nace como "medida de conciliación".
  - Esto en legislación laboral es secundario.
  - ¿Relevancia en el tratamiento de los riesgos?
  - Art. 47bis EBEP nuevo enfoque: nueva manera de prestar servicios.
- -Modelo combinado o mixto

- -Teletrabajadores: mismos derechos laborales que el resto.
- **-Normativa administrativa**: autonómica y local
- -Referencias a la necesaria protección de la seguridad y salud
- -Observancia de requisitos formales relativos a la prevención: requisito *sine qua non* para el acceso al teletrabajo.
  - Cuestionario, declaración responsable, certificar formación previa, acondicionamiento lugar (foto).
  - Continuidad: igual (suspensión y extinción)
- Importancia del papel: servicio de prevención, asesorar dirección
- Trabajador: más responsabilidad: colaborador necesario
- Última responsabilidad: entidad pública

- **AUTOEVALUACIÓN POR EMPLEADO PÚBLICO**
- Respeto a la privacidad e inviolabilidad domicilio (art. 18 CE)
- Listado con preguntas concretas (no libre) relativas a los aspectos más delicados del puesto de que se trate (trabajo administrativo)
- Cuestionarios específicos: tareas adicionales y personal especialmente sensible.
- Problema tradicional: calidad evaluación.
- **Formación previa** es clave: curso (Orden APU 2006)
- Previo; oral y documentación adicional. Apoyo servicio de prevención.
- Normativa autonómica insiste: 3 ámbitos de la formación.
- Subjetivo
- Objetivo
- Temporal
- Derecho y deber del trabajador: gratis y obligatoria

- -EVALUACIÓN EXTERNA
- Con o sin autoevaluación previa.
- Evaluación previa: a solicitud de trabajador o servicio de prevención.
  - Cautela Administración: acceso solo si es necesario.
- -ASPECTOS PARA EVALUAR Y POSIBLES RIESGOS
  - Zona habilitada
- -Lugar o entorno de trabajo
- -Equipo de trabajo completo
- -Organización del trabajo: presencial y a distancia; tiempo de trabajo y descanso.
- Riesgos físicos y psicosociales (estrés laboral: tecnoestrés tecno-adicción. Síndrome del quemado o adicción al trabajo.
- -ADOPCIÓN MEDIDAS DE PROTECCIÓN
- Información, formación, desconexión digital, costes adaptación: entidad pública

¡Muchas gracias por su atención¡

4a sessió

15/12/20

Els efectes dels últims pronunciaments del TJUE sobre les relacions interines en el sector públic.
Ignasi Beltran de Heredia Ruiz, professor agregat de Dret del Treball i de la Seguretat Social de la Universitat Oberta de Catalunya (UOC).

El treball híbrid com a factor de canvi organitzatiu.
Mikel Gorriti Bontigui, responsable de Recursos Humans. Direcció de la Funció Pública del Govern Basc.

Risc greu i eminent i servei públic essencial: una contradicció sense solució?
Miquel Àngel Purcalla Bonilla, professor de Dret del Treball i de la Seguretat Social de la Universitat Autònoma de Barcelona.

Federació de Municipis de Catalunya

Seminari sobre relacions col·lectives

Els efectes dels últims pronunciaments del TJUE sobre les relacions interines en el sector públic

Ignasi Beltran de Heredia Ruiz

Professor Agregat i TU Acreditat

@ibdehere

Universitat Oberta de Catalunya

Esquema expositivo

1. Notas breves: Contenido Directiva 1999/70
2. Recordando el “Trío Sísmico” (y otros precedentes) y nuevas sagas
3. Indefinidos no fijos (“repaso”)
4. Impacto doctrina TJUE en Personal Laboral
5. Impacto doctrina TJUE en Personal administrativo

Directiva 1999/70
Notas breves sobre Cláusulas 4ª y 5ª

Cláusula 4ª Directiva 1999/70

Principio de no discriminación (ap. 1)

"Por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas"

Cláusula 5ª Directiva 1999/70

Medidas contra el abuso en al temporalidad

"cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, introducirán (...) una o varias de las siguientes medidas":

a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales;

b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada;

c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales.

Cuando, a pesar de tales medidas, se haya producido una utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada, **corresponderá a las autoridades nacionales velar por la eficacia práctica del Acuerdo Marco mediante la adopción de medidas que garanticen una sanción adecuada de ese abuso y la eliminación de las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión** (STJUE 8/5/19, *Rossato y Conservatorio di Musica F.A. Bonporti*, C-494/17),

Recordando el “Trío Sísmico” (y otros precedentes) y nuevas sagas

Un repaso al trío "sísmico" + la Nueva Saga

SSTJUE (3) 14/09/2016 (C-596/14); (C-184/15 y C-197/15); y (C-16/15):

- *de Diego Porras 1*
(CL 4ª - No Disc)

- *Martínez Andrés y Castrejana López* (CL 5ª - no abuso)

- *Pérez López*
(CL 5ª - no abuso)

STJUE 19/3/20 (C-103/18 y C-429/18), *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez* (CL 5ª - no abuso)

STJUE (2) 5/6/18, *Grupo Norte Facility* (C574/16) relevo; *Montero Mateos* (C677/16) interino (CL 4ª);

STJUE 21/11/18, *de Diego Porras 2* (C-619/17), interino (CL 4ª y CL 5ª)

- STJUE 25/10/18 (C-331/17), *Sciotto* (CL 5ª), Bailarina de la Ópera romana
- STJUE 11/4/19 (C29/18, C30/18 y C44/18), *Cobra Servicios Auxiliares*, obra y servicio vinculado a contrata (apartado 54!) (CL 4ª);
- ATJUE 19/3/19 (C-239/18), *Sindicato Nacional de CCOO de Galicia*, contrato predoctoral (CL 4ª);
- ATJUE 12/6/19 (C-367/18), *Aragón Carrasco*, personal eventual (CL 4ª y CL 5ª);
- STJUE 22/1/20 (C-177/18), *Baldonedo Martín*, funcionario interino (CL 4ª y CL 5ª)

Origen: D1999/70 & el trío "sísmico"/ *Martínez Andrés y Castrejana López* (CL 5ª - no abuso)

Funcionario interino (arquitecto) y personal estatutario temporal eventual (auxiliar administrativo): relación de servicio extinguida ("origen" de las SSTS\C-A (2) 26/9/18, r1305/17; r785/17)

Primero. En la medida en que (…) no existe ninguna medida equivalente y eficaz de protección respecto del personal que presta servicios en las Administraciones públicas en régimen de Derecho administrativo, **la asimilación de dicho personal con relaciones de servicio de duración determinada a los trabajadores indefinidos no fijos (...) podría ser una medida apta** para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de lo dispuesto en el Acuerdo marco.

Concluyendo que

> "se opone a que una norma nacional (…) sea aplicada (…) de tal modo que, en el supuesto de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, se concede a las personas que han celebrado un contrato de trabajo con la Administración un derecho al mantenimiento de la relación laboral, mientras que, con carácter general, no se reconoce este derecho al personal que presta servicios para dicha Administración en régimen de Derecho administrativo"

(OJO! Comparación entre temporales - en el marco de la CL 5ª)

Origen: D1999/70 & el trío "sísmico"/ *Martínez Andrés y Castrejana López* (CL 5ª - no abuso)

TJUE no está exigiendo (en todo caso) que la readmisión obligatoria "deba ser la única" medida en los casos de extinción previa

Lo relevante es que se prevea "alguna" medida para combatir el abuso, sin concretar cuál

> "la cláusula 5 del Acuerdo marco no se opone, como tal, a que la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada **corra suertes diferentes en un Estado miembro según estos contratos o relaciones hayan sido celebrados con un empleador del sector privado o del sector público**".

Principio de efectividad del Acuerdo Marco

> "se opone a normas procesales nacionales que obligan al trabajador con contrato de duración determinada a ejercitar una nueva acción para que se determine la sanción apropiada cuando una autoridad judicial ha declarado la existencia de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada",

Origen: D1999/70 & el trío "sísmico"/ *Martínez Andrés y Castrejana López* (CL 5ª - no abuso)

STJUE 25/10/18 (C-331/17), *Sciotto* (CL 5ª)

Bailarina de la Ópera romana, contratada de manera temporal y sucesivamente prorrogada durante cinco años. El problema surge porque los trabajadores del sector de las fundaciones líricas y sinfónicas no tienen derecho, incluso en caso de abuso, a la recalificación de sus contratos de trabajo de duración determinada en relación laboral de duración indefinida y tampoco pueden acogerse a otras formas de protección, como la fijación de un límite a la posibilidad de recurrir a los contratos de duración determinada.

La sentencia alerta sobre la posible existencia de "una discriminación entre los trabajadores de duración determinada del citado sector y los trabajadores de duración determinada de los demás sectores"

El Tribunal concluye que la D1999/70 **se opone a que la actividad (artística) en fundaciones líricas y sinfónicas quede al margen de las normas sobre conversión en fijos de los contratos temporales abusivos si no hay otra medida efectiva que sancione tales abusos**.

Origen: D1999/70 & el trío "sísmico"/ *Pérez López* (CL 5ª - no abuso)

Personal estatutario temporal eventual (enfermera): relación de servicio vigente

Primero: se ajusta a la D1999/70 una normativa (art. 9.3 Estatuto Marco) que describe las razones objetivas que justifican la renovación de relaciones temporales.

Segundo: es contrario a la D1999/70 desempeñar de modo permanente y estable funciones de los servicios de salud incluidas en la actividad normal del personal estatutario fijo.

También es contrario a la D1999/70 que la normativa no lo impida.

> no puede admitirse que nombramientos de duración determinada puedan renovarse para desempeñar de modo permanente y estable funciones de los servicios de salud incluidas en la actividad normal del personal estatutario fijo

> no existe ninguna obligación [en la normativa] de crear puestos estructurales que pongan fin al nombramiento del personal estatutario temporal eventual

Cláusula 5ª: otros criterios a tener en consideración: Restricciones presupuestarias no pueden justificar la temporalidad abusiva

***Rodica Popescu* (ATJUE 21/9/16, C-614/15):**

> "aunque las **consideraciones de índole presupuestaria** puedan ser el motivo de las opciones de política social de un Estado miembro e influir sobre la naturaleza o el alcance de las medidas que éste desea adoptar, **no constituyen en sí mismas un objetivo perseguido por esta política y, por lo tanto, no justifican la falta de medidas de prevención de la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo** de duración determinada en el sentido de la cláusula 5, apartado 1"

+ SSTJUE 20/3/03, *Kutz-Bauer* (C-187/00); 26/11/14, *Mascolo y otros* (C-22/13, C-61/13 a C-63/13 y C-418/13).

TSJ\Soc Madrid - CP (CL4) → TJUE Diego P. 1 → TSJ\Soc Madrid 20 días → TS\Soc CP (CL4/5) → TJUE Diego P. 2

Nueva "Saga"

Síntesis "Sagas" (CL 4ª/5ª D1999/70)	*Diego Porras 1* (4ª)	*Montero Mateos/Grupo Norte F.* (4ª)	*Diego Porras 2* (4ª y 5ª)	*Cobra Servicios Auxiliares* (4ª)	*Vernaza Ayovi* (4ª)	Equiparación interinos/temporales vs. fijos (4ª)	*Castrejana/ Martínez; Pérez López; Sciotto; y Rodica Popescu* (5ª) → *Sánchez Ruiz/ Fernández Álvarez* (5ª)
	Indemnización extinción				Art. 96.2 EBEP	Trienios, complementos, incentivos, etc.	
"condición de trabajo"	OK	OK	OK	OK	OK	OK	ATJUE 30/09/20 (C-135/20), *Gondomar*
Comparabilidad de situaciones entre temporales e indefinidos	OK	OK	OK	OK	OK	OK	
Equiparación entre temporales e indefinidos	OK	✗	✗	✗	✗	OK	
Existencia de trato diferenciado injustificado	OK	✗	✗	✗	✗	OK	
		Ap. 64: relación indefinida, si fin imprevisible + duración inusualmente larga (no exige abuso)	Ap. 95: Art. 49.1.c ET: ¿es una medida válida contra el uso abusivo? No, porque persigue un objetivo distinto al de la CL 5ª	Ap. 52 (+STSJ GAL 14/5/19,r3105/17) - Rechazo: SSTS 16/7/20 (r4468/17); 19/3/20 (r4349/17); y 2/4/20 (r4161/17)			
			***Baldonedo Martín* (4ª)**				

STJUE 13/9/07 (C-307/05), *Cerro Alonso*;
STJUE 22/12/10 (C-444/09 y C-456/09), *Gavieiro/Iglesias*;
STJUE 8/9/11 (C-177/10), *Rosado San*tana;
ATJUE 9/2/12 (C-556/11), *Lorenzo Martínez*;
STJUE 9/7/15 (C-177/14), *Regojo Dans;*
ATJUE 21/9/16 (C-631/15), *Álvarez Santirso*;
ATJUE 9/2/17 (C-443/16), *Rodrigo Sanz*;
ATJUE 22/3/18 (C-315/17), *Centeno Meléndez;*
STJUE 20/6/19 (C-72/18), *Ustariz Aróstegui*;
STJUE 8/10/20 (C-644/19), *Universitatea «Lucian Blaga» Sibiu*,
STJUE 21/11/18 (C-245/17), *Viejobueno Ibáñez / Lara González*

(Nueva saga) *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez* - STJUE 19/3/20 (C-103/18 y C-429/18)

Cláusula 5ª: ¿Es aplicable si no hay "sucesión"?

Conclusiones 17/10/19, AG en *Baldonedo Martín* (C-177/18)

un primer o único contrato de trabajo de duración determinada no está incluido en el ámbito de aplicación de la misma (aspecto no abordado en la STJUE 22/1/20 - C-177/18 -, porque no se acredita el carácter «sucesivo» de la relación)

Conclusiones 17/10/19, AG en *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez y otros* (C-103/18 y C-429/18)

«debe rechazarse un enfoque puramente formalista que solo contemple la finalización y la subsiguiente creación de una nueva relación jurídica desde un punto de vista formal para admitir que existen diversos contratos o relaciones laborales sucesivos».

“Disparidad” de criterios AG

(Nueva saga) *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez* - STJUE 19/3/20 (C-103/18 y C-429/18)

Cláusula 5ª: ¿Es aplicable si no hay "sucesión"?

STJUE 22/1/20 (C-177/18), *Baldonedo Martín*: aplica *de Diego Porras 2*

Los funcionarios interinos no reciben un trato menos favorable que los funcionarios de carrera ni se ven privados de un derecho que se confiera a estos, ya que ni los funcionarios interinos ni los funcionarios de carrera perciben la indemnización reclamada por la Sra. Baldonedo Martín.

Por consiguiente, la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco

> «no se opone a una normativa nacional que no prevé el pago de indemnización alguna por extinción de la relación de servicio ni a los funcionarios interinos ni a los funcionarios de carrera»

el hecho de que no se haya acreditado el carácter «sucesivo» de la relación «impide» que el TJUE valore la propuesta del órgano remitente de exigir la indemnización del art. 56.1 ET a cese de funcionario interno (como a los “fijos” laborales)

(Nueva saga) *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez* - STJUE 19/3/20 (C-103/18 y C-429/18)

Cláusula 5ª: ¿Es aplicable si no hay "sucesión"?

Primero: Es posible aplicar la cláusula 5ª en situaciones en las que no se produzca una “sucesión”.

«**considerar que no existen sucesivas relaciones laborales de duración determinada (…), por la única razón de que el empleado afectado, aun cuando haya sido objeto de varios nombramientos, ha ocupado de manera ininterrumpida el mismo puesto de trabajo durante varios años y ha ejercido, de manera constante y continuada, las mismas funciones**, **mientras que el mantenimiento de modo permanente** de dicho trabajador en una plaza vacante sobre la base de una relación de servicio de duración determinada **se debe al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar en el plazo previsto un proceso selectivo** al objeto de cubrir definitivamente esa plaza vacante y, por ello, **su relación de servicio ha sido renovada implícitamente de año en año**, **puede comprometer el objeto, la finalidad y el efecto útil del mencionado Acuerdo**.

«**una definición tan restrictiva del concepto de «sucesivas relaciones laborales de duración determinada**» permitiría emplear a trabajadores de forma precaria durante años (…)», y también tendría como efecto «excluir, en la práctica, un gran número de relaciones laborales de duración determinada de la protección de los trabajadores perseguida por la Directiva 1999/70 (…) y también permitir la utilización abusiva de tales relaciones por parte de los empresarios para satisfacer necesidades permanentes y estables en materia de personal.»

(Nueva saga) *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez* - STJUE 19/3/20 (C-103/18 y C-429/18)

Segundo (= *Pérez López*): se ajusta a la D1999/70 una normativa (art. 9.3 del Estatuto Marco) que describe las razones objetivas que justifican la renovación de relaciones temporales.

Tercero (= *Pérez López*): es contrario a la D1999/70 desempeñar de modo permanente y estable funciones de los servicios de salud incluidas en la actividad normal del personal estatutario fijo. Y también es contrario a la D1999/70 que la normativa no lo impida.

(Nueva saga) *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez* - STJUE 19/3/20 (C-103/18 y C-429/18)

Cuarto, sobre las medidas para prevenir y sancionar el uso abusivo de la contratación temporal:

1. una valoración previa/general

2. Análisis de adecuación de 3 medidas a CL 5ª

a. organización de procesos selectivos destinados a proveer definitivamente las plazas ocupadas de manera provisional por empleados públicos con relaciones de servicio de duración determinada;

b. la transformación de los empleados públicos a los que se haya nombrado de modo abusivo en el marco de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada en *«indefinidos no fijos»*

c. la concesión de una indemnización equivalente a la abonada en caso de despido improcedente

(Nueva saga) *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez* - STJUE 19/3/20 (C-103/18 y C-429/18)

1. Valoración previa/general

UNO: los Estados miembros, si no tienen medidas equivalentes, respetan el contenido de la Cláusula 5ª si cumplen (a su elección y siempre que no pongan en peligro el efecto útil de la Directiva) **una de las 3** medidas que describe (razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales; duración máxima total de esos sucesivos contratos o relaciones laborales; número de sus renovaciones).

DOS: «la cláusula 5 del Acuerdo Marco **no impone a los Estados miembros una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido** los contratos de trabajo de duración determinada. No obstante, el ordenamiento (…) debe contar con otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada».

> Ap. 130: «de la información facilitada por el juzgado remitente **se desprende con claridad que tal transformación está excluida categóricamente en virtud del Derecho español**, ya que el acceso a la condición de personal estatutario fijo solo es posible a raíz de la superación de un proceso selectivo».

(Nueva saga) *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez* - STJUE 19/3/20 (C-103/18 y C-429/18)

2. Análisis de adecuación de 3 medidas a CL 5ª (1 de 3)

UNO: los procesos de selección que tengan por objeto la provisión definitiva de las plazas son una medida adecuada para evitar que se perpetúe la situación de precariedad de dichos empleados, al garantizar que las plazas que ocupan se cubran rápidamente de manera definitiva, **siempre que se lleven a cabo en los plazos establecidos**. En caso contrario, como sucede en este caso, no seria suficientemente efectiva y disuasoria.

Y lo mismo cabe decir de la DT 4ª EBEP (que prevé la posibilidad de que la Administración lleve a cabo un proceso selectivo de consolidación de empleo a puestos desempeñados interina o temporalmente). Especialmente, porque

> «**solo atribuye una facultad a la Administración, de modo que esta no está obligada a aplicar dicha disposición aun cuando se haya comprobado que recurría de manera abusiva a la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada**».

[Sigue…]

(Nueva saga) *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez* - STJUE 19/3/20 (C-103/18 y C-429/18)

2. Análisis de adecuación de 3 medidas a CL 5ª (1 de 3)

[… sigue del anterior]

UNO:

aunque las personas que han sido nombrados de forma abusiva tengan la oportunidad de intentar acceder a la estabilidad en el empleo**, esto no exime a los Estados miembros del cumplimiento de la obligación de establecer una medida adecuada para sancionar** debidamente la utilización abusiva de sucesivos contratos y relaciones laborales de duración determinada.

Y, además, en el caso de que participen, el resultado de estos procesos es incierto, pues, también están abiertos a los candidatos que no han sido víctimas de tal abuso.

(Nueva saga) *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez* - STJUE 19/3/20 (C-103/18 y C-429/18)

2. Análisis de adecuación de 3 medidas a CL 5ª (2 de 3)

DOS: La transformación en indefinido no fijo tampoco es una medida adecuada, porque

> «se produce sin perjuicio de la posibilidad de que el empleador amortice la plaza o cese al empleado público con nombramiento de duración determinada de que se trate cuando la plaza se cubra por reingreso del funcionario sustituido".

Tampoco garantiza las mismas condiciones que los fijos (a diferencia del sector privado)

(Nueva saga) *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez* - STJUE 19/3/20 (C-103/18 y C-429/18)

2. Análisis de adecuación de 3 medidas a CL 5ª (3 de 3)

TRES: Sobre la concesión de una indemnización equivalente a la abonada en caso de despido improcedente, para que pueda ser calificada como una medida equivalente

> «debe tener específicamente por objeto compensar los efectos de la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada». Y, «es necesario además que la indemnización concedida no solo sea proporcionada, sino también lo bastante efectiva y disuasoria como para garantizar la plena eficacia de dicha cláusula»

De modo que, en la medida en que el Derecho español permita reconocer una indemnización equivalente a la abonada en caso de despido improcedente, corresponde a los juzgados remitentes determinar si tal medida es adecuada para prevenir y, en su caso, sancionar tal abuso.

(Nueva saga) *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez* - STJUE 19/3/20 (C-103/18 y C-429/18)

ATJUE 30/09/20 (C-135/20), *Gondomar*

La D1999/70 no exige conversión contratos temporales en fijos (sigue *Adeneler* y *Sciotto*)

> "si el órgano jurisdiccional remitente considera que no existe ninguna otra medida efectiva en la normativa nacional controvertida en el litigio principal para prevenir y sancionar cualquier análisis de abuso de los trabajadores del sector público, tal situación puede perjudicar el objetivo y la eficacia del artículo 5 del Acuerdo marco y, por tanto, es contraria a dicho artículo.
>
> «el artículo 5 del acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a la legislación de un Estado miembro que prohíbe absolutamente, en el sector público, la conversión de la sucesión de contratos de trabajo de duración determinada en contrato indefinido, siempre que esta normativa no prevea, para dicho sector, otra medida eficaz para evitar y, en su caso, sancionar la celebración abusiva de sucesivos contratos de duración determinada».

¿Cómo lo aplicamos al Personal Laboral/Adm?

TSJ\Soc Madrid - CP (CL4) → TJUE Diego P. 1 → TSJ\Soc Madrid 20 días → TS\Soc CP (CL4/5) → TJUE Diego P. 2

Síntesis "Sagas" (CL 4ª/5ª D1999/70)	*Diego Porras 1* (4ª)	*Montero Mateos/Grupo Norte F.* (4ª)	*Diego Porras 2* (4ª y 5ª)	*Cobra Servicios Auxiliares* (4ª)	*Vernaza Ayovi* (4ª)	Equiparación interinos/temporales vs. fijos (4ª)	*Castrejana/ Martínez; Pérez López; Sciotto; y Rodica Popescu* (5ª) → **Nueva "Saga"** *Sánchez Ruiz/ Fernández Álvarez* (5ª)
	Indemnización extinción				Art. 96.2 EBEP	Trienios, complementos, incentivos, etc.	
"condición de trabajo"	OK	OK	OK	OK	OK	OK	ATJUE 30/09/20 (C-135/20), *Gondomar*
Comparabilidad de situaciones entre temporales e indefinidos	OK	OK	OK	OK	OK	OK	
Equiparación entre temporales e indefinidos	OK	✗	✗	✗	✗	OK	
Existencia de trato diferenciado injustificado	OK	✗	✗	✗	✗	OK	
		Ap. 64: relación indefinida, si fin imprevisible + duración inusualmente larga (no exige abuso)	Ap. 95: Art. 49.1.c ET: ¿es una medida válida contra el uso abusivo? No, porque persigue un objetivo distinto al de la CL 5ª ***Baldonedo Martín* (4ª)**	Ap. 52 (+STSJ GAL 14/5/19,r3105/17) - Rechazo: SSTS 16/7/20 (r4468/17); 19/3/20 (r4349/17); y 2/4/20 (r4161/17)			

STJUE 13/9/07 (C-307/05), *Cerro Alonso*;
STJUE 22/12/10 (C-444/09 y C-456/09), *Gavieiro/Iglesias*;
STJUE 8/9/11 (C-177/10), *Rosado Santana*;
ATJUE 9/2/12 (C-556/11), *Lorenzo Martínez*;
STJUE 9/7/15 (C-177/14), *Regojo Dans*;
ATJUE 21/9/16 (C-631/15), *Álvarez Santirso*;
ATJUE 9/2/17 (C-443/16), *Rodrigo Sanz*;
ATJUE 22/3/18 (C-315/17), *Centeno Meléndez*;
STJUE 20/6/19 (C-72/18), *Ustariz Aróstegui*;
STJUE 8/10/20 (C-644/19), *Universitatea «Lucian Blaga» Sibiu*,
STJUE 21/11/18 (C-245/17), *Viejobueno Ibáñez / Lara González*

Indefinidos no fijos (“repaso”)

¿Qué es un indefinido no fijo (INF)? - TIPOLOGÍA

Dos tipos:

- INF "ab origine" («indefinidos» *ex* arts. 8.2 y 11.1 EBEP — y reservados, aparentemente, para los profesores de religión del sector público)

- INF "sobrevenidos" (el resto los «indefinidos no fijos»):

- contratación temporal ilícita;
- contratación temporal lícita que supere el umbral temporal *ex* art. 15.5 y DA 15.ª ET;
- contratación temporal lícita calificada como "**inusualmente larga**" *ex* ap. 64 *Montero Mateos*,
- cesión ilegal;
- **¿reversión? — a la espera de que se «clarifique» el impacto de los efectos de la doctrina *Correia Moreira***
- INF adscrito a una plaza de funcionario (SSTS 23/3/19, r2123/17; 4/7/19, r2357/18; 16/7/20, r361/18)

INF aplicable a Sociedades mercantiles estatales/autonómicas: STS 18/6/20 (r2811/18), IBANAT; y SSTS 18/6 y 2/7/20 (r2005/18; r1906/18); y 10 y 17/9/20 (r3678/17; r1408/18), AENA.

¿Qué es un indefinido no fijo (INF)? ETAPAS + EXTINCIÓN + INDEMNIZACIÓN

Primera etapa: **SOMETIDOS A CONDICIÓN -** STS 22/5/02 (r2591/01); STS 22/7/13 (r1380/12).

Segunda etapa: **SON TEMPORALES -** STS 24/6/14 (r217/13); STS 8/7/14 (r2693/13): no cabe ”amortización simple”

Tercera etapa: **NO SON TEMPORALES -** STS 28/03/17 (r1664/15)

Ojo STJUE 25/07/18 (C-96/17), *Vernaza Ayovi* (¿aplicación del art. 96.2 EBEP a INF?) - Y antes *Huétor Vega* - ATJUE 11/12/14: **INF SON TEMPORALES!**

Cuarta etapa: **SON TEMPORALES -** STS 2/4/18 (r27/17)

¡OJO! SSTS 11/4/18 (r2581/16); 20/9/2018 (r2494/16); 2/7/20 (r1906/18): **pueden ser FIJOS DISCONTINUOS** ("indefinidos no fijos fijos- discontinuos", esto es, "temporales fijos-discontinuos")

Reconocimiento INF y garantía de indemnidad

SSTS 23/3/19 (r2123/17); y 14/11/19 (r2173/17),

Despido como nulo por vulneración garantía de indemnidad

SSTS 21/4/20 (r4496/17), 19/5/20 (r4496/17), 29/6/20 (r2778/17) y 16/7/20 (r1921/18):

No se vulnera la garantía de indemnidad si, en una sucesión de contratos temporales fraudulentos, se produce el cese en el plazo previsto después de reclamar la condición de INF. El fin de la relación se produjo en la fecha inicialmente convenida, de modo que es

> «totalmente razonable que la Consejería no variara lo que venía siendo su conducta habitual de extinguir los contratos temporales con arreglo las fechas inicialmente establecidas, lo que se había admitido pacíficamente por la demandante. Compartirnos, por tanto, la conclusión que alcanzó la sentencia recurrida, puesto que, frente a la aportación del dato indiciario de la reclamación de la trabajadora, se constata que, con independencia de su licitud – sobre la que ya se pronuncia al declarar la improcedencia del despido-, la decisión extintiva resultaba previsible y tenía enormes índices de probabilidad».

Indemnización INF en extinción por cobertura de plaza

- Cese de indefinido no fijo en plaza funcionarial: cobertura de plaza no describe causa extintiva, si no se acude a resolución por "causas de empresa" (20 días), 33/45 días (SSTS 25/1/18, r3917/15; 23/3/19, r2123/17; y 14/11/19, r2173/17).

- Cese de indefinido no fijo en plaza laboral: 20 días (STS 28/3/19, r997/17; y 28/3/17, r1664/15)

¿Siguen siendo “Temporales”? Entonces, ¿qué pasa con *de Diego Porras 2*?

STSJ Cataluña 14/7/20 (r3413/20): En cobertura reglamentaria de INF, la falta de puesta a disposición de indemnización no provoca improcedencia (no son aplicables las formalidades del art. 53.1.b ET ni sus trámites)

Indemnización & "Montero Mateos": STS 13/3/19 (r3970/16)

Interinos por vacante no comparables a INF

STS 14/5/19 (r4321/17) desestima recurso de casación por falta de contradicción al entender que **un interino por vacante que tiene la condición de INF tiene una naturaleza distinta a un interino por vacante.**

También, SSTS (2) 09/05/19 (r313/18; r4166/17); y 30/5/19 (r46/18); 12, 26 y 27/6/19 (r1315/18; r2/18; r3962/17); 19/9/19 (r3108/17)

Aplicando *de Diego Porras 2*, STS\Soc 13/3/19 (r3970/16), y a diferencia del resto de contratos temporales (12 días), no tienen derecho a indemnización en cobertura reglamentaria de la plaza.

Doctrina ratificada en + de 200 sentencias

¿Cómo lo aplicamos al Personal Laboral/Adm?

TSJ\Soc Madrid - CP (CL4) → TJUE Diego P. 1 → TSJ\Soc Madrid 20 días → TS\Soc CP (CL4/5) → TJUE Diego P. 2

Síntesis "Sagas" (CL 4ª/5ª D1999/70)	*Diego Porras 1* (4ª)	*Montero Mateos/Grupo Norte F.* (4ª)	*Diego Porras 2* (4ª y 5ª)	*Cobra Servicios Auxiliares* (4ª)	*Vernaza Ayovi* (4ª)	Equiparación interinos/temporales vs. fijos (4ª)	*Castrejana/ Martínez; Pérez López; Sciotto; y Rodica Popescu* (5ª) → **Nueva "Saga"** *Sánchez Ruiz/ Fernández Álvarez* (5ª)
	Indemnización extinción				Art. 96.2 EBEP	Trienios, complementos, incentivos, etc.	
"condición de trabajo"	OK	OK	OK	OK	OK	OK	ATJUE 30/09/20 (C-135/20), *Gondomar*
Comparabilidad de situaciones entre temporales e indefinidos	OK	OK	OK	OK	OK	OK	
Equiparación entre temporales e indefinidos	OK	✗	✗	✗	✗	OK	
Existencia de trato diferenciado injustificado	OK	✗	✗	✗	✗	OK	
		Ap. 64: relación indefinida, si fin imprevisible + duración inusualmente larga (no exige abuso)	Ap. 95: Art. 49.1.c ET: ¿es una medida válida contra el uso abusivo? No, porque persigue un objetivo distinto al de la CL 5ª *Baldonedo Martín* (4ª)	Ap. 52 (+STSJ GAL 14/5/19,r3105/17) - Rechazo: SSTS 16/7/20 (r4468/17); 19/3/20 (r4349/17); y 2/4/20 (r4161/17)		STJUE 13/9/07 (C-307/05), *Cerro Alonso*; STJUE 22/12/10 (C-444/09 y C-456/09), *Gavieiro/Iglesias*; STJUE 8/9/11 (C-177/10), *Rosado Santana*; ATJUE 9/2/12 (C-556/11), *Lorenzo Martínez*; STJUE 9/7/15 (C-177/14), *Regojo Dans*; ATJUE 21/9/16 (C-631/15), *Álvarez Santirso*; ATJUE 9/2/17 (C-443/16), *Rodrigo Sanz*; ATJUE 22/3/18 (C-315/17), *Centeno Meléndez*; STJUE 20/6/19 (C-72/18), *Ustariz Aróstegui*; STJUE 8/10/20 (C-644/19), *Universitatea «Lucian Blaga» Sibiu*, STJUE 21/11/18 (C-245/17), *Viejobueno Ibáñez / Lara González*	

+ INF

¡Empieza el "**Rock & Roll**"!

Personal Laboral

Ap. 64 *Montero Mateos*

de Diego Porras 2

Sánchez Ruiz / Fernández Álvarez

Corrección del TJUE "de Diego Porras":
STJUE 5/6/18, *Montero Mateos* (C677/16) interino (CL 4ª)

Ojo Ap. 64 *Montero Mateos* (**¿Nueva saga?**):

> "en el momento en que se celebró su contrato de interinidad, la fecha exacta en que se proveería con carácter definitivo el puesto que ocupaba en virtud de dicho contrato, ni saber que dicho contrato tendría una **duración inusualmente larga**. No es menos cierto que dicho contrato finalizó debido a la desaparición de la causa que había justificado su celebración. Dicho esto, incumbe al juzgado remitente examinar si, **habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como contrato fijo**"

¿Qué es "fin imprevisible"?

¿Qué es "duración inusualmente larga"?

Muy importante: afirmación ap. 64 se sostiene en un caso en el que se cuestiona la aplicación de la CL 4ª (no discriminación) y no la CL 5ª (abuso)

Ap. 64 - no cabe configurarlo como un mero "*obiter dicta*" (VP a STS\Social 4/7/19 (r2357/18)

Ap. 64 *Montero Mateos*

Sobre "finalización imprevisible"

(entre otras posibles interpretaciones): Imposibilidad de “inducir con el nivel mínimo de certeza exigible” la fecha en la que, en el instante de la formalización del contrato de trabajo temporal, podía identificarse el momento de extinción [SSTSJ CyL\Vall 11/6/18 (r833/18); 5/12/18 (r1308/18); 29/10/18 (r1489/18); y (2) 12/7/18 (r1066/17; y r982/18); y Cant 23/11/18 (r641/18)].

Sobre "duración inusualmente larga"

(entre otras posibles – aunque la más generalizada): 3 años (DA 1a Ley 43/2006, art. 15.1.a ET y art. 70.1 EBEP).

Superado el plazo de 3 años la relación deviene INF (SSTS 14/7/14, r1847/13; 15/7/14, r1833/13; y 14/10/14, r711/13) - **¡OJO doctrina revisada!**

STS 24/4/19 (r1001/17) **[distinguir antes/después]**

Ap. 64 *Montero Mateos*

Sobre "duración inusualmente larga": ¿*ad casum*?

TJUE parece enmarcar dicha evaluación respecto de cada situación en concreto, esto es, ***ad casum***.

De modo que, **siempre que se evidencie una permanencia incompatible con la temporalidad propia de la duración determinada, podría declararse la relación como indefinida**.

Por consiguiente, **podrían tenerse en cuenta otras duraciones (superiores o inferiores a los 3 años).**

Ap. 64 *Montero Mateos*

Sobre "duración inusualmente larga": ¿El plazo 3 años es prorrogable/improrrogable? (antes de STS 24/4/19, r1001/17)

– El plazo de 3 años *ex* art. 70.1 EBEP quedaría en suspenso desde 2012 a 2015 (por imposibilidad legal de contratación). Por tanto, no puede calificarse como INF a un interino por vacante formalizado con anterioridad a la entrada en vigor de estas leyes (salvo que ya acumulara 3 años con anterioridad a 2012)

SSTSJ And\Sev 7 y (2) 20/3/19 (r87/17; r597/18; y r711/18); 7 y 14/2/19 (r458/18; y r538/18); 16/1/19 (r3264/17); y 31/10/18 (r3019/17); y Ast 12/3/19 (r19/19)

el plazo del art. 70.1 EBEP opera en situaciones de normalidad pero no en situaciones en las que la posibilidad que asistía a la Administración contratante para la aprobación de la OPE se encontraba limitada por los mandatos imperativos de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para los años 2012, 2013, 2014 y 2015

Si no pueden ser INF y tampoco temporales (porque son "inusualmente largos"), ¿qué son?

– Si se contrata a interino por vacante entre 2012 a 2015 en los que la incorporación no fuera posible (y no concurriera ninguna condición especial), es fraudulento y, por consiguiente, INF.

Ap. 64 *Montero Mateos*

Sobre "duración inusualmente larga": art. 70.1 EBEP y cambio de doctrina STS 24/4/19 (r1001/17)

El art. 70.1 EBEP y el plazo de 3 años que prevé es “intrascendente” para calificar la relación como inusualmente larga (“no puede operar de modo automático”).

“Dicho precepto va referido a la ejecución de la oferta de empleo público" y que "son las circunstancias específicas de cada supuesto las que han de llevar a una concreta conclusión"

SSTS 12/11/19 (r3503/18); 20/11/19 (r2732/18); 3/12/19 (r3107/18); 3/12/19 (r3284/18); 6/2/20 (r2726/18); y 6 y (3) 12/5/20 (r77/18; r1301/18; r515/18; r4718/18); y (6) 9, (11) 10, (4) 11, (2) 12, (6) 15, 16, 23, 24 y 25/6/20 (r4845/18; r5002/18; r3163/18; r3799/18; r4270/18; r326/19; r3550/18; r4724/18; r4455/18; r3706/18; r3551/18; r3491/18; r1274/19; r4271/18; r3869/18; r3545/18; r2088/18; r2277/18; r1235/19; r3199/18; r3709/18; r4267/18; r491/18; r2737/18; r4841/18; r659/19; r3562/18; r3543/18; r5020/18; r3573/18; r1032/19; r2087/18; r1186/18; r94/19); (2) 16 de julio 2020 (r1754/18; r4727/18); 15/9/20 (r3251/18); (2) 1, (3) 2, (9) 6, (5) 7, (2) 8, (3) 14, (2) 19 y 20/10/20 (r946/19; r4663/18; r1354/19; r2137/19; r2578/18; r4360/18; r1177/19; r4495/18; r1432/19; r2983/18; r2590/19; r4426/18; r4318/18; r1381/19; r2932/18; r4645/18; r2734/18; r4855/18; r1690/19; r2968/19; r3380/19; r3790/18; r493/19; r2096/18; r1801/19; r736/19; r700/19; r3/18); y 4/11/20 (r693/19)

Ap. 64 *Montero Mateos*

Sobre "duración inusualmente larga" y abuso

Entre otras, SSTS 22/5/19 (r2469/18); 22/5/19 (r2211/18)

Sobre "duración inusualmente larga" y restricción presupuestaria (¿y *Rodica Popescu*?)

SSTS (2) 11/6/19 (r2610/18; r2180/18); 4/7/19 (r2357/18); 20/11/19 (r2732/18) reiteran que el plazo de 3 años del EBEP no se aplica de forma automática e **inciden en la congelación presupuestaria**

Sobre "duración injustificadamente larga": STS 5/12/19 (r1986/18)

utilizamos expresamente la locución «injustificadamente larga» porque lo realmente determinante de la existencia de una conducta fraudulenta que hubiese de provocar la conversión del contrato temporal en indefinido no es, en modo alguno, que su duración resulte 'inusualmente' larga; sino que la duración del contrato sea 'injustificada' por carecer de soporte legal a la vista de las circunstancias concurrentes en cada caso. Una duración temporal del contrato que no se acomode a lo que resulta habitual puede ser perfectamente legal y estar plenamente fundamentada; sin embargo, cuando esa duración carece de soporte por ser injustificada tendrá como consecuencia que el contrato no pueda ser considerado temporal»

Ap. 64 *Montero Mateos*

Sobre "duración inusualmente larga”: ¿INF o fijo?

- STSJ Galicia 28/6/18 (r1102/18): contrato temporal ilícito = fijo si ha "existido un proceso selectivo" (incluso sin respetar todos los requisitos establecidos en el CCOL)

+SSTJ Galicia 30/4/19 (r4813/18); y 13/5/19 (r280/19); 7/11/19 (r2079/19).

[OJO! STSJ PV 5/6/18 (r1042/18): en reversión pública trabajadores son indefinidos (ni fijos ni INF - C-317/18, *Correia Moreira*]

STSJ Baleares 17/3/20 (r326/19) En cesión ilegal entre fundación pública y ente local no cabe calificar la relación como "INF", sino como "fija" (de otro modo -entiende- supondría vulnerar doctrina TJUE *Correia Moreira*)

- STSJ Galicia 17/6/20 (r9/19): la calificación debe ser INF. No cabe declaración de fijeza si se ha seguido procedimiento selectivo para contratación temporal SSTSJ 30/10/19 (r1710/19); 11/6/20 (r5173/19); y 1/7/20 (r5589/19)

- STSJ Madrid 24/6/20 (r237/2020), en aplicación de *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez* **aplica del art. 15.5. ET a una interina por sustitución** (no acude a ap. 64 *Montero Mateos*)

Ap. 64 *Montero Mateos*

Sobre "duración inusualmente larga”: ¿INF o fijo?

STS 17/9/20 (r154/18)

Un **proceso de selección para ocupar una plaza temporal** en el sector público no cumple con el art. 103.3 CE y no es suficiente para el acceso a la fijeza pretendida (procede la calificación de INF)

STS 30/9/20 (r112/18)

Acceso al empleo público tras la superación de una **entrevista personal no cumple** con los requisitos exigidos constitucionalmente (103 CE) por lo que no cabe reconocer la condición de personal laboral fijo

STS\C-A 14/10/20 (r1342/18)

"la entrevista no es en sí un sistema rechazable en el ámbito de la selección del personal público, y de hecho en nuestro ordenamiento jurídico se conocen diversas manifestaciones del sistema de entrevista en el ámbito de los procesos de selección del personal público. Sin embargo, **no resulta coherente su inserción en la fase de pruebas de evaluación de conocimientos o capacidad, concretamente en la fase de oposición**"

Reacciones Jurisdicción Social a *Sánchez Ruiz / Fernández Álvarez*

- CL 5ª D1999/70 opera cuando ha habido sucesivos nombramientos (al menos dos), sea expresos, sea por tácita reconducción

SSTS 9, (2) 10 y (2) 12/6/20 (r2088/18; r4845/18; r4455/18; r3491/18; y r4841/18):

> «La STJUE aborda el caso entendiendo que ha habido sucesivos nombramientos anuales y destaca que ello colisiona con la Cláusula 5ª del Acuerdo Marco que protege frente al abuso de sucesivos contratos temporales.Pero esa regla solo se aplica si ha habido «sucesivos contratos o relaciones laborales» (ap. 56), aunque sea para ocupar «el mismo puesto de trabajo de modo ininterrumpido durante varios años y ha desempeñado deforma constante y continuada las mismas funciones» (fallo, ap. 1).Tanto en el apartado 64 de la STJUE cuanto en el resto de ellos y en el propio fallo se alude continuadamente a la existencia de sucesivos o varios contratos (al menos dos). Ello, con independencia de que el actor del C-103 haya desempeñado siempre el mismo puesto de trabajo vacante. En los términos del apartado 64 de la sentencia, «conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la cláusula 5, apartado 1, del AcuerdoMarco solo se aplica en el supuesto de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada».
>
> Siguen esta doctrina, SSTSJ Extremadura 22, 23 y (2) 24/7/20 (r198/20; r197/20; r199/20; r196/20);

Reacciones Jurisdicción Social a *Sánchez Ruiz / Fernández Álvarez*

¿Sucesión o no? STS 16/7/20 (r4727/18): no parece exigir la "sucesión" cuando, sintetizando el contenido del caso *Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez*, afirma (el subrayado es mío)

> «ha considerado fraudulento el hecho de que las vacantes se dilaten en el tiempo sin que se provean las correspondientes convocatorias públicas de empleo en plazos razonables. En efecto, esta Sala comparte que debe considerarse fraudulenta una situación en la que un empleado público, nombrado sobre la base de una relación de servicio de duración determinada – hasta que la plaza vacante para la que ha sido nombrado sea provista de forma definitiva -, ocupe, **en el marco de varios nombramientos o durante un período injustificadamente largo**, el mismo puesto de trabajo de modo ininterrumpido durante varios años desempeñando de forma constante y continuada las mismas funciones, cuando tal mantenimiento de esa situación en esa plaza se deba al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar un proceso selectivo al objeto de proveer definitivamente la mencionada vacante».

En términos similares, SSTS (2) 10 y 24/6/20 (r4724/18; r3551/18; r525/18);

Sobre la paralización de convocatorias por restricción presupuestaria y duración inusualmente (o "injustificadamente") larga:

STS 9/6/20 (r2088/18), sin citar la doctrina *Rodica Popescu* o *Mascolo*:

> "Las convocatorias para cubrir las ofertas de empleo quedaron paralizadas por la grave crisis económica que sufrió España en esa época y que dio lugar a numerosas disposiciones que limitaron el gasto público, especialmente - (...) - el RDL 20/2011 (...); la Ley 22/2013 (...) y la Ley 36/2014 (...), que tuvieron incidencia directa en el gasto de personal y ofertas de empleo público, por cuanto prohibieron la incorporación de personal nuevo y las convocatorias de procesos selectivos para cubrir plazas vacantes, aunque fuese de puestos ocupados interinamente y en proceso de consolidación de empleo (artículos 3 RDL 20/2011 y 21 de las Leyes 22/2013 y 36/2014).
>
> Recordemos que esas restrictivas previsiones tienen como uno de sus objetivos cumplir con las exigencias de estabilidad presupuestaria que el Derecho de la UE impone hasta el extremo de haber obligado a una reforma constitucional (art. 135 CE). Y el propio Derecho primario de la UE sienta las bases de esa exigencia en los artículos 121 (supervisión multilateral) y 126 del TFUE (procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo), y en el Protocolo (n.º 12) sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo. Este canon hermenéutico, por tanto, ha de ser especialmente considerado cuando se abordan cuestiones como la presente, donde entran en juego previsiones de Derecho euro comunitario. Si, con ese importantísimo apoyo normativo, no cabía la convocatoria de plazas durante diversos ejercicios y se trata de periodo que afecta al caso, es evidente que no cabe hablar de incumplimiento por parte de la entidad empleadora. No podemos suscribir la tesis de que el art. 70 EBEP queda incólume porque ninguna referencia se contiene al mismo en tales normas de restricción presupuestaria".

- No se produce abuso ni duración inusualmente larga si el concurso queda desierto: STSJ Asturias 28/7/20 (r738/20): interinidad se prolonga desde 2013 (hasta, al menos 2019); CyL\Vall 21/7/20 (r855/20): interinidad desde 2010 a 2019 (produciéndose el cese entonces).

Funcionarios interinos / Personal Eventual

Ap. 64 *Montero Mateos* y
CL 5ª D1999/70

SSTS\C-A (2) 26/9/18 (r1305/17; r785/17), *Martínez Andrés/Castrejana López*

- "**La resolución** que así lo acuerda [cese] carece de la motivación exigible por expresar una causa que a la luz de las actuaciones **no puede tenerse por verdadera o cierta en sentido jurídico**".

- No conversión a INF

- Subsistencia y continuación de tal relación de empleo, con los derechos profesionales y económicos inherentes a ella desde la fecha de efectos de la resolución anulada, hasta que esa Administración cumpla en debida forma lo que ordena el marco normativo (art. 10.1 EBEP; y art. 9.3, último párrafo, Ley 55/2003).

- Derecho a indemnización. Pero el reconocimiento del derecho depende de circunstancias singulares del caso; debe ser hecho en el mismo proceso en que se declara la existencia de la situación de abuso; y debe invocarse en el momento procesal oportuno qué daños y perjuicios.

- El régimen procesal del recurso contencioso-administrativo **respeta principio efectividad**

En JC-A, ¿ap. 64 *Montero Mateos*: duración inusualmente larga?

¿?

Un ejemplo, **STSJ Madrid\C-A 28/6/19 (r138/19):**

> La continuidad temporal ininterrumpida (durante 11 años) de funcionario interino, con el mismo nombramiento, no implica, *per se*, la concurrencia de fraude de ley, si queda acreditada causa legal del cese impugnado
>
> En términos similares, para un único nombramiento durante 12 años: SSTSJ Mad\C-A 2/7/19 (r2071/18); y (2) 11/6/19 (r1476/18; r1606/18); Can\Palmas 21/2/19 (r94/18)

Reacciones a *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez*

- Es exigible la "sucesión" (no basta con una única relación - aunque sea prolongada en el tiempo): SSTS\C-A 28/5/20 (r5801/17); 24/9/20 (r2303/18); (2) 29/10/20 (r1868/18; (r2596/18); y SJC-A/10 Valencia 16/6/20 (n238/20)

STS\C-A 23/11/20 (r5347/18): rechaza el reconocimiento de una indemnización de 20 días por año de servicio con un máximo de 12 meses por cese de una funcionaria interina del Servicio Catalán de Salud (que sí se había reconocido por la STSJ\C-A Cataluña 22/3/18, r220/17). En este caso, <u>se acumulan dos nombramientos</u> (uno breve – de unos meses; y el segundo de 7 años).

«Por tal motivo no concurre el supuesto de 'sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada' que permitiría la aplicación de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco». Entiende que la doctrina de la STS\C-A 28/5/20 es aplicable al caso porque «una primera breve por acumulación de tareas y una segunda prolongada en el tiempo, mas resulta aplicable al no existir elementos para calificar de abusiva la duración de ese segundo periodo como interino».

Reacciones a *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez*

- Eventual cesado, que en realidad era interino, derecho a mantener nombramiento: STS/C-A 28/5/20 (r6161/17)

- Cese funcionario interino (policía) tras 11 años, no cabe indemnización en virtud de Cláusula 4ª D1999/70: STS\C-A 21/7/20 (r102/18)

- Reconocimiento de condición de "empleado público fijo no funcionario de carrera": SJC-A\4 Alicante 8/6/20 (n252/20)

Reacciones a *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez*

- En funcionario no cesado, se reconoce abuso y mantenimiento nombramiento: SJC-A/4 Valladolid 1/10/20 (n111/20): reconoce el abuso; no concede expresamente la fijeza, que no se había pedido; dictamina el derecho a mantener el nombramiento existente.

- Rechazo de la calificación de indefinido no fijo: STSJ\C-A Galicia 15/7/20 (r86/20): añade que "resulta paradójico que la demandante se queje de la provisión interina (12) años después de haber sido nombrada, y tras verse beneficiada por la misma" - en términos similares STSJ\C-A Galicia (2) 15/7/20 (r66/20; 48/20)

- Rechazo Fijeza, pero sí cabe indemnización: STSJ\C-A Aragón 15/6/20 (r187/19) - 33 días por año; y SJC-A/14 Madrid 29/6/20 (p125/17) - no acaba reconociendo indemnización porque no ha sido solicitada.

Reacciones a *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez*

- Rechazo fijeza:

– La SJC-A/1 Vigo 2/6/20 (n106/20) rechaza la existencia de abuso en una relación funcionarial de interinidad durante 8 años (así como la indemnización solicitada).

– La SJC-A/2 Alicante 18/6/20 (n183/20), a partir de las dos sentencias de la Sala 3ª citadas, rechaza el reconocimiento de la condición de fija a una funcionaria interina cuya relación acumula 9 años desde su nombramiento (rechazando que la doctrina Sánchez Ruiz / Fernández Álvarez ampare el reconocimiento de la condición de fijo).

– La SJC-A/3 Murcia 18/6/20 (n94/20) en el caso de una funcionaria interina que acumula un período de 10 años

– La SJC-A/10 Valencia 16/6/20 (n238/20), rechazado (de forma controvertida) la aplicación de la Directiva 1999/70 porque sólo se ha producido un único nombramiento;

– La STSJ\C-A Baleares 10/6/20 (r448/19) rechaza la declaración de fijeza en una sucesión de relaciones temporales (laborales y administrativas) que se ha prolongado desde 1994 hasta 2019.

Reacciones a *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez*

- Rechazo de abuso (1 de 2):

STSJ\C-A And\Mál 30/6/20 (r933/17). La continuidad temporal ininterrumpida en la prestación de servicios durante 24 años, con el mismo nombramiento no implica por sí mismo, la concurrencia de fraude de ley. El que los puestos desempeñados por la actora hayan respondido a una necesidad estructural y por tanto los sucesivos nombramientos tengan un carácter abusivo o fraudulento es algo no acreditado.

STSJ\C-A CyL\Valladolid 18/6/20 (r553/19), en un caso de nombramientos sucesivos durante 30 años de un médico de familia, el tribunal entiende que «la parte actora no ha desvirtuado las causas que motivaron cada uno de los nombramientos, ya que su solicitud de fraude se realiza de manera genérica sin concretar y probar que alguna de las sustituciones o las necesidades a cubrir no concurrían y, por lo tanto, que la Administración ha incurrido en abuso de contratación». Y añade: «La existencia de varios nombramientos no es sinónimo sin más de la existencia de un abuso en la contratación».

En términos similares, STSJ\C-A CyL\Valladolid (2) 12/6/20 (r6/20; r558/19)

Reacciones a *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez*

- Rechazo de abuso (2 de 2):

STSJ\C-A Aragón 16/6/20 (r266/19): no existe abuso en una relación prolongada durante 14 años porque

> «El funcionario interino sabía que su prestación de servicios era por razón de cubrir el puesto en que la titular había sido nombrada para otro en comisión de servicios, lo que podía extenderse en el tiempo, tal como previene el reglamento de provisión de puestos de trabajo, carrera administrativa y promoción profesional delos funcionarios de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón (…) No existe abuso de contratación temporal porque no concurren los supuestos contemplados en la Directiva citada. Se trató de un puesto de trabajo en el que el demandante estuvo varios años, con su aquiescencia, por razones justificadas, y en el que cesó al incorporarse funcionaria de carrera». Entiende también que no se ha producido abuso porque finalmente «la plaza fue cubierta, lo que dio lugar a la toma de posesión de la funcionaria titular, con el necesario cese del interino. Por tanto, no concurre el incumplimiento de su obligación legal a que se refiere la jurisprudencia de la Unión».

Funcionarios interinos / Personal Eventual

CL 4ª D1999/70

Equiparación funcionarios interinos/personal eventual

- la contención presupuestaria no es un elemento objetivo que justifique suficientemente un trato diferenciado en una reducción de jornada impuesta a profesores funcionarios interinos y no a los de carrera – ATJUE 9 de febrero 2017 (C-443/16), *Rodrigo Sanz*; y, rechazando una reducción de jornada distinguiendo entre trabajadores temporales e indefinidos/fijos, STC 22/2018; y STC 71/2016

- trienios – ATJUE 21 de septiembre 2016 (C-631/15), *Álvarez Santirso*; y SSTJUE 22 de diciembre 2010 (C-444/09 y C-456/09), *Gavieiro e Iglesias*; y 13 de septiembre 2007 (C-307/05), *Cerro Alonso*; y trienios para el personal eventual, STJUE 9 de julio de 2015 (C-177/14), *Regojo Dans*.

- complementos retributivos por formación permanente (sexenios) – ATJUE 9 de febrero 2012 (C-556/11), *Lorenzo Martínez*; y STC 232/2015

- incentivos retributivos – ATJUE 21 de septiembre 2016 (C-631/15), *Álvarez Santirso*;

- reconocimiento de servicios previos para el ejercicio del derecho a la promoción interna – STJUE 8 de septiembre 2011 (C-177/10), *Rosado San*tana. La STC 99/2015, no obstante, entiende que este criterio no es aplicable a un proceso de promoción interna en el que la antigüedad como funcionario de carrera se valora como mérito (en aquél lo hacía como requisito de acceso para suplir la falta de titulación);

Equiparación funcionarios interinos/personal eventual

- carrera profesional horizontal a una funcionaria interina de la Universidad Pública de Zaragoza – ATJUE 22 de marzo 2018 (C-315/17), *Centeno Meléndez*. En términos similares, entendiendo que carrera profesional horizontal ha de ser considerada «condiciones de trabajo» a efectos de valorar las diferencias de régimen jurídico aplicables a los funcionarios interinos y al personal laboral no fijo (SSTS\C-A 6 de marzo 2019, r2595/2017; 29 de octubre 2019, núm. 1482/2019); y para el personal estatutario interino de larga duración de los Servicios de Salud (STS 18 de diciembre 2018, r3723/2017); y para el personal de la comunitat valenciana (STS 8 de marzo 2017, r93/2016); y admitiendo a un interino de larga duración a la carrera profesional, pero condicionado a que no haya tenido la oportunidad de presentarse a ningún proceso selectivo durante todo el tiempo en que haya ejercido como tal – SSTS\C-A (2) 25/2/19 (r1805/2017; y r4336/2017). Reconociendo el derecho a la carrera profesional horizontal y al complemento de carrera al personal estatutario del SERMAS, STS 17 de noviembre 2020 (r4641/2018).

- complemento retributivo profesor contratado administrativo (Navarra) – STJUE 20 de junio 2019 (C-72/18), *Ustariz Aróstegui*.

- trienios prestados en régimen de interinidad con efectos retributivos con anterioridad a la entrada en vigor del EBEP – SSTS\C-A 22 de octubre 2012 (r 5303/2011); y 14 de julio 2011 (r15/2010).

Equiparación funcionarios interinos/personal eventual

- STS\C-A 21 de febrero 2019 (r 1805/2017): derecho a la carrera profesional de personal estatutario interino de larga duración (sigue SSTS\C-A 18 de diciembre 2018; 30 de junio 2014, r1846/2013).

- Funcionarios interinos en situación de servicios especiales. Reconocimiento a efectos de concurso-oposición del tiempo desempeñado en dicha situación administrativa – STS\C-A 14 de octubre 2020 (r 6333/2018).

- Reconocimiento excedencia voluntaria – STSJ/C-A Com. Valenciana 16 de septiembre 2020 (núm. 597/2020)

- Reconocimiento del tiempo trabajado a efectos administrativos el periodo de tiempo durante el cual fue llamada para trabajar una mujer de baja por maternidad que estaba incluida en las listas temporales – STSJ\C-A Galicia 8 de mayo 2019 (r 50/2019)

- Reconocimiento del derecho a permuta de puestos de trabajo – STC 149/2017

No Equiparación funcionarios interinos/personal eventual

- en virtud de la STJUE 21 de noviembre 2018 (C-245/17), *Viejobueno Ibáñez / Lara González*, resolviendo una cuestión prejudicial planteada por ATSJ CLM 19 de abril 2017 (r 164/2015), en un caso similar, no es contrario a cláusula 4ª D1999/70 una normativa que permite «a un empleador extinguir, en la fecha en que finaliza el período lectivo, la relación de servicio de duración determinada de los docentes nombrados como funcionarios interinos para un curso académico por el hecho de que, en esa fecha, ya no se dan las razones de necesidad y urgencia a las que se supeditó su nombramiento, mientras que se mantiene la relación de servicio por tiempo indefinido de los docentes que son funcionarios de carrera». Corrigiendo su criterio anterior – STS\C-A 11 de junio 2018 (r 3765/2015), sigue esta doctrina: SSTS\C-A 9 de julio 2019 (r 1930/2017); 16 de julio 2020 (r 793/2018); y 12 de noviembre 2020 (r 6469/2018);

- Y, en virtud de la doctrina *Baldonedo Martín* (sentencia 22 de enero 2020, C-177/18 – siguiendo las tesis de *Montero Mateos*, *Grupo Norte Facility* y *de Diego Porras 2*, entre otras) se ha rechazado que, en el marco de la cláusula 4ª, los funcionarios interinos tengan derecho a la misma indemnización que la prevista para los fijos

- STSJ\C-A CLM 29/03/19 (r11/19) (cuenta con VP, cuestionando que no se formulara CP). En concurso de traslado de fijos, no procede el cómputo de la experiencia como interino (pues, ya se tuvo en cuenta para adquirir esta condición).

CP TSJ Madrid (cuestiona interpretación TS sobre ap. 64 *Montero Mateos*)

Auto 23/9/19:

CUARTA: "*¿Ha de considerarse conforme con la finalidad de la Directiva 1990/70 CE del Consejo, una relación laboral atemporal, cuya duración, conforme a la doctrina Tribunal de Justicia (UE) Gran Sala, S 05-06-2018, n.º C-677/2016, es inusualmente larga y queda enteramente al arbitrio del empleador sin límite ni justificación alguna, sin que el trabajador pueda prever cuando va a ser cesado y que puede dilatarse hasta su jubilación, o ha de entenderse que la misma es abusiva?*"

Integra CL 4ª (no discriminación) y CL 5ª (abuso)

CP JC-A núm. 24 Madrid 24/1/19 (r207/17)

Seminari
sobre relacions
col·lectives

Els efectes dels últims pronunciaments del TJUE sobre les relacions interines en el sector públic

Ignasi Beltran de Heredia Ruiz
Professor Agregat i TU Acreditat
@ibdehere

Universitat Oberta de Catalunya

MOLTES GRÀCIES!

El trabajo híbrido como factor de cambio organizativo

(Desafíos Organizativos y de Recursos Humanos del Teletrabajo)

Autor: **Mikel Gorriti Bontigui.**

Responsable de Recursos Humanos. Dirección de Función Pública

Departamento de Gobernanza Pública y Autogobierno

Gobierno Vasco.

Resumen

El presente trabajo parte de una definición de teletrabajo que reconoce su realidad híbrida con condiciones. Repasa los beneficios y limitaciones de este con relación a variables predicables de las personas y de la organización pública en la que se inserta, destacando la necesaria reflexión sobre el bien hacer y su comprobación. La superación de un concepto anacrónico de la jefatura basado en el presentismo y la necesidad de establecer una comunicación sistemática por parte de la administración basada en las nuevas tecnologías. También la flexibilidad y la confianza con responsabilidad por parte de la persona teletrabajadora. Previene de los conflictos de rol, los peligros del aislamiento y propone soluciones para los mismos. Metodológicamente incide en los criterios y pasos para comprometer actuaciones y establecer la intensidad del teletrabajo. Por último y en relación con los desafíos en materia de recursos humanos, analiza el liderazgo más acorde con esta modalidad de trabajo, la naturaleza de su comunicación, y el perfil de la persona teletrabajadora.

Palabras clave: teletrabajo, conflicto de rol, flexibilidad administrativa, desempeño, productividad, liderazgo, comunicación, perfil.

Sumario: 1. Concepto y definición de Teletrabajo (TT). 2. Beneficios y limitaciones del TT. 2.1. Beneficios para la administración. 2.2. Beneficios para las personas teletrabajadoras. 2.3. Limitaciones para la administración. 2.4. Limitaciones para las personas teletrabajadoras. 3. Desafíos organizativos del TT. 3.1. El TT, la eficacia y la productividad. 3.2. Cómo comprometer actuaciones en tiempo de TT. 3.3. Intensidad del TT. 4. Desafíos del TT para la gestión de recursos humanos. 4.1. El cambio cultural necesario y el liderazgo. 4.2. La comunicación. 4.3. El perfil.

1. Concepto y definición de Teletrabajo (TT)

El concepto de teletrabajo se refiere a aquella actividad laboral que se realiza en el lugar preestablecido de común acuerdo entre la persona teletrabajadora y la administración. Para su posibilidad esta última ha facilitado las herramientas e infraestructura necesarias. Si ellas posibilitan realizar los trabajos comprometidos en cualquier otro lugar fuera de las dependencias de la administración en condiciones equivalentes de disponibilidad, seguridad y confidencialidad, también tendrá la consideración de teletrabajo, siempre y cuando este sea coyuntural o temporal.

Según esto, se considera teletrabajo aquella modalidad de prestación de servicios en la que las personas empleadas públicas desempeñan tareas necesarias para el ejercicio de sus funciones fuera de las dependencias de la administración y mediante el uso de las tecnologías de información y comunicación necesarias para su eficacia, seguridad y confidencialidad.

El TT debe ser siempre una opción de la persona teletrabajadora que se materializa en una solicitud formal que desencadena, necesariamente, un proceso para estimar su posibilidad en relación con variables del puesto de trabajo y de la propia persona teletrabajadora. El teletrabajo es un contexto laboral estable escogido por la persona teletrabajadora. En caso de que coyunturalmente este variara, la persona teletrabajadora será responsable asegurar estas condiciones de idoneidad. Tras estimar estos criterios será la administración la que de modo objetivo y argumentado aprobará o denegará el teletrabajo.

El TT puede generar lo que se conoce como conflictos de rol: no quedar claras las fronteras entre el tiempo trabajo y el de la familia. Este hecho, frecuente, tiene que ver con la propia estructura familiar, la edad de sus miembros y el sexo. Se sabe que las mujeres teletrabajadoras suman a su desempeño laboral labores domésticas y de cuidado cuantitativamente diferentes a las de los hombres. Este hecho, refrendado por la investigación (Schockley, Clark, Dodd y King, 2020), puede matizar la exigencia de horarios monitorizados en caso de establecerse. En general, cualquier monitorización en tiempo de TT debería sustituirse por la comprobación inequívoca de los compromisos de ejecución pactados. Este criterio

exige un cambio de modelo: *de la presencia constatada al desempeño evidenciado*. Este debe ser el criterio principal. La constatación de la presencia por sí sola no garantiza la eficacia de la administración. Aunque es verdad que la conjunción en un mismo lugar de varios trabajadores tiene ventajas evidentes por la coordinación y los intercambios inmediatos que ella permite.

1. Beneficios y limitaciones del TT.

2.1. Beneficios para la Administración.

Se sabe que el TT aumenta la productividad (Baruch, 2000) bien por la flexibilidad horaria o por la no necesidad de trasladarse. Pero uno de los aspectos más importantes para la Administración consiste en que para su implantación es necesaria una reflexión sistemática sobre qué es hacer bien las tareas. Es muy difícil llegar a comprometer actuaciones comprobables sin tener claro a qué conducta laboral nos estamos refiriendo, cuáles son los criterios para calificar su bondad y cuáles son los indicadores que evidencian que así ha ocurrido. Hacer esto es tanto como dibujar un horizonte de eficacia constatable.

El TT también exige una comunicación sistemática entre responsables y personas teletrabajadoras sobre contenidos relevantes de los puestos de trabajo. Conocimiento imprescindible para reconducir situaciones o, por ejemplo, identificar necesidades de formación. Incluso para pensar posibles ajustes organizativo por solapes o desfases. También para basar el reconocimiento en evidencias que asientan comportamientos necesarios, evitan los indeseables y, en definitiva, permiten gestionar la diferencia de los trabajadores, esencia de los RRHH.

El TT exige repensar el liderazgo de los responsables porque ubicar a estos en el compromiso de consensuar ejecuciones relevantes, en la determinación y consenso de sus criterios, de sus indicadores de cumplimiento e impacto, en las fechas de comprobación y argumentación, cara a cara, de los hechos constatados…, todo ello, exige una jefatura hasta ahora no exigida por muchas administraciones. Por ello, así como el análisis del puesto y la evaluación del desempeño son el alfa y el omega del teletrabajo, el liderazgo es su condición de posibilidad.

No cabe duda de que la flexibilidad, la conciliación, la planificación autogestionada, el acuerdo comprometido estable y convocado inequívocamente…, son motivaciones innegables para que las personas teletrabajadoras revaliden sus compromisos con la organización. La legitimidad por el acuerdo y el reconocimiento por el cumplimiento de las tareas comprometidas, son mimbres con los que construir un compromiso con la Administración. Un *quid pro quo* basado en la confianza mutua y en la comunión de misiones. Un contexto que motiva y obligará a muchas organizaciones públicas a repensar su cultura y a diagnosticar el contexto social en el que se ubica.

2.2. Beneficios para las personas teletrabajadoras.

Más allá de las obvias y principales referidas a la necesidad de conciliación por cuidado de menores o dependientes, no tener que desplazarse para ir a trabajar tiene beneficios innegables sobre todo si se vive lejos del lugar de trabajo: atascos o las propias de un transporte público en horas punta. También evitar el estrés generado por relaciones tóxicas en presencia física. La no necesidad de asistir a reuniones interminables e ineficaces que con el TT se demuestra que podrían haber sido un correo (se supone que plataformas como Zoom, Meet, Teams, etc. limitan el estrellato de aquellos con agendas ocultas). Evitar interrupciones constantes fruto de la disponibilidad que genera la presencia. O los compromisos “a salto de mata” que ocurren por el simple hecho de haberte visto. La planificación del tiempo de trabajo en función de la propia circunstancia, idiosincrasia o gustos personales. La liberación de los tiempos fijos establecidos por terceros y no tener que tramitar sus complejas excepciones. La eliminación de ruidos inevitables propios de entornos abiertos donde todo el mundo habla, aunque sea de trabajo. La liberación de rutinas más o menos improductivas por relaciones tradicionales poco atractivas (horas fijas de café a las que si no asistes eres un raro…). Pero, sobre todo, porque saber qué se espera de la persona teletrabajadora y en qué se nota su cumplimiento y su impacto en la organización, le permite legitimarse y tener sensación de valor propio (Fonner y Roloff, 2010).

2.3. Limitaciones para la organización.

La primera es el pensamiento contracultural que el TT exige a aquellas organizaciones que basan su gestión de personal en la presencia constatada y

poseen toda una arquitectura administrativa y normativa para gestionar ausencias. Es un cambio cultural difícil por la sensación de pérdida de control de los empleados públicos. Más ficticia que real porque las posibilidades de absentismo presencial son tantas como las de absentismo en TT. Es más, el TT facilita el uso del tiempo anteriormente contabilizado como ausencia (gestiones familiares, dependencia, incapacidades laborales transitorias leves, etc.) como tiempo real de trabajo mediante la flexibilidad y auto planificación. Esta posibilidad también genera un compromiso de los trabajadores como respuesta a estas facilidades de conciliación y autogestión (Glass y Riley, 1988; Golden, 2006b; Igbaria y Guimares, 1999; Kossek, Lautsch y Eaton, 2006). Pero también es verdad que el TT puede menguar, de alguna manera, el compromiso con la organización. Cuando esto es así, la propia Administración debe actuar facilitando los arreglos necesarios para cada situación. Y que esto se haga desde el conocimiento de cómo operaba la organización antes del TT (Belle, Burkey y Long, 2015).

El TT no puede ser impuesto. Tampoco porque las variables del puesto evidencien su posibilidad. La decisión debe ser el resultado de un proceso racional de comunicación entre la persona que lo solicita y la Administración en función de dichas variables del puesto de trabajo, de variables de la persona y de su contexto. En cualquier caso, siempre es bueno tener elaborado apriori el proceso relativo a las variables del puesto ya que por razones coyunturales puede ser necesario trabajar fuera del lugar de trabajo, como se ha visto en la pandemia del COVID-19.

Otra limitación puede ser el trabajo en equipo. Si como veremos más adelante la intensidad del TT no debe sobrepasar tres días fuera de la oficina, la limitación del trabajo en equipo, cuando este es planificado, puede solventarse estableciendo las reuniones en los días de presencia. Y si por imprevistos son necesarias consultas entre miembros de un equipo, existen plataformas para poder realizar dichas interacciones (Zoom, Teams, Meet, etc.). En cualquier caso, es preferible que las tareas comprometidas en el TT sean lo más autónomas posible y estén bajo el dominio de la persona teletrabajadora.

2.4. Limitaciones para las personas teletrabajadoras.

Las personas teletrabajadoras pueden sufrir los conocidos como conflictos de rol al no tener o no haber establecido claramente las fronteras entre su trabajo y la familia

o el ocio. Es importante ser consciente de este peligro, de sus consecuencias y de las posibles formas de atajarlo. Lo es más si la familia tiene hijos pequeños y la persona teletrabajadora es mujer (65% en el caso de la Administración General del País Vasco en 2020 tras la pandemia del COVID-19). En estos casos es necesario establecer acuerdos en el seno de la propia familia relativos a horarios y roles, y hacerlo antes del inicio del TT. También se deben de contemplar las excepciones posibles a dichos acuerdos por situaciones coyunturales no controlables.

Una de las limitaciones más importantes del TT es el aislamiento. Si no se es consciente de sus riesgos pueden generarse serios problemas para la persona TT y sus expectativas (Baruch y Nicholson, 1997). La ausencia del puesto de trabajo puede generar una pérdida de confianza en las propias capacidades al no ser estas refrendadas por el reconocimiento mediato o inmediato inherente a la presencia, o a los comentarios informales en relación con los desempeños y sus consecuencias. Este contraste es esencial no solo desde el punto de vista de la productividad sino desde el reconocimiento psicológico que ello implica. Las personas encargadas de evaluar o constatar ejecuciones deben ser conscientes de este hecho y asumir que entre sus tareas importantes está dar dicho reconocimiento en la intensidad, frecuencia y forma necesaria para la persona teletrabajadora ya que en esto las personas se diferencian en autoconfianza y estabilidad emocional para soportar la soledad.

La real falta de interacción entre las personas teletrabajadoras, sus jefaturas y los compañeros/as genera una percibida y real falta de oportunidad de promoción (Baruch, 2001; Gibson, Blackwell, Dominicis y Demerath, 2002; Khalifa y Davison, 2000). Este hecho puede exigirle asumir su propia formación solicitando los recursos necesarios y su reconocimiento formal por parte de la Administración. En este sentido la carrera horizontal adquiere importancia como motivación y solución a este problema. La falta de visibilidad es también una pérdida de influencia entre el equipo, falta de oportunidad para compartir conocimiento y alimentar la red profesional. También un sobreesfuerzo para actualizarse en los días de oficina en los que, muchas veces, se constata incomunicación por pérdida de detalles, sobre todo en grupos donde se habla mucho. Si no se actúa, todo ello puede llevar a una pérdida de vinculación con la organización y a crear un sistema defensivo por parte de la persona teletrabajadora circunscrito en exclusiva a las tareas comprometidas

y a su ámbito de reconocimiento doméstico. Controlar la intensidad del TT, la comunicación sistemática entre las personas que forman parte de la unidad organizativa en la que se inserta el TT y una cierta interdependencia de objetivos (no de tareas), son actuaciones preventivas por parte de las jefaturas o direcciones. Una nueva forma de ejercerlas.

Otra limitación inherente a la ausencia y especialmente importante en tiempos de relevo generacional es la dificultad de realizar acciones de gestión del conocimiento, bien sea para extracción de conocimiento en el caso de que la persona teletrabajadora sea experta o bien para participar en procesos de mentoring como persona experta o como novel (Beauregard, Basile y Canónico, 2013). Sobre todo, este último ya que el acompañamiento real es la esencia del mentoring. Aunque también es verdad que la ausencia de la persona experta se puede aprovechar para escenarios reales de ejercicio de las competencias adquiridas de la persona novel en el contexto de trabajo, siempre que esto sea supervisado.

Por último y aunque es idiosincrásico de cada persona teletrabajadora, el hecho de no tener una estructuración del tiempo creada por los horarios de trabajo establecidos (fichajes, etc.) puede generar problemas de adaptación o de mantenimiento de disciplinas necesarias para la productividad. No se debe de confundir flexibilidad de horario con laxitud o ausencia de rutinas. Para la tipología de trabajo que es susceptible de hacerse en TT una estructuración de tiempo estable, la que sea en función de las circunstancias y condiciones de trabajo, es aconsejable no solo por la productividad comentada sino por salud.

2. Desafíos organizativos del TT.

3.1. El TT, la eficacia y la productividad.

La investigación confirma que el 48% de los teletrabajadores afirma que ha aumentado su tiempo de trabajo desde que está en TT (Baruch, 2000). Esto se debe a que la flexibilidad horaria les permite no tener las limitaciones horarias tan establecidas como en la presencialidad, ni sometidas a horarios de transporte o de condicionantes materiales de las oficinas (tiempos de conexión; disponibilidad de aplicativos, etc.). También porque pueden usar sus anteriores tiempos de desplazamiento en tiempo de TT y porque, de alguna manera, se quiere compensar

dicha flexibilidad. Esto implica un aumento del desempeño contextual; aquellas actividades que catalizan el desempeño de tarea favoreciéndolo o dificultándolo (Gajendran, Harrison y Delaney-Klinger, 2015). Se concreta en mayor iniciativa, ayuda compañeros, desempeño más allá del puesto y a una vinculación positiva con la propia organización.

El TT exige un determinado estilo y técnicas de supervisión y comprobación de compromisos necesariamente previos en la pareja teletrabajadora (teletrabajador/a y superior). Y a los jefes un añadido de tareas de monitorización para solventar la ausencia. La principal característica de esta supervisión es la confianza mutua. La del jefe en que los compromisos se cumplirán en las fechas establecidas y la de la persona teletrabajadora en que las razones de bondad o los detalles del compromiso se cumplirán, así como las interacciones necesarias para poder cumplir con ellas y también para evitar los problemas de aislamiento. La pareja teletrabajadora debe convocarse en unas fechas concretas para la comprobación inequívoca de los compromisos adquiridos, bien referidos a productos o a hitos. También cumplir con la comunicación sistemática entre dichas fechas principalmente para intercambios de información o noticias, no tanto para tratar contenidos referidos a los compromisos adquiridos. Este estilo de supervisión y comunicación exigen destrezas que se deben tenerse en cuenta en la formación o selección de los supervisores del TT. No todo el mundo vale para una supervisión sin presencia. El reconocimiento implícito que la interacción en presencia implica es una consciencia difícil para algunos jefes. Los compromisos de ejecución aplazados y la ausencia impiden dicho reconocimiento rico en detalles.

La propia naturaleza de los compromisos constatables, su tangibilidad o evidencia es condición para el éxito del TT y exigencia de su diseño. Objetividad, relevancia, fiabilidad, claridad y evidencia por indicadores son elementos esenciales a la hora de construir compromisos (Turetken, Jain, Quesenberry, Ngwenyama, 2011). Ellos sirven para cualificar las reuniones en las que la pareja teletrabajadora se convoca, impidiendo desengaños, malentendidos, agendas ocultas, posibilitando también la comprobación por parte de terceros. Cumplir con ellos es construir la mutua confianza de la pareja teletrabajadora condición de éxito del TT. La gestión orientada a compromisos de ejecución es un predictor significativo de la satisfacción laboral del TT (Madlock's, 2012). El tiempo de ejecución se matiza por

la perspectiva de esta satisfacción y por la comunicación necesaria. Dichos compromisos de TT también impiden lagunas o tiempos muertos de trabajo típicos de la gestión reactiva “a salto de mata” o de la micro gestión posible en la presencia.

Es evidente que comprometer actuaciones identificando sus criterios de bondad y sus indicadores de cumplimiento e impacto, lleva necesariamente a justificar la presencia en función de la riqueza en la comunicación presencial, la posibilidad de corrección o creatividad ante situaciones no planificadas y el reconocimiento comentado. Presentismo sin compromisos de ejecución es un absurdo que solo sirve para satisfacer trasnochadas formas de supervisión en las que cantidad de personal se asimilaba a categoría de la jefatura. Lo mismo ocurre con los límites formales del presentismo: el control horario. En teoría el tiempo de trabajo es un recurso necesario y por tanto una variable independiente exigida por la dependiente: el desempeño. En la medida que este desempeño se consiga en un tiempo concreto, mayor o menor, un horario establecido no tiene valor por sí mismo. Otra cosa es que las personas se diferencien en cuanto a sus exigencias de tiempo y ello implique modular esta variable en función de capacidades y personalidades. Lo que el TT deja claro es que centrarse en el desempeño exige establecer compromisos ad-hoc a cada persona teletrabajadora en función de los compromisos que la organización tiene. Establecer claramente la relación entre responsabilidad y tarea y, a los superiores, gestionar la diferencia e idiosincrasia de cada persona teletrabajadora. Una nueva forma de mandar que descarta a los idólatras de la presencia y genera muchos problemas para los del café para todos…

3.2. Cómo comprometer actuaciones en tiempo de TT.

Tarea: “Unidad de actividad laboral que produce un resultado real” (Autor, 2013).

Existen diferentes niveles de abstracción en los que se pueden redactar los compromisos de ejecución. Cuanto más abstractos sean, más difícil será crear indicadores para constatar su ejecución. Por ello, a la hora de redactarlos deben tenerse en cuenta los siguientes criterios (Branson, 1981):

- Una tarea es una acción específica que identifica un proceso. No deben ser enunciados generales o de función.

- El enunciado tiene un verbo de acción y un objeto sobre el que se ejerce la acción (p.e.: Elaborar informes de modificación de la relación de pestos de trabajo; Elaborar informes de adscripción; Elaborar temarios de procesos selectivos, etc.).
- Identifica una acción con comienzo y final definidos.
- Es ejecutada en periodos de tiempo relativamente cortos: horas. De aquí debe nacer la frecuencia (cuántas veces en el periodo del teletrabajo). Puede haber informes, estudios o proyectos más largos.
- La tarea es observable: viendo sus resultados se puede concluir que la tarea ha sido ejecutada.
- Una tarea de ser constatable: viendo sus resultados se puede concluir que ha sido bien o mal ejecutada.
- Cada tarea o actividad es independiente de otras acciones y tiene sentido en sí misma.

Como criterio general de redacción, se aconseja que la tarea o actividad finalice con algún producto y sea éste el origen del enunciado[1].

Criterios de ejecución.

En este apartado lo que se diseña por parte de la pareja teletrabajadora son las razones por las que ambas partes acuerdan que la ejecución comprometida está bien hecha. Por ejemplo, si se ha comprometido la realización de un expediente concreto, se debe enunciar la necesidad que satisface: una adscripción; la estructuración de una actividad formativa, su posibilidad; el pago de la nómina; emitir un juicio al siguiente nivel técnico o político; la realización de un estudio; la satisfacción de una petición de un superior con relación a un compromiso de la administración de referencia, etc. Es un apartado difícil que probablemente deba ser revisado una vez que se han comprometido los apartados siguientes. También está muy condicionado por la construcción del enunciado del compromiso de

[1] Cada administración puede establecer los criterios por los cuales se deciden qué puestos son susceptibles de desempeñarse en esta modalidad de teletrabajo. Se aconsejan los siguientes: Tareas autónomas: que no dependan de la ejecución de terceros. Que sea seguras: que no utilicen información sensible o comprometida para la organización. Que pueda accederse desde unidades de red a la que se accede por VPN. En el caso de que utilicen aplicativos se pueda acceder en remoto. Que no sean susceptibles de ser hackeadas. O que el acceso desde fuera o por terceros no sea crítico. Para esto hay que asegurar que no implican riesgos de ciber seguridad. Que toda la información que necesiten sea accesible de modo remoto y/o seguro.

ejecución; de su concreción y acotamiento en un desempeño observable con un producto contrastable.

Indicadores.

Se refiere a aquellas realidades provocadas por las ejecuciones de la persona teletrabajadora. Son efectos de su proceder: en qué puede verse que la actividad comprometida ha realizado y el criterio de ejecución ha sido satisfecho o no. Los indicadores no están bajo el dominio de la persona teletrabajadora porque, como digo, son efectos de su proceder y, normalmente, ocurren trascurrido un tiempo. Existen indicadores de cumplimiento e indicadores de impacto. Los primeros constatan que la tarea se ha realizado, los segundos su efecto en terceros.

3.3. Intensidad del TT.

La intensidad del TT básicamente se refiere al número de días en la oficina y fuera de ella y a ello se suele llegar bien porque existe una ratio oficial establecida por la organización, o por acercamientos “a ojo” y consenso de la pareja TT. Sin embargo, la intensidad debe establecerse mediante la estimación de la frecuencia posible de los compromisos, por su duración, y teniendo en cuenta el resto de las actividades comprometidas. La frecuencia consiste en la estimación del número de veces que la actividad se va a realizar en el tiempo de teletrabajo. Son repeticiones de la misma actividad no de otras actividades. Es posible que en este punto sea necesario modificar el enunciado de las actividades comprometidas ya que la estimación de la frecuencia aconseja una nueva redacción. No pasa nada, es una prueba de validez de la redacción del propio enunciado.

Otro elemento temporal importante para comprometer son *los hitos*. Son fechas acordadas por la pareja teletrabajadora para chequear el desarrollo de las actividades y poder realizar acciones correctoras y motivadoras. En un periodo de 6 meses es un clásico revisar actuaciones a los tres meses. No es una entrevista de evaluación sino de seguimiento. Pueden establecerse por plazos, fases importantes de la ejecución o por decisiones trascendentes que afecten a la ejecución comprometida y que requieren cierta supervisión o decisión conjunta de la pareja teletrabajadora.

Otro elemento necesario es acordar la fecha de finalización de la ejecución comprometida. No necesariamente tiene que coincidir con el tiempo de teletrabajo, pero sí con la frecuencia de las ejecuciones. En la medida que algunas acaben sin haber finalizado el tiempo de TT, deberán ser reemplazadas por otras hasta la finalización de éste cuando la ratio ha sido oficialmente establecida. Frecuencia y duración de las ejecuciones son las premisas necesarias para poder decidir el tiempo semanal de teletrabajo, el tiempo total del mismo y consecuentemente la ratio de tiempo en la oficina y fuera de ella.

La investigación demuestra que existe un umbral de intensidad del TT a partir del cual ya no se producen resultados positivos. Golden y Veiga's (2005) en un estudio con 321 teletrabajadores en puestos de alta complejidad encontraron una relación curvilínea entre ratios de TT y satisfacción laboral dándose la mayor satisfacción en niveles moderados de intensidad y bajando esta cuando se alargaba, básicamente por el efecto de soledad o aislamiento comentado y sus consiguientes pérdidas de eficacia y efectos psicológicos. Lo que sí parece quedar claro es que no es bueno que todo el tiempo se esté en TT (Pyöriä, 2011) aunque es verdad que, si esto ocurre por alguna razón organizativa o extrema, las personas teletrabajadoras terminan adaptándose (Gajendran & Harrison, 2007).

La ratio 3/2 (tres en casa, dos en la oficina) la literatura la considera intensa y el umbral que no debe sobrepasarse para no generar los problemas comentados de aislamiento, falta de reconocimiento, visibilidad y limitaciones de carrera y formación (Golden, 2012; Golden y Veiga's, 2005; Hartig, Kylin, y Johansson, G., 2007). La intensidad del TT también afecta al compromiso con la organización siendo este mayor cuando es moderada debido a las mayores posibilidades de feed-back y de soporte social, y a una menor posibilidad del conflicto de rol (fronteras entre la vida laboral y la familiar).

Por último, de las distintas posibilidades de relación jefe/subordinado con relación a que ambos teletrabajen o no, la investigación demuestra la peor posibilidad se da cuando el jefe está en TT y el subordinado en la oficina, debido a un posible exceso de demanda e interacción por parte de la jefatura (Golden, 2011). La mejor posibilidad se da cuando tanto jefe como subordinados están ambos en TT debido a que es cuando más feed-back ocurre, cuando hay más posibilidades desarrollo.

La clásica relación jefe en la oficina y subordinado teletrabajando depende de la calidad y viabilidad de los compromisos acordados, de la comunicación sistemática y de los esfuerzos de la jefatura por cumplir con ambos.

3. Desafíos del TT para la Gestión de Recursos Humanos.

4.1. El cambio cultural necesario y el liderazgo.

Parece bastante claro que la llegada del TT a muchas organizaciones públicas sin la urgencia de la pandemia fue, en muchos casos, una alternativa al modelo anterior sin la revisión en profundidad que el TT exige. Así, muchas organizaciones públicas fueron tentadas por empresas privadas para monitorizar el tiempo de trabajo real de las personas teletrabajadoras bien por horas de conexión o, incluso, por movimientos del ratón o páginas visitadas. Otras establecieron horarios a la baja para los trabajadores remotos en vez de mantener el horario establecido en los correspondientes convenios (prácticas recurridas en los tribunales). Todas estas actividades siguen teniendo los límites y excepciones de la presencia (el control horario) como la práctica habitual y única de control. Sin embargo, la generalización del trabajo remoto obligado por la pandemia ha acelerado la reflexión sobre las posibilidades de gestión organizativa y de recursos humanos sin presencia en el lugar de trabajo. El TT obliga a un cambio de modelo en estas prácticas pasando del control de dicha presencia a la evidencia del desempeño eficaz. El TT obliga a un cambio cultural de las organizaciones públicas. A asumir el TT como algo normal y bueno para la organización. Algo cuya construcción debe evitar la sensación de privilegio que el modelo antiguo otorga al TT. Costará, pues las inercias y la realidad normativa lo dificultará. El TT en la medida que no es una extensión del modelo a toda la organización es un buen campo de pruebas para testar sus bondades y prevenir errores de su diseño.

Si a alguien exige cambiar el TT es a las personas de la organización con responsabilidades de supervisión, coordinación o control del trabajo de las personas teletrabajadoras. Estos tres verbos deben hacerse con nuevas herramientas para poder realizar su trabajo y todas ellas pasan por cuatro actividades (Beauregard, Basile y Canónico, 2019):

- Construcción de un marco de confianza mutua: el TT no puede gestionarse sobre la sospecha porque anula la posibilidad de construir compromisos de ejecución reales, y porque ella exige a la pareja teletrabajadora una energía que se centra más en la comprobación y en las prácticas secretas de lo sospechado que en lo verdaderamente importante: evidenciar un desempeño eficaz.
- Como se ha dicho más arriba, el TT exige al responsable una reflexión en la construcción de las actividades susceptibles de comprometerse en el TT. Ello implica filtrar tareas que cumplan con los requisitos de un trabajo remoto dividiendo el puesto en tareas que sí son teletrabajables y las que no. También reflexionar y consensuar las razones de bondad de dichas tareas e identificar sus indicadores de cumplimiento e impacto. Hacer esto implica una reflexión detallada sobre los constituyentes de la eficacia, práctica que no es habitual en las jefaturas de las administraciones públicas del Estado español. Otro cambio cultural. Necesario por cierto, porque parece obvio que sobre conocimientos más o menos tácitos al respecto se funciona normalmente.
- Comunicación: Es responsabilidad de la jefatura construir su posibilidad técnica, planificarla y cumplir con las convocatorias.
- Formación: el TT exige formación que debe ser gestionada por la dirección. Formación con relación a cómo establecer y comprobar compromisos de ejecución, a cómo asegurar elementos esenciales inherentes a la ejecución remota como la seguridad, la confidencialidad, la protección de datos, los riesgos psicosociales de TT, etc.

De las dos tipologías generales del liderazgo: transaccional y transformacional, para el TT es más aconsejable el perfil avanzado del transaccional. Quedémonos con esta versión para estados iniciales del TT porque el liderazgo transformacional eleva la confianza a niveles muy altos con exigencia de liderazgo por parte de las jefaturas entendiendo por liderazgo la capacidad de influencia y la conversión de los propios intereses en intereses de la organización. El liderazgo transaccional avanzado “transa” mediante las siguientes acciones: recompensa contingente: - “te doy porque haces, y te doy así porque has hecho así”; acción por adelantamiento: prevé y actúa. Hay que tener en cuenta que los subordinados/as miden a sus líderes en función de su integridad y su credibilidad (Lombardo, Ruderman y McCauley, 1988). Este criterio es especialmente importante para todo tipo de liderazgo, pero

en este, por ser una relación condicional en la que se “negocia” el hacer y donde la incondicionalidad está más lejana, el aspecto ético es especialmente importante. Respecto a la ética de su comportamiento, el transaccional es juzgado como tal si: cumple sus compromisos, negocia de forma justa, y permite que sus subordinados/as escojan de manera libre. Y es juzgado como mal líder (poco ético) cuando deliberadamente niega información a sus subordinados/as, soborna para hacer lo que hay que hacer, abusa de su autoridad y actúa de forma despótica. Muy importantes estas conductas a la finalización del TT por parte de la organización ya que esta acción es de su potestad.

4.2. La comunicación.

En tiempos de TT es esencial tener una buena infraestructura de comunicación telemática. La calidad de esta por intensidad y velocidad es esencial para poder desarrollar el trabajo comprometido. Las exigencias de intercambios de ficheros, conocimientos, videoconferencias, colaboración entre personas de grupos geográficamente dispersas exige unos mínimos. Esta exigencia material es esencial para la simulación de realidad que exige el TT. Las administraciones públicas deben asegurar esta posibilidad en sus teletrabajadores aportando el material necesario para tal comunicación y comprobando que unos mínimos se cumplen en las circunstancias del TT. Estos mínimos deben estar estandarizados y ser públicos. También sus alternativas en caso de fallos o caídas de la red. Otra cosa es a quién corresponde el gasto total o compartido de esta exigencia.

Uno de los beneficios indirectos de la implantación del TT es la necesidad de establecer una comunicación sistemática entre jefes y subordinados de TT, así como entre personas teletrabajadoras y compañeros/as de trabajo muchas veces olvidados en la presencialidad por inercias o rencillas no resueltas. La necesidad de coordinación planificada, así como la del acuerdo necesario entre la pareja teletrabajadora para establecer los compromisos de ejecución, sus hitos de supervisión y sus indicadores cumplimiento e impacto obligan a programar encuentros regularmente. Esta sistematicidad debe ser favorecida para evitar los problemas de aislamiento arriba comentados (Mann, Varey y Button, 2000). Para ello es necesario agendar reuniones periódicamente, facilitar recursos y la

formación necesaria para el uso regular de herramientas de intranet (SharePoint, etc.). También disciplinarse las jefaturas para poner información, noticias y enlaces de interés en lugares virtuales que generen intercambios de mensajes. Organizar eventos virtuales en las plataformas al uso para interactuar entre las personas implicadas en proyectos o servicios. Dichos eventos no exclusivamente deben ser referidos a contenidos de trabajo. Lo importante es mantener el contacto. Que la persona teletrabajadora note que su distancia física no es distancia social. La interacción está directamente relacionada con la satisfacción laboral y con el compromiso organizacional (Fay y Kline, 2011). De hecho, su sistematicidad en el TT es la forma de compensar las relaciones informales y muchas veces casuales que se producen en el trabajo presencial.

4.3. El perfil.

Existen variables predicables de las personas que las hacen más susceptibles de adaptarse mejor al TT que otras. No es verdad que todas las personas son igualmente capaces o predispuestas al TT. Las especificidades del trabajo concreto, de los compromisos de ejecución establecidos, de la tolerancia o necesidad de comunicación y feed-back, cualifican mejor a algunos que a otros. Adecuar ambas especificidades es esencial para el éxito del TT.

Es verdad que la inadecuación de algunos perfiles puede corregirse en parte mediante formación o fuertes compromisos de comunicación y feed-back, pero es claro que la personalidad es un buen predictor del TT. Hoy por hoy existe un consenso general respecto a que la personalidad está constituida por cinco grandes factores (conocidos como los “Big Five”; Goldberg, 1992; Costa y McRae, 1992), que, a su vez, están constituidos por 30 rasgos. Los factores son los siguientes:

- *Conciencia:* alto deseo de logro, rigurosidad, orden y responsabilidad. Competencia.
- *Estabilidad Emocional (Neuroticismo):* control de emociones y resistencia a la presión.
- *Amigabilidad:* gusto por las relaciones, generosidad y cooperación.
- *Extroversión*: asertividad (ser capaz de decir “no”), actividad y locuacidad, optimismo y energía.

- *Apertura a la Experiencia:* apertura de mente, tendencia a cuestiones conceptuales o intelectuales.

En un acercamiento más especulativo que empírico, el perfil de la persona teletrabajadora es el siguiente: Conciencia alta; Extroversión baja; Estabilidad Emocional alta; Apertura a la Experiencia alta; Agradabilidad moderada, no alta. Estas son las razones:

- Como se ha comentado más arriba, la necesidad de que la persona teletrabajadora establezca y mantenga un calendario de trabajo propio principalmente estable, exige una cierta predisposición al orden. Asimismo, es difícil cumplir con los compromisos de ejecución en las fechas establecidas sin responsabilidad y orientación al logro.
- Las personas extrovertidas necesitan contacto social intenso y frecuente en sus actividades laborales (Anderson, Kaplan y Vega, 2015). En su vertiente más extrema tienden a una dominación natural que exige la presencia de otros. El TT esto no lo favorece o puede generar comportamientos exagerados en relación con la demanda de comunicación sistemática, o potenciar el conflicto de rol al exigir relaciones familiares exageradas que compensen el déficit que el TT genera.
- Ser capaz de soportar el aislamiento o los fallos de comunicación y feed-back, su falta de reconocimiento implícito y controlar o no generar sospechas en cuanto a maquinaciones que pueden estar ocurriendo en ausencia por el TT, exige tener clara la propia valía personal y no depender en exceso del reconocimiento externo o ser suficientes leves señales positivas. Tampoco venirse abajo por leves señales negativas.
- Las personas que tienen un factor de apertura a la experiencia alto suelen necesitar cierto aislamiento para identificar y profundizar en ideas novedosas o de naturaleza intelectual o científica y también para su estudio o plasmación en informes o estudios (O'Neill, Hambley, Greidanus, MacDonell y Kline, 2009). También suelen ser idiosincrásicos en los momentos de inspiración, no dándose estos siempre a la misma hora o dentro de un horario estándar. Para estas personas el TT es favorable.

- En cuanto a la amigabilidad la investigación no es concluyente porque si bien el gusto por las relaciones puede verse menguado por el TT también es verdad que libera de la necesidad de ser agradable. Por otro lado, la generosidad y cooperación pueden satisfacerse en el TT.

Por resumir el perfil en una frase, no es bueno el TT para personas monótonas, gregarias, cotidianas, burócratas (en su mala acepción) y dominantes. Los elementos esenciales del perfil del TT son la autonomía y el control (O'Neill et al, 2009).

Referencias

Anderson, A. J., Kaplan, S. A., & Vega, R. P. (2015). The impact of telework on emotional experience: When, and for whom, does telework improve daily affective well-being? *European Journal of Work and Organizational Psychology*, *24*(6), 882–897.

Autor, D.H. (2013), *The "task approach" to labor markets: an overview*. National Bureau of Economic Research, Working paper Nº 18711.

Baruch, Y. & Nicholson, N. (1997). Home, sweet work: Requirements for effective home working. *Journal of General Management*, *23*(2), 15–30.

Baruch, Y. (2000). Teleworking: Benefits and pitfalls as perceived by professionals and managers. *New Technology, Work and Employment*, *15*, 34–49.

Baruch, Y. (2001). The status of research on teleworking and an agenda for future research. *International Journal of Management Reviews, 3(2),* 113–129.

Beauregard, T. A., Basile, K. A., & Canonico, E. (2013). *Home is where the work is: A new study of homeworking in Acas – and beyond*. Acas research paper (Ref. 10/13). London: Acas.

Beauregard, T. A., Basile, K. A., & Canonico, E. (2019). Telework: outcomes and facilitators for employees. In :Landers, R (ed). *The Cambridge Handbook of Technology and Employee Behavior cam* .Cambridge ,UK: Cambridge University Press, pp. 511-543. ISBN 9781108649636

Belle, S. M., Burley, D. L., & Long, S. D. (2015). Where do I belong? High-intensity teleworkers' experience of organizational belonging. *Human Resource Development International*, *18*(1), 76–96.

Branson, R. K. (1981) *Extended Task Analysis Procedure*. User's Manual. Revised Edition. Florida State University.

Costa, P. y McRae, R. (1992). *Revised NEO Personality Inventory (NEO-PI-R) and NEO Five-Factor Inventory (NEOFFI) professional manual.* Odessa, FL: Psychological Assessment Resources.

Fay, M. J. & Kline, S. L. (2011). Coworker relationships and informal communication in high-intensity telecommuting. *Journal of Applied Communication Research*, *39* (2), 144–163.

Fonner, K. L. & Roloff, M. E. (2010). Why teleworkers are more satisfied with their jobs than are office-based workers: When less contact is beneficial. *Journal of Applied Communication Research*, *38*(4), 336–361.

Gajendran, R. S. & Harrison, D. A. (2007). The good, the bad, and the unknown about telecommuting: Meta-analysis of psychological mediators and individual consequences. *Journal of Applied Psychology*, *92*(6), 1524–1541.

Gajendran, R. S., Harrison, D. A., & Delaney-Klinger, K. (2015). Are telecommuters remotely good citizens? Unpacking telecommuting's effects on performance via i-deals and job resources. *Personnel Psychology*, *68*(2), 353–393.

Gibson, J., Blackwell, C., Dominicis, P., & Demerath, N. (2002). Telecommuting in the 21st century: Benefits, issues, and a leadership model which will work. *Journal of Leadership and Organizational Studies*, *8*(4), 75–86.

Glass, J. & Riley, L. (1998). Family responsive policies and employee retention following childbirth. *Social Forces*, *76*(4), 1401–1435.

Goldberg, L.R. (1992) The development of markers of the Big Five factor structure. *Psychological Assessment, 4*, 26-42

Golden, T. D. (2006b). Avoiding depletion in virtual work: Telework and the intervening impact of work exhaustion on commitment and turnover intentions. *Journal of Vocational Behavior*, *69*(1), 176–187.

Golden, T. D. (2011). Does it matter where your manager works? Comparing managerial work mode (traditional, telework, virtual) across subordinate work experiences and outcomes. *Human Relations*, *64*(11), 1451–1475.

Golden, T. D. (2012). Altering the effects of work and family conflict on exhaustion: Telework during traditional and nontraditional work hours. *Journal of Business and Psychology*, *27*(3), 255–269.

Golden, T. D. & Veiga, J. F. (2005). The impact of extent of telecommuting on job satisfaction: Resolving inconsistent findings. *Journal of Management*, *31*(2), 301–318.

Hartig, T., Kylin, C., & Johansson, G. (2007). The telework tradeoff: Stress mitigation vs. constrained restoration. *Applied Psychology*, *56*(2), 231–253.

Igbaria, M. & Guimares, T. (1999). Exploring differences in employee turnover intentions and its determinants among telecommuters and non-telecommuters. *Journal of Management Information Systems*, *16*(1), 147–164.

Khalifa, M. & Davidson, R. (2000). Exploring the telecommuting paradox. *Communications of the ACM*, *43*(3), 29–30.

Kossek, E. E., Lautsch, B. A., & Eaton, S. C. (2006). Telecommuting, control, and boundary management: Correlates of policy use and practice, job control, and work-family effectiveness. *Journal of Vocational Behavior*, *68*(2), 347–367.

Lombardo, M.M., Ruderman, M.N., McCauley, C.D. (1988). "Explanations of success and derailment in upper-level management positions", *Journal of Business and Psychology*, Vol. 2 pp.199-216

Madlock, P. E. (2012). The influence of supervisors' leadership style on telecommuters. *Journal of Business Strategies, 29*(1), 1–24.

Mann, S., Varey, R., & Button, W. (2000). An exploration of the emotional impact of teleworking via computer-mediated communication. *Journal of Managerial Psychology*, *15*(7), 668–682.

O'Neill, T. A., Hambley, L. A., Greidanus, N. S., MacDonnell, R., & Kline, T. J. (2009). Predicting teleworker success: An exploration of personality, motivational, situational, and job characteristics. *New Technology, Work and Employment*, *24*, 144–162.

Pyöriä, P. (2011). Managing telework: Risks, fears, and rules. *Management Research Review*, *34*(4), 386–399.

Shockley, K. M., Clark, M. A., Dodd, H., & King, E. B. (2020). Work-family strategies during COVID-19: Examining gender dynamics among dual-earner couples with young children. *Journal of Applied Psychology.* Advance online publication. http://dx.doi.org/10.1037/apl0000857

Turetken, O., Jain, A., Quesenberry, B., & Ngwenyama, O. (2011). An empirical investigation of the impact of individual and work characteristics on telecommuting success. *IEEE Transactions on Professional Communication*, *54*(1), 56–67.

Federació de Municipis de Catalunya

El trabajo híbrido como factor de cambio organizativo

(Desafíos Organizativos y de Recursos Humanos del Teletrabajo)

Mikel Gorriti Bontigui
Responsable de Recursos Humanos
Dirección de Función Pública. Gobierno Vasco

Concepto y definición de Teletrabajo (TT)

- Actividad laboral en lugar prestablecido de común acuerdo.
- Escogido por la persona teletrabajadora.
- Facilitación de herramientas necesarias por la admón.
- En cualquier otra ubicación, si es temporal
- Definición propuesta:

Se considera teletrabajo aquella modalidad de prestación de servicios en la que las personas empleadas públicas desempeñan tareas necesarias para el ejercicio de sus funciones fuera de las dependencias de la administración y mediante el uso de las tecnologías de información y comunicación necesarias para su eficacia, seguridad y confidencialidad.

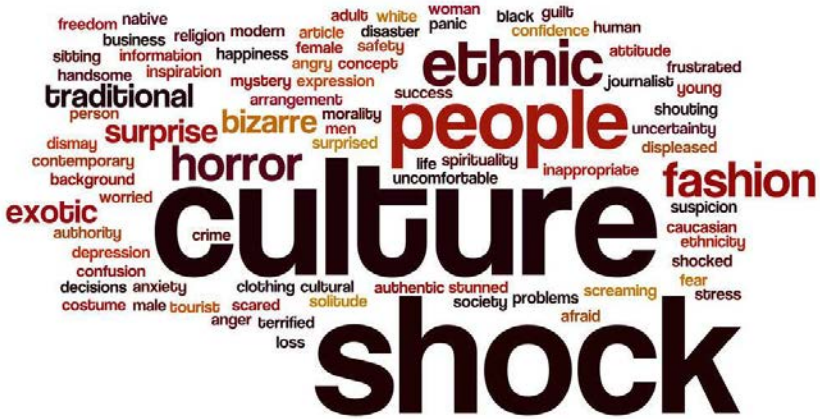
De la presencia constatada al desempeño evidenciado

Beneficios para la Administración

- Aumento de la productividad.
- Comunicación sistemática.
- Reflexión sobre el constructo eficacia. Comunión de misiones.
- Revisión del concepto de jefatura/liderazgo.
- Confianza y responsabilidad.
- Motivación/legitimación.

Beneficios para las personas TT

- Conciliación, horarios autogestionados en función de coyunturas.
- Desplazamientos.
- Evitar relaciones tóxicas; estrés y derivados; interrupciones; reuniones interminables; rutinas improductivas.
- Silencio escogido.
- Compromisos a “salto de mata”.
- Liberación del control horario y la complejidad de sus excepciones.
- Legitimación y valor propio. Empleabilidad.



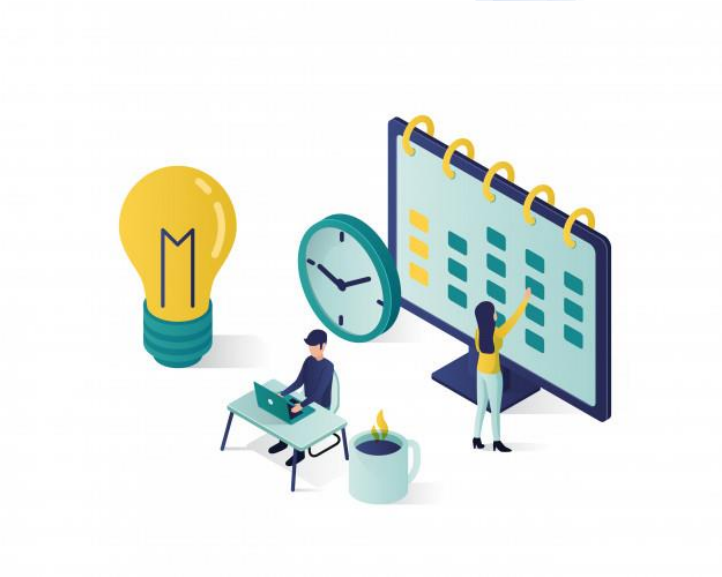
Limitaciones para la Administración

•Cultura.

- Inercia de lo urgente.
- Normativa para el control de la presencia. Situaciones administrativas.
- Pérdida de vinculación de los TT por falta de compromiso y comunicación.
- Dificultad para la interacción natural del trabajo en equipo

Limitaciones para las personas TT

- Conflicto de rol.
- Pérdida de influencia y reconocimiento.
- Aislamiento. Estabilidad emocional. Sistema autodefensivo.
- Pérdida de posibilidades de promoción. Responsabilidad por la propia capacitación.
- Gestión del conocimiento.
- Creación de rutinas y estructuración de tiempos.



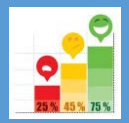
El TT, la eficacia y la productividad

- 48% afirma que trabaja más horas (Baruch, 2000). Desempeño contextual.
- Compromisos previos pareja TT. ¿Condición administrativa?
- Monitoreo por parte de las jefaturas (evidencias). Hitos. Nuevas tareas.
- Compromisos constatables, objetivos, tangibles y fiables. Satisfacción laboral (Madlock's, 2012).
- Compromisos ad-hoc en los que el tiempo sólo es V.I. Gestión de la diferencia.

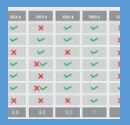
Cómo comprometer acciones en tiempo de TT

Creación y consenso de **tareas** relevantes y autónomas.

Identificación y consenso de los **criterios de ejecución**.



Identificación de los **indicadores** de ejecución. Consenso de Umbrales.



Diseño de la **frecuencia**, **hitos y fechas**

Intensidad del TT

1/4; 2/3; 3/2; 4/1

- Proceso racional: frecuencia, duración y resto de tareas.
- Relación curvilínea con la productividad (Golden y Veiga, 2005).
- No es bueno todo el tiempo.
- La ratio 3/2 se considera intensa. Umbral.
- Parejas por intensidades. La peor: jefe en TT, subordinados no en TT; La mejor: los dos en TT.
- La clásica jefe no TT y subordinados TT. Depende de calidad de compromisos, comunicación y tipo de jefatura.

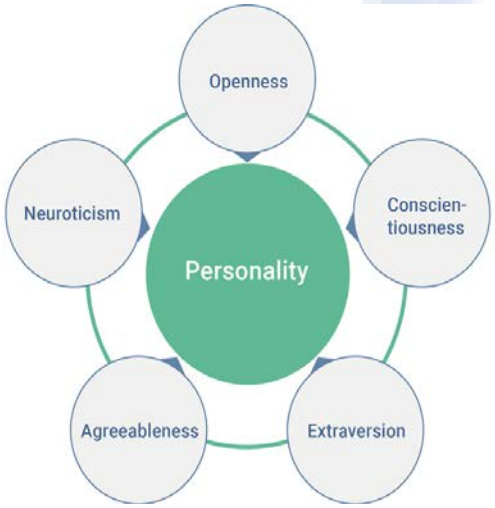
Cambio cultural y liderazgo

- La sacrosanta presencia. Paradigma resistente. El error de la dependiente. Complejidad de sus alternativas.
- Una nueva forma de supervisión, coordinación y control. Una nueva jefatura con confianza, evidencia, comunicación y formación.
- Liderazgo transaccional: recompensa contingente y acción por adelantamiento. Integridad y credibilidad.
- Mal líder por razones éticas.

La distancia física no es distancia social

La comunicación

- Infraestructura: intensidad y velocidad. Recursos públicos.
- Formación en herramientas TIC.
- Comunicación sistemática. Coordinación planificada.
- No toda la comunicación debe ser sobre el trabajo.
- La interacción está directamente relacionada con la satisfacción laboral (Fay y Kline, 2011).



El perfil

Los cinco grandes de la personalidad.

- *Conciencia* alta: responsabilidad, estructuración de tiempo y fiabilidad.
- *Extroversión* baja: sin necesidad de contacto social intenso. Dominancia.
- *Estabilidad emocional* alta: autoestima ante bajo reconocimiento. Soportar el aislamiento.
- *Apertura a la experiencia* alto: ideas, intelectual y científica. Idiosincrasia para la creatividad.
- *Amigabilidad*: ambivalencia

El TT es malo para monótonos, gregarios, cotidianos, burócratas y dominantes.

Muchas gracias

Risc greu i imminent i servei públic essencial: una contradicció sense solució?

Dr. Miquel Àngel Purcalla
Professor de Dret del Treball i de la Seguretat Social
Universitat Autònoma de Barcelona

SUMARI: I.- Conceptes clau. II.- Escenari pre-Covid19. II.1.- Premisses preventives prèvies de necessari compliment per l'ocupador públic. II.2-.- Paràmetres subjectius i objectius moduladors de la legitimitat de la decisió adoptada pel treballador. II.3.- Qualificació jurídica del mecanisme d'autotutela individual enfront del risc de treballador (at. 21 LPRL). II.4.- Efectes nuats a l'exercici del mecanisme d'autotutela individual. II.5.- La paralització col·lectiva de l'activitat. III.- Escenari Covid-19. III.1.- Covid19 i situacions de risc greu i imminent pel personal de l'Administració Local. III.2.- La limitació del paper de la ITSS quant a la paralització col·lectiva d'activitats. III.3.- El cas singular de la policia local. IV.- Reflexions de tancament.

I.- Conceptes clau.

A.- Tots coneixem què és un servei públic essencial. A l'Administració local, és clar que inclou prestacions molt diverses. Així, molt resumidament:

En general, serveis de les administracions públiques imprescindibles per al funcionament dels serveis públics, incloses les obres, serveis, subministraments i manteniment i seguretat dels edificis públics. Per exemple, abastiment d'aigua potable.

La recollida de residus (residus perillosos, residus urbans, tractament d'aigües residuals, descontaminació i retirada d'animals morts) i les tasques de neteja, manteniment i reparacions d'urgència

Els serveis socials i assistencials (inclosos els serveis essencials de protecció i atenció a víctimes de violència de gènere, així com centres d'acollida de refugiats i d'immigrants)

El transport públic

La seguretat pública (policia local, serveis de protecció civil)

L'educació primària i secundària

La sanitat i la salut pública, inclosos els centres, serveis i establiments sanitaris, d'atenció a gent gran, menors, persones dependents i amb discapacitat.

Serveis funeraris.

B.- Potser no tant conegut és el risc "greu i imminent". Davant situacions de risc greu (probabilitat de la producció d'un dany i severitat del mateix) i imminent (que es presumeix d'immediata i segura producció –STSJ Andalusia, Sala Social, 29.1.2015, rec. 2276/2014-) per a la vida, integritat i salut del treballador públic (com és sabut, béns jurídics tutelats per l'entramat normatiu ordenador de la seguretat i salut en el treball), l'art. 21.2 de la Llei 31/1995, de 8 de novembre, de prevenció de riscos laborals (d'ara endavant, LPRL) acull el dret d'aquell a interrompre la seva activitat (*ius interruptionis* individual) i, en el seu cas i com "*dernier resort*" objectivament necessari en tant inevitable, a abandonar el lloc de treball (BOUSIGES, p. 282-283, SAVATIER, p. 685).

El primer qualificatiu, «greu», no té cap dificultat d'interpretació: la gravetat del risc ha de ser real i demostrable (no pot ser una mera suposició o no determinable, no pot basar-se en «rumors» o en informacions "*fake*" que no puguin ser verificables), podent produir un dany que ha de ser qualificat de «greu» per a la salut o integritat física dels treballadors.

El segon qualificatiu, «imminent», pot ser un risc que pugui causar immediatament un dany als treballadors (per exemple, una màquina que pot produir atrapaments o cops, un incendi, etc.), però també s'inclouen aquells riscos actuals que, malgrat no poder provocar un dany immediat, podria causar un dany greu a llarg o mig termini. Per exemple, en el cas d'una exposició a amiant sense les mesures preventives legals, que després d'anys de latència podrà causar greus patologies als treballadors exposats, s'entén que estem davant d'un risc greu i imminent a afectes del compliment dels requisits per a la paralització per evitar l'exposició. Aquesta mateixa situació es pot donar en exposicions a altres substàncies, com agents biològics, cancerígens, químics, excés de soroll, etc.

C.- No és pas l'article 21 LPRL una norma de contingut desconegut a d'altres ordenaments. A tall d'exemple, en l'Ordenament italià, ja l'art. 14.1 D.Lgs. núm. 626, de 19-9-1994 (actual art. 18.1.h del D.Lgs. núm. 81, de 9-4-2008, modificat per D.Lgs. núm. 106, de 3-8-2009), establia (i es manté) el dret del treballador, "*in caso de pericolo grave, immediato e che non puó essere evitato*" d'abandó del lloc de treball o zona perillosa a on es trobi (MONTUSCHI, p. 420).

D.- La conjunció d'aquestes dues notes: gravetat o magnitud (probabilitat del risc i severitat del mateix) i imminència (immediatesa de la seva actualització) modula, en conseqüència, l'activació del referit mecanisme d'autotutela individual del treballador enfront del risc, que entra en escena a manera de defensa, resposta o retirada cautelar-preventiva del treballador respecte al focus de risc detectat. Focus de risc que, al seu torn, podrà ser no sols fruit d'una situació greu i imminent externament manifestada, sinó també d'idèntiques raons de manifestació més "interna", com l'estat de salut del treballador que generi la seva inadaptació al lloc de treball o que suposi un risc greu i imminent per al propi treballador, cas en el qual aquest podrà acudir al mecanisme autotutelar aquí analitzat en defensa de la seva vida, integritat i salut, de la dels seus companys de treball i, en fi, en reivindicació d'un canvi de lloc de treball per raons de salut (exemple, expedient de segona activitat), sempre que estiguem en presència, s'insisteix, de les notes de gravetat i imminència.

El risc greu i imminent enfront del qual s'activa la referida autotutela (interrupció i/o abandó del lloc de treball), pot ser sobtat quant a l'aparició dels seus efectes danyosos, però també d'efecte diferit a mig-llarg termini quant a la progressivitat del mal (tal és el cas, per exemple, de l'exposició, fins i tot la controlada per estudis de dosis-resposta, a determinats agents físics, químics o biològics, els efectes dels quals puguin presentar-se a mig-llarg termini, o de la manipulació manual de càrregues incorrecte però freqüent), com a manifestació concreta del dret a la protecció eficaç ex art. 14.1 LPRL (CAMBRA, p. 2670).

D'aquesta manera, el mecanisme autotutelar individual del treballador ex art. 21.2 LPRL *no ha de trobar aplicació si el risc és greu* (probable i sever), *però no imminent, o si només és imminent* (d'immediata i segura producció), *però no greu* (pel que fa a la seva severitat, ja que la imminència comporta una alta probabilitat). Cas d'esdevenir aquestes situacions, diverses al risc que presenta els trets de greu i imminent, les mesures a adoptar seran unes altres (p.ex., transmissió per part del treballador de la informació sobre el risc detectat, o adopció empresarial de les mesures preventives adequades a l'evitació de tal risc).

E.- Per la seva banda, l'abandó del lloc de treball (entenent per aquest el lloc destinat a albergar els llocs de treball, de manera que el risc causant d'aquell pot provenir no sols

de la pròpia activitat del treballador, sinó també d'un equip de treball, del procés de fabricació o fins i tot de l'activitat d'un tercer), si hi ha probabilitat racional de risc greu i imminent, pot abastar diversos supòsits: així, per citar només alguns, inclouria des de "l'allunyament" del lloc de treball per part del treballador, fins al desplaçament a altres llocs de treball, això és, a "*zones segures pel treballador desplaçat, mentre els equips de salvament o seguretat eliminen el risc*" (GARCÍA i GONZÁLEZ, p. 2775).

Ara bé, no pot dir-se que la previsió ex art. 21.2 LPRL sigui completament nova, ni que sorgeixi del "no res jurídic", atès que, malgrat la seva fixació legislativa a la LPRL, no ha d'ignorar-se la preexistència d'uns certs antecedents a l'exprés reconeixement del dret acollit pel precepte referit, situant tals precedents tant en normes internes (art. 11 OGSH, art. 30 Estatut del Miner), com internacionals (arts. 13 i 19.f Conveni OIT n° 155-1981) i comunitàries (art. 8 Directiva Marc 89/391, de 12 de juny, d'ara endavant DM).

L'art. 11 in fine OGSH, derogat per la Disposició Derogatòria Única, lletra d), LPRL, recollia el "*ius resistentiae*" del treballador en un supòsit concret: quan hagués sol·licitat els "mitjans de protecció personal" preceptius per a la realització del treball, en tant aquests no li fossin facilitats quedava el treballador "facultat per a demorar l'execució" del treball, comunicant aquesta situació al CSH i a la Inspecció de Treball. Com a precedent de caràcter sectorial, l'art. 30 de l'Estatut del Miner, vigent ex Disposició Derogatòria Única LPRL, al·ludeix tant en deure genèric del treballador d'informar "*immediatament al seu superior jeràrquic directe sobre qualsevol situació de treball que, al seu judici, comporti, per motius raonables, un perill greu i imminent per a la seva vida o salut*", com el dret del treballador, demostrada la raonabilitat de la decisió adoptada, a no ser sancionat i a conservar el salari proporcional al període d'interrupció.

Els preceptes referits del Conveni núm. 155 OIT, estableixen: a) La protecció del treballador enfront de les "conseqüències injustificades" que l'empresari pugui imposar en raó de la interrupció del treball, adoptada per motius raonables, sobre la base de la creença subjectiva que aquest comporta un "perill imminent i greu" per a la vida o la salut del treballador (art. 13); b) Que el treballador informarà immediatament el superior jeràrquic directe sobre "qualsevol situació de treball" que, segons el parer d'aquell, comporti per motius raonables un perill imminent i greu per a la seva vida i salut, no podent exigir l'empresari la represa del treball en tant no s'hagin pres "mesures correctives" i hagi desaparegut aquest perill greu i imminent (art. 19.f).

F.- D'altra banda, la dissecció de la dinàmica d'aquest mecanisme autotutelar, requereix, al meu judici, l'anàlisi diferenciada i concurrent de diversos aspectes, dins l'escenari "pre-Covid19". Així, en primer lloc analitzarem les premisses necessàries o obligacions empresarials prèvies, el correcte compliment de les quals facilita en gran manera i alleugereix els motius per al recurs del treballador a aquest mecanisme d'autotutela conflictual, però, inversament, la seva omissió no l'obstrueix en absolut, sinó que, a tot estirar, realça el seu to conflictual. En segon terme, valorarem els paràmetres subjectius i objectius moduladors de la legitimitat i de la durada de la decisió adoptada pel treballador. En tercer lloc, entrarem en l'anàlisi de la qualificació jurídica de l'exercici del mecanisme autotutelar. En quart lloc, estudiarem els efectes nuats a l'exercici d'aquesta. Finalment, en darrer lloc, però no menys important, parlarem de la paralització col·lectiva de l'activitat.

II. Escenari pre-Covid19

II.1- Premisses preventives prèvies de necessari compliment per l'empresari públic.

S'ha escrit amb tota claredat que el treballador, públic o privat, *no pot ser obligat a treballar si l'ocupador no compleix amb la seva obligació de garantir la seguretat i salut* (FANTONI). Respecte a les premisses necessàries o obligacions empresarials prèvies, cal establir una quàdruple seqüència argumental.

En primer lloc, l'empresari públic ha d'organitzar un sistema eficaç de comunicació dels treballadors amb els seus superiors jeràrquics, perquè puguin adoptar-se, per qui procedeixi o estigui habilitat per a això, les mesures precises en el moment en què es consideri que el risc s'ha concretat amb la imminència i gravetat abans definides.

En segon lloc, haurà l'empresari públic de preveure que, si la comunicació referida no resulta possible, el treballador estigui en condicions d'assumir una ràpida resposta davant les situacions de risc greu i imminent, disposant els dispositius de seguretat col·lectiva (mecanismes de detecció de riscos) oportuns, i subministrant al treballador la formació (factor subjectiu) i els mitjans tècnics disponibles i adequats (factor objectiu) davant d'aquests casos, sense que aquesta actuació es converteixi en un excés de responsabilitat que es carregui sobre treballadors que no tenen la capacitat ni els mitjans per a assumir-la.

Conforme als arts. 8.5 DM i 21.1.c) LPRL, un treballador que no tingui l'adequada formació o no hagi rebut instruccions per a actuar en situació de risc greu i imminent, pot veure's immers en un "estat de pànic" enfront d'un risc que pot ser greu, però no imminent, o al revés, imminent però no greu, per la qual cosa, si interromp la seva activitat i abandona el lloc de treball, no podrà ser sancionat si aquesta creença errònia porta causa d'aquelles manques subjectives, derivades del propi i previ incompliment empresarial de subministrar formació i facilitar instruccions a aquest efecte, resultant que el treballador no podrà ser sancionat, bastant que hagi informat del risc subjectivament percebut i de l'actuació que ha efectuat; davant aquesta informació (autèntic "passador de seguretat" per al treballador), l'empresari, a través de l'ajuda del Servei de prevenció, calibrarà la real existència d'aquest risc greu i imminent, sense que pugui patir sanció el treballador que hagi actuat de bona fe.

En tercer lloc, l'ocupador o el servei de prevenció, propi o aliè, ha d'informar, al més aviat possible, d'una situació de risc imminent als empleats.

En quart i darrer lloc (però no menys important), l'empresari públic haurà d'adoptar les mesures i donar les instruccions necessàries perquè els treballadors puguin interrompre la seva activitat i, en cas de necessitat, abandonar immediatament el lloc de treball; això és, es tracta de facilitar la decisió dels treballadors de cessar en la prestació com el mitjà més directe i segur de preservar la seva vida, integritat i salut.

II.2.- Paràmetres subjectius i objectius moduladors de la legitimitat de la decisió adoptada pel treballador.

A.- En relació als paràmetres subjectius i objectius moduladors de la legitimitat de la decisió adoptada pel treballador de refusar la prestació laboral, amb abandó o no del lloc de treball, cal convenir que el pla subjectiu (decisió del treballador) prima, *ex-ante*, per la pròpia dinàmica de l'activació del mecanisme de defensa ex art. 21.2 LPRL, sobre l'objectiu (situació concreta), normalment fiscalitzable *ex post*.

L'exercici del mecanisme autotutelar individual objecte d'anàlisi revesteix, així, un perfil tant d'autotutela "conservativa" —motivada per un "estat de necessitat" generador de la legítima convicció de la necessitat d'activar aquest instrument autotutelar- (BOUSIGES, pàg. 283-284), quant d'autotutela "defensiva" enfront de "atacs il·lícits (legitima defensa) que opera, en aquest cas, com a mecanisme de reacció enfront de conductes que afectin el dret fonamental" en joc (GARCÍA i GONZÁLEZ, p. 2782).

En definitiva, l'exercici del dret de refusar i interrompre la prestació i abandonar el lloc de treball enfront d'un risc o perill que reuneixi les notes de greu i imminent, suposa reclamar "*le respect d'un droit fondamental, le droit á la protection de sa santé, sa vie ou són intégrité physique*" (DUGET, pàg. 229-230; BOUSIGES, pàg. 282 i 291; MURCIER, p. 615).

Aquesta potestat d'autotutela, articulada sobre la base del dret concedit al treballador

ex art. 21.2 LPRL, actua així com mecanisme de defensa i actuació per a fer front a tots els atacs al dret del treballador públic a la vida, integritat o salut, que provinguin de la realització de la seva activitat laboral, permetent-li, a manera d'autodefensa o autoprotecció, rebutjar els atacs injustificats a aquells béns jurídics objecte de merescuda tutela.

Així, l'exercici del dret a la interrupció de l'activitat i l'abandó del lloc de treball queda al judici del treballador conforme als seus coneixements i a les circumstàncies concurrents, quan consideri que l'activitat comporta un risc objectivament greu i imminent, sent els Tribunals els que hauran de depurar i ponderar, en el seu cas, la concurrència real de la gravetat i imminència dels riscos enfront dels quals el treballador, amb plena convicció personal, ha activat el mecanisme d'autotutela.

B.- La mateixa situació esdevé en l'Ordenament francès, on es reconeix, en el Code du Travail, arts. L4131-1 a L4314-4 i L4132-1 a L4132-5, el dret de retirada del treballador ("*droit d'alerte et de retrait du salarié*") enfront de la presència de perill greu i imminent per a la seva vida, integritat o salut, sent el paràmetre subjectiu (la creença raonable —"*motif raissonnable*"—) del criteri del treballador en la valoració de la presència/existència del perill, el més rellevant (SEILLAN, p. 375). En concret, a França, un empleat pot refusar el seguir fent la seva prestació, si entén que es troba davant una situació perillosa (risc greu i imminent per a la seva salut), sense pèrdua de retribució i sense que pugui ser sancionat per l'ús legítim d'aquest dret (tret de negligència, mala fe o temeritat) i fins que l'ocupador no en garanteixi un retorn "segur". Per exemple, en els casos de vehicle o equip de treball defectuós o no conforme a la normativa, manca d'equips de protecció individual (p.ex., en temps de COVID19, com veurem més endavant), riscos de patir agressions (treballadors socials, zeladors, brigada municipal, policia local, conserges.....).

C.- Per aquesta raó, s'ha dit amb encert que, sent el dret del treballador ex art. 21.2 LPRL un mecanisme de tutela d'un dret fonamental preexistent (vida, integritat i salut), que ha de trobar tutela suficient i adequada al seu rang enfront de l'interès empresarial a la continuació de la tasca que porta a aquest a mantenir l'activitat "malgrat la situació de risc extrem", la bona fe i el no abús en l'exercici del dret a interrompre l'activitat o abandonar el lloc de treball, s'erigeixen com els criteris bàsics en punt a valorar la correcció jurídica del recurs a la mateixa per part del treballador que s'acull al mateix.

A França, els Tribunals fiscalitzen la conducta del treballador, això és, la seva presa decisional, la seva creença, per motiu raonable, en l'existència d'un mal greu i imminent per a la vida o la salut pròpia, i de manera casuística atenen aquesta qüestió (DUGET, pp. 224-227). Si l'actuació obeeix a bona fe del treballador, cap mesura disciplinària pot imposar-se-li, tret que resulti degudament acreditada la mala fe o negligència greu en la conducta observada, o que de la seva greument negligent actuació es derivin directament situacions de risc o perill per a altres companys de treball, situació prohibida, com se sap, per l'art. 29.1 LPRL i que, a títol exemplificatiu, pot produir-se quan el treballador no respecti el pla de seguretat i salut preestablert per a aquests casos, del qual tingui coneixement i dels passos del qual hagi estat degudament informat i format per a dur-los a terme, no havent-los observat amb la seva conducta greument negligent o amb la seva dràstica fugida.

D.- Un exemple extrem, comentat al Regne Unit i a propòsit del *right of withdrawal*, seria el d'un treballador "neuròtic"que creu que qualsevol petita cosa que vagi malament, en la seva tasca quotidiana, és motiu suficient per a acollir-se a aquest dret, i per a alertar d'un risc inexistent generant desconcert entre els companys ("*neurotic employees who imagin that every little thing wich goes wrong in their daily employment automatically gives them a right*" {to stop work}, SELWYN, p. 290); en tot cas, la bona fe en la conducta del treballador es presumeix, raó per la qual serà l'empresari públic qui haurà de provar la presència de mala fe o negligència greu en la conducta del treballador.

La mala fe o negligència greu del treballador (art. 21.4 LPRL i 8.5, paràgraf 2°, DM), amb tot, ha d'apreciar-se de manera restrictiva, amb plena prova de les mateixes i de la creació, a través de la conducta del treballador, d'efectes nocius per a l'Administració, per a altres treballadors o per a terceres persones Inversament, cal entendre que si l'entitat pública, els representants dels treballadors o la Inspecció de Treball han acordat la paralització col·lectiva de l'activitat, o han assenyalat la seva represa, la decisió del treballador de reincorporar-se (en el primer cas) o de no fer-ho (en el segon) serà valorada, a efectes disciplinaris, en funció de les circumstàncies concurrents i amb ponderació de si ha actuat de bona o mala fe o amb negligència greu (OJEDA, pp. 316-318).

E.- D'altra banda, la durada temporal del dret acollit en l'art. 21.2 LPRL, està supeditada a la durada del propi risc o perill greu i imminent, enfront del qual, *ad cautelam*, s'ha adoptat el mecanisme autotutelar". D'aquesta sort, la reincorporació del treballador a l'activitat "abandonada" no es produirà, en general, en tant persisteixi el perill o risc que va causar la interrupció prestacional". No obstant això, es preveu excepcionalment "per raons de seguretat" a determinar reglamentàriament (art. 21.1 .b in fine LPRL, en una mostra més de deslegalització d'una matèria ex LPRL, aquesta probablement correcta des d'un punt de vista tècnic i en transposició de l'art. 8.3.c DM), la possibilitat que l'empresari pugui ordenar a determinats treballadors la represa del treball.

Qüestió aquesta última, per conseqüent, oberta i que sembla apuntar a aquells supòsits excepcionals en els quals determinats treballadors, amb la formació, preparació i ensinistrament adequats, hagin d'intervenir, en casos d'emergència o en activitats d'elevat risc (químiques, residus tòxics, centrals nuclears, etc.) i en la seva qualitat d'especialistes, per a atenuar els riscos generats o que puguin generar-se i les seves conseqüències per a altres treballadors, per a tercers o per a la població en general (en cas, p.ex., d'immissions de substàncies tòxiques o de fugides radioactives). Aquests treballadors hauran de posseir, per a una primera intervenció, la formació mínima en matèria preventiva (entre les funcions bàsiques, vegeu l'art. 35.1.e del RD 39/1997, regulador dels serveis de prevenció, en endavant, RSP), sent el personal amb formació intermèdia qui ha d'ocupar-se de dirigir les actuacions preventives en aquests casos (funcions de nivell intermedi, art. 36.1.f RSP).

II.3.- Qualificació jurídica del mecanisme d'autotutela individual enfront del risc de treballador.

La qualificació jurídica del dret analitzat (21 LPRL), es pot analitzar des d'un triple punt de vista quant a l'exercici, per part del treballador, del dret a interrompre l'activitat i/o abandonar el treball.

Per alguns, ens trobem davant l'exercici d'un *ius resistentiae* enfront de les ordres de l'empresari, en singularitzada renuència del treballador a prestar els seus serveis en condicions de risc greu i imminent per a la seva integritat i salut. Per altres, estem davant un supòsit *d'exceptio inadimpleti contractus* que eximeix de complir al treballador la seva contraprestació sinal·lagmàtica, ex art. 1124 CC, mentre l'empresari no aporti les condicions de seguretat i higiene que està obligat a brindar. Finalment, una tercera línia interpretativa ha sostingut la seva consideració com a mecanisme autotutelar fixat en la LPRL, en reforç de l'eficàcia horitzontal de l'art. 15 CE, del contingut essencial del qual en forma part.

Al meu entendre, el dret ex art. 21.2 LPRL va més enllà d'una mera desobediència (ius resistentiae) legítima a les ordres il·legítimes de l'empresari (que forcin al treballador a desenvolupar la seva prestació en condicions de risc greu i imminent), i d'una rèplica mecànica al previ i paral·lel incompliment contractual de l'empresari (exceptio inadimpleti contractus), ja que, en primer lloc, ocasions hi ha en què la decisió

d'abandonar es produeix en moments al marge del deure d'obediència o respon a perills externs a un incompliment empresarial; en segon lloc, el dret a interrompre la pròpia activitat s'institueix per a respondre a qualsevol risc per a la vida i la integritat (STSJ Madrid, Sala Social, 28-11-2000, rec. 3543/2000), excedeix de les coordenades contractuals en les quals s'assenten tant la posició que defensa el ius resistentiae, com la que postula la exceptio inadimpleti contractu; en tercer lloc, raons d'índole adjectiva (i, en concret, de justícia processal) avalen la concepció de l'art. 21.2 LPRL com a transsumpte normatiu de l'art. 15 CE, en permetre la defensa processal d'aquell instrument legal a través del procés preferent i sumari (drets fonamentals) que defineix el procediment de tutela dels drets fonamentals. Així, en cas de represàlies de l'ocupador, el treballador que hagi estat sancionat per haver acudit a la via autotutelar de l'art. 21.2 LPRL, tindrà a la seva mà un procés àgil d'impugnació, així com la inversió de la càrrega, la declaració de nul·litat radical, en el seu cas, de la sanció i la readmissió en cas de declaració judicial d'acomiadament nul per inconstitucional, en atemptar contra un dret fonamental (personal laboral); en el cas dels funcionaris (interins inclosos), val a dir que si és una qüestió de mobbing, la competència és del contenciós, si és de reclamació en matèria de PRL, és de la jurisdicció social (tornarem més endavant sobre la qüestió) i si es tracta d'impugnar una sanció disciplinària, entenc que la via adient és bé la del procediment abreujat en matèria de personal (art. 78 Llei 29/1998), bé, potser més forçadament, la del procediment de protecció de drets fonamentals (arts. 114-122 Llei 29/1998).

II.4.- Efectes nuats a l'exercici del mecanisme d'autotutela individual.

En referència als efectes nuats a aquest mecanisme autotutelar, el primer i principal és el dret del treballador a la conservació del salari proporcional al temps d'interrupció. Aquest dret de tall remuneratori, no és sinó conseqüència de la situació d'impossibilitat sobrevinguda que es projecta sobre la prestació del treballador que interromp o abandona temporalment la mateixa, impediment que resulta imputable a l'empresari, que incorre en *mora accipiendi*. Ara bé, resulta convenient introduir un parell de consideracions addicionals:

D'un costat, aquest dret decau si es prova la mala fe o la negligència greu del treballador, i en aquest cas l'empresari podrà descomptar-li el salari pel temps que hagi durat la interrupció de l'activitat, al mateix temps que aquest incompliment contractual podrà ser sancionat disciplinàriament.

D'un altre, si la interrupció o l'abandó de l'activitat porten causa de força major, l'inimputabilitat a l'empresari no suposa la pèrdua del dret al salari del treballador pel temps de treball afectat, encara que, simètricament i en compensació a aquesta assumpció empresarial del pagament indicat, s'imposa al treballador la recuperació posterior d'hores, excepte millor regulació en instruments col·lectius o individuals. Encara que també cap la hipòtesi que, si la no imputabilitat a l'empresari de la interrupció esdevinguda derivés que aquesta hagi estat conseqüència de la negligència greu o mala fe presents en la conducta d'un o diversos treballadors, l'empresari tindrà dret a repetir contra aquest o aquests els salaris que, en el seu cas, hagi hagut d'abonar al treballador que va exercitar, legítimament, el seu *ius interruptionis*.

II.5.- La paralització col·lectiva de l'activitat.

A.- Quan es produeix una situació de "risc laboral greu i imminent" per a la seguretat o la salut dels treballadors, la Inspecció de Treball i Seguretat Social (ITSS) ha d'ordenar la paralització immediata de treballs o tasques per inobservança de la normativa sobre prevenció de riscos laborals. L'art. 13.2. b) del Conveni núm. 81 de l'OIT, a fi de permetre l'adopció de les mesures analitzades, estableix que els inspectors de treball estan facultats, a reserva de qualsevol recurs judicial o administratiu que pugui prescriure la legislació nacional, a ordenar o fer ordenar, la adopció de mesures d'aplicació immediata, en cas de perill imminent per a la salut o seguretat dels treballadors. L'ordre de paralització de l'activitat és executiva des del primer moment, tot i que l'ocupador

públic la pot impugnar en el termini de 3 dies des de la recepció, davant l'autoritat laboral competent (Departament de Treball), la qual resoldrà en 24 hores.

B.- Els drets d'informació, consulta i participació, formació en matèria preventiva, paralització de l'activitat en cas de risc greu i imminent i vigilància del seu estat de salut, en els termes que preveu la LPRL, formen part del dret dels treballadors a una protecció eficaç en matèria de seguretat i salut en el treball. Els representants dels treballadors (Comitè d'empresa, Junta de Personal), per majoria, pot decidir paralitzar l'activitat perquè considera que l'empresari no compleix les seves obligacions d'adoptar les mesures preventives necessàries per evitar aquest risc; els delegats de prevenció poden, subsidiàriament, paralitzar aquesta activitat per majoria per no donar temps a reunir el Comitè d'Empresa. ¿I els delegats sindicals?. No.

L'acord de paralització pres pel Comitè, Delegats de personal o Junta de personal, ha de ser comunicat immediatament a l'Administració local i a l'autoritat laboral, la qual ho ratificarà o anul·larà en 24 hores (informe de la ITSS). Els Delegats de Prevenció o membres del Comitè d'Empresa no poden patir cap perjudici derivat d'aquesta actuació preventiva al servei de la salut laboral, a menys que es demostrés la seva actuació amb «mala fe» o «negligència greu», o la inexistència del risc greu i imminent al·legat.

C.- Els arts. 17 i 21 de la Llei de Prevenció recullen, en fi, el deure legal de l'empresari, públic i privat, de vigilar el compliment efectiu de les mesures prèviament previstes, i paralitzar l'activitat laboral en cas de risc greu i imminent: des de l'admonició general a tots els treballadors de l'empresa, fins a la impartició d'instruccions concretes o fins i tot la seriosa advertència de les conseqüències laborals que podria comportar la desobediència a les imposicions del pla de prevenció (STSJ Madrid, Sala Social, 23-9-2016, rec. 276/2016).

III. Escenari Covid19

III.1.- COVID19 i situacions de risc greu i imminent pel personal de l'Administració Local.

Durant l'aplicació de l'estat d'alarma, decretat pel Real Decret 463/2020, de 14 de març, amb ocasió del COVID19, s'han generat dubtes sobre les possibilitats i límits de la paralització de l'activitat productiva, tant pels representants unitaris (membres del Comitè d'Empresa o delegats de prevenció, en ambdós casos per majoria) com pels propis treballadors (autotutela individual que hem comentat).

Com és evident, la crisi del coronavirus és aplicable a qualsevol activitat productiva o tasca dins el centre o lloc de treball que posi en perill (greu i imminent) als treballadors. Per exemple:

- Paralització de centres de treball complerts per incompliments greus preventius empresarials que comportin un risc greu i imminent a tots els treballadors (manca d'EPIs com a exemple més mediàtic i conegut). Pel que fa a les mascaretes, s'han d'emprar sempre que no sigui possible mantenir una distància física interpersonal de seguretat d'1,5 metres entre persones que no mantenen una relació i un contacte proper de manera molt habitual (Instrucció 6/2020, de 30 de juny, DOGC 10-7-2020). No es podrà assolir una distància inferior a 1,5 metres en espais tancats entre persones que no mantenen una relació i un contacte proper de manera molt habitual.

- Paralització d'activitats productives de tasques concretes, com repartiment a una zona, del servei de menjador, o qualsevol activitat que suposi riscos especials greus i imminents,... sense afectar al conjunt de l'activitat

- Paralització d'un espai determinat del centre de treball on s'han donat casos de positius i enviament a confinament als treballadors que hi han estat en contacte durant períodes importants, amb possible càrrega viral.

- Modificacions de número de treballadors en un espai, per complir el requisit de distància mínima entre persones. Cal recordar, pel que fa a la distància de seguretat, tant en espais tancats com a l'aire lliure, que la distancia física interpersonal de seguretat s' estableix en 1,5 metres, en general i, a més, un espai de seguretat equivalent a 2,5 metres quadrats per persona, excepte que per la tipologia de l'activitat hi hagi vigents valors més restrictius.

Teniu informació de fàcil accés a les mesures de prevenció de riscos laborals per fer front al Covid19:
https://www.insst.es/documents/94886/693030/Prevenci%C3%B3n+de+riesgos+laborales+vs.+COVID-19+-+Compendio+no+exhaustivo+de+fuentes+de+informaci%C3%B3n/4098124f-5324-43a6-8881-0bbd4e358de7

Es tracta d'un material fet per l'Institut Nacional de Seguretat i Salut en el Treball, tancat a 30-6-2020, i que porta per títol *Prevención de riesgos laborales vs. COVID-19 - Compendio no exhaustivo de fuentes de información*-. Incorpora, com a una espècie de "guia ràpida", molts enllaços web a temes, criteris i informes preventius molt útils i actualitzats, abans, durant i després, esperem, del Covid19.

III.2.- La limitació del paper de la ITSS quant a la paralització col·lectiva d'activitats.

El recent Criteri Tècnic núm. 102/2020, de la ITSS, diu, d'acord amb el RD 463/2020, que aquesta no pot acordar la paralització de treballs, tasques o activitats per risc greu i imminent, si apreciés l'existència de risc d'exposició i de contagi de COVID19 per incompliment de les mesures preventives acordades pel Ministeri de Sanitat, limitant-se a informar a les autoritats sanitàries (tant per empleats públics com per empleats d'empreses privades). Ara bé, en aquelles activitats en les quals sigui aplicable el RD 664/1997 sobre exposició a agents biològics, la Covid-19 sí que es considerarà un risc laboral i, en conseqüència, en aquests casos l'actuació inspectora sí que haurà de vetllar pel compliment de la normativa de PRL (http://www.mites.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Atencion_ciudadano/Criterios_tecnicos/CT_103_2020.pdf).

La ITSS no es pot pronunciar "validant", o no, la decisió de paralització col·lectiva, per motiu de COVID19, però si pot fer informe sobre el compliment de les obligacions de l'Annex del RD 486/1997 (separació de 2 metres quadrats entre treballadors-dores, serveis higiènics, ordre i neteja, ventilació, humitat....), de les mesures anti-COVID-19 acordades per les autoritats sanitàries (distància interpersonal de 1,5 metres, EPIs, mesures d'higiene personal i desinfecció de llocs i equips de treball, etc.). Ara bé, si segons el parer de l'inspector actuant pot existir un risc de contagi de treballadors, pot remetre informe a les autoritats sanitàries competents perquè, per part de les mateixes, si s'escau, procedeixin a l'adopció de les mesures cautelars previstes en l'article 54 de la Llei 33/2011, de 4 d'octubre, General de Salut Pública, que específicament es refereix al "tancament preventiu de les instal·lacions, establiments, serveis i indústries "i a la" suspensió de l'exercici d'activitats". Això ho farà, normalment, quan entengui que s'està infringint l'art. 7 del RDL 21/2020, de 9 de juny, en concret quan:

no s'hagin adoptat mesures de ventilació, neteja i desinfecció adequades a les característiques i intensitat d'ús dels centres de treball, d'acord amb els protocols que s'estableixin en cada cas;

no s'hagi posat a disposició dels treballadors aigua i sabó, o gels hidroalcohòlics o desinfectants amb activitat biocida, autoritzats i registrats pel Ministeri de Sanitat per a la neteja de mans;

no s'hagin adaptat les condicions de treball, inclosa l'ordenació dels llocs de treball i l'organització dels torns, així com l'ús dels llocs comuns de manera que es garanteixi el manteniment d'una distància de seguretat interpersonal mínima de 1,5 metres entre els treballadors (quan això no sigui possible, s'ha de proporcionar als treballadors equips de protecció adequats al nivell de risc).

adoptar mesures per evitar la coincidència massiva de persones, tant treballadors com clients o usuaris, en els centres de treball durant les franges horàries de previsible major afluència.

adoptar mesures per a la reincorporació progressiva de forma presencial als llocs de treball i la potenciació de l'ús del teletreball, quan per la naturalesa de l'activitat laboral sigui possible.

III.3.- El cas singular de la policia local.

A.- La Directiva 89/391, de 12 de juny de 1989, relativa a l'aplicació de mesures per promoure la millora de la seguretat i de la salut dels treballadors en el treball, inclou en el seu àmbit d'aplicació (art. 2) a tots els sectors d'activitats públiques o privades, exceptuant, quan s'hi oposin de manera concloent, les particularitats inherents a determinades activitats específiques de la funció pública, per exemple, de les Forces Armades o la Policia, o a determinades activitats operatives en els serveis de protecció civil. No obstant això, també declara que en aquests casos serà necessari vetllar perquè la seguretat i la salut dels treballadors quedin assegurades en la mesura del possible, tenint en compte els objectius que aquesta norma de la UE persegueix.

¿Tenen dret a la seguretat i salut laboral els policies locals?, Sí, doncs el TJUE (sentència 12-1-2006, assumpte C-132/04) va condemnar l'Estat espanyol per incomplir, en aquest punt, la Directiva 89/391. Per exemple, la normativa de PRL és aplicable a les activitats quotidianes, tipus pràctiques, manteniment, assessorament, formació i entrenament, dels policies locals.

Només hi ha excepció (no aplicació de la normativa de PRL) exclusivament per la "naturalesa específica" de certes "comeses especials" o "particularitats inherents" (paraula clau i mantra jurídic) exercits pels treballadors dins d'aquests sectors. Per exemple, intervenció operativa, especialment en el cas de greu risc, catàstrofe i calamitat pública. És el mateix criteri que la STJUE 30-4-2020, assumpte C-211/2019, *Rendőrség*), a propòsit de que les esmentades particularitats es refereixen a circumstàncies d'excepcional gravetat i magnitud, indispensables per a la protecció de la vida, de la salut i de la seguretat col·lectiva i manteniment de l'ordre en particular (es poden veure, també, les SSTJUE de 5-10-2004, *Pfeiffer*, C-397/01 a C-403/01, i de 20 de novembre de 2018, *Sindicatul Família Constanţa*, C-147/17). ¿Es pot dir quelcom més sobre les "situacions", "particularitats" o "comeses especials?". Entenc que una referència a l'estat d'alarma (art. 4 Llei 4/1981) i al Covid19 com a risc "col·lectiu", és obligada, des del punt de vista de danys considerables per a la comunitat (amenaça pública del virus, que també afecta als serveis de protecció civil, art. 2 Llei 17/2015)..

B.- El disseny i les característiques constructives dels llocs de treball, a les dependències policials, han d'oferir seguretat davant riscos molt diversos (relliscades, caigudes, xocs o cops contra objectes, esfondraments, caigudes de materials sobre els policies) i han de facilitar el control de les situacions d'emergència, especialment en cas d'incendi, i possibilitar, quan sigui necessari, la ràpida i segura evacuació dels policies (SOTO) i, si és el cas, dels ciutadans-es que estiguin en aquell moment a les dependències policials. Hi ha d'haver, a les comissaries, dependències administratives, d'accés únic a policies, així com dependències d'atenció al ciutadà (com, altrament, és habitual a les unitats administratives de tota mena). Tota la normativa sobre llocs de

treball (RD 486/1997) els hi és d'aplicació (baranes, portes, escales, sortides d'emergència, detecció d'incendis, temperatura, humitat, farmacioles en els cotxes), en especial el tema de l'ordre i la neteja, bàsics en la situació generada pel COVID19. També és molt important que hi hagi sistemes de ventilació forçada als dipòsits de detinguts, així com que els policies locals utilitzin guants de làtex per agafar els objectes de les persones detingudes durant els escorcolls, així com utilitzar guants antitall en el registre o manipulació d'objectes (SOTO).

Especialment clau és el tema del EPIs (guants, sabates, mascaretes, etc.). Vegeu, sobre els riscos laborals de la policia local, http://www2.fsc.ccoo.es/comunes/recursos/15561/2438607-Guia_basica_de_prevencion_de_riesgos_laborales_en_la_policia_local.pdf.

La normativa de referència dels EPIs, és la següent:

Reial Decret 773/1997, de 30 de maig, sobre disposicions mínimes de seguretat i salut relatives a la utilització pels treballadors d'equips de protecció individual, fruit de la transposició del contingut de la Directiva 89/65 (ús dels EPIs)
Reglament (UE) 2016/425, que deroga la Directiva 89/686 (comercialització dels EPIs)

Elements de protecció a manera de "barrera" (exemples):

Guants de làtex o polivinil. Els guants per fer intervencions i escorcolls han de ser antitall i impermeables. Està demostrat que una punxada a través d'uns guants de làtex, redueix el volum de sang transferida en un 50% (SOTO).

Mascaretes. Poden ser de protecció respiratòria o per protegir-se de esquitxades de fluids. Les màscares de protecció respiratòria ens protegeixen de la inhalació de microorganismes que poden ser generats per persones infectades per malalties que es poden transmetre per via aèria, com ara la tuberculosi o el Covid19. Per a aquests casos, es recomanen filtres tipus P3 d'alta protecció davant partícules sòlides. Durant els trasllats de persones detingudes infectades en fase activa, hauran de portar una màscara rígida adaptable per evitar la dispersió dels bacils. Les màscares de protecció de classe FFP3 ofereixen la màxima protecció contra la contaminació de l'aire que respirem. La fugida total pot ascendir a un màxim de 5% i s'ha de filtrar el 99% de totes les partícules que mesuren fins a 0,6 micres. Aquest tipus de màscara també filtra les partícules verinoses, oncogènics i radioactives (SOTO).

En el cas de treballadors socials o policies locals, és clar que la seva major facilitat de contacte amb persones infectades de Covid19, suposa el seu dret a rebre EPIs (mascaretes, gel hidroalcohòlic, etc.) i a que els facin proves tipus test, ràpids o PCR, a més de la neteja i desinfecció dels vehicles que utilitzin (Interlocutòries País Basc 2-6-2020, proced. 21/2020 i 26-5-2020, proced. 23/2020, relatius a conductors d'ambulàncies, o SSTSJ Aragó, Sala Social, 22-9-2020, proced. 353/2020 i 20/10/2020, rec. 445/2020 i interlocutòries TSJ Catalunya, Sala Social, 22-4-2020, proced. 15/2020, 4-5-2020, proced. 26/2020, sobre personal sanitari, amb criteri, però, que entenc analògicament aplicable a policies locals i treballadors socials).

Condicions ambientals. Les sales on es trobin les persones detingudes i/o usuàries amb una malaltia infecciosa que es transmeti a través de l'aire, han de tenir uns requisits determinats, com ara: tenir un sistema de ventilació potent amb una àmplia renovació de l'aire, no s'ha d'utilitzar, preferentment, aire condicionat; la porta d'entrada haurà d'estar sempre tancada, les finestres obertes tant de temps com sigui possible i es disposarà de lavabo individual; procurar un ús individual de la sala o les cel·les, que s'hauran de netejar diàriament, amb un drap humit o pal de fregar, mai en sec; s'utilitzarà lleixiu per desinfectar les superfícies i els vehicles policials o patrulles s'hauran de netejar minuciosament i desinfectar en cas de trasllats de persones susceptibles d'estar infectades, o quan hi hagi residus biològics o fluids -sang, saliva, orina- (SOTO).

C.- La possible exposició dels policies locals a risc biològic en la seva activitat laboral, serà sempre a causa de situacions accidentals, ja que no entra dins de les seves funcions la manipulació d'agents biològics (virus, bacteris, etc.). No obstant això, si té riscos biològics per estar en contacte amb persones contaminades a la via pública (delinqüents, detinguts, vagabunds, etc.) o amb animals com gossos, gats, etc. (SOTO). Les malalties infeccioses més importants a les que estan exposats són d'etiologia vírica, i destaquen les que originen els virus de l'hepatitis B, l'hepatitis C i el VIH (SIDA i el bacil de la tuberculosi), a més, enguany, del Covid19. A tall d'exemple, en temps prioritari de Covid19, la tuberculosi és una malaltia produïda per bacil i provoca infecció dels pulmons i insuficiència respiratòria. El contagi es produeix mitjançant les partícules de saliva emeses a través de la boca o el nas, sent capaç de romandre fins a 30 minuts en suspensió propagant-se a l'ésser inhalades per altres individus. El primer contacte amb els bacils no és suficient per causar la malaltia, ja que les defenses del cos gairebé sempre poden controlar el primer atac (SOTO), sol contagiar per contactes més reiterats (aquesta és una diferència amb el Covid19).

Com a normes d'higiene personal (front el Covid19, però també quan a la resta d'agents de risc biològic), cal fer les següents: cobrir les ferides i lesions de les mans amb apòsits impermeables, abans d'iniciar l'activitat laboral; quan hi hagi lesions que no es poden tapar, s'evitarà el contacte directe amb sang i fluids de terceres persones, fins i tot és motiu per no realitzar determinats serveis; rentar-se les mans a l'inici i a la finalització del treball amb aigua i sabó i sempre després del contacte amb terceres persones, en cas que no es disposi d'aigua corrent es poden utilitzar tovalloletes impregnades amb una solució esterilizadora (SOTO) i, en especial, gel hidroalcohòlic.

El personal mèdic del servei de prevenció és el que ha de determinar els protocols que s'han de seguir en cas que els o les policies pateixin un accident biològic amb sang, fluids, etc. Cada Ajuntament hauria de tenir el seu propi protocol, que s'aplicarà bé pels Serveis de Salut de cada comunitat autònoma o bé per la Mútua d'Accidents de Treball (si està contractada per l'Ajuntament). En qualsevol cas, tots els integrants de la plantilla han de saber (informació) el procediment, per iniciar el protocol el més ràpid que sigui possible (SOTO).

Quant a la tasca del Servei de prevenció, és absolutament necessari consultar el document "Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-CoV2, de data 7-10-2020 (https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/Proteccion_Trabajadores_SARS-CoV-2.pdf).

D.- Quan es treballa al carrer, els policies locals, que només poder ser funcionaris o funcionaris interins, però no pas personal laboral (SSTS, Sala Contenciosa, 21-7-2020, rec. 102/2018 i 14-6-2019, rec. 922/2017), o la brigada municipal, o els zeladors d'urbanisme, també poden estar en contacte amb agents infecciosos, paràsits, contagi de fongs, picades d'insectes o altres microorganismes. Cal tenir en compte que el risc de contagi a través de la pell és mínim i que el contacte pot ser directe o mitjançant picades. Com a mesures preventives, és recomanable no compartir estris ni roba de vestir; evitar anar descalç en les dutxes dels vestidors; no tocar animals del carrer i en cas d'haver de fer-ho, no apropar-los el cos, i les unitats canines i muntada (cavalls) han de tenir un rigorós control veterinari (SOTO).

És molt important tenir un registre de totes les exposicions accidentals a material biològic, per poder tenir referències en el futur. Per tant, cal que el policia afectat, informe i apliqui el protocol disponible i que el servei de prevenció tingui un sistema de registre correcte. Qualsevol persona afectada serà inscrita. El servei de prevenció ha d'establir un sistema de notificació i registre dels accidents soferts. El Registre inclourà: descripció de les característiques de l'accident de treball; profilaxi o tractament emprès; vacunes administrades; resultats de les analítiques practicades (basals, seguiments serològics, sanguínies, etc.); registre de comunicacions de l'Ajuntament; notificació de l'accident de treball a l'autoritat laboral per part de l'Ajuntament (SOTO).

E.- El cost econòmic de qualsevol mesura relativa a la seguretat i salut en el treball, i per tant el derivat de la vigilància de la salut, no ha de recaure sobre el treballador públic (art. 14.5 LPRL). Una conseqüència de l'anterior és la realització dels reconeixements mèdics dins de la jornada laboral o el descompte del temps invertit de la mateixa; si es fa fora de la jornada, sorgeix el dret a recuperar el temps emprat amb temps de descans (sentències de l'Audiència Nacional, Sala Social, 30-11-2018, proced. 281/2018 i 2-3-2020, proced. 279/2019 i STSJ Galícia, Sala Social, 17-10-2019, rec. 3241/2019), essent més discutible, al meu parer, que es "pagui" aquest temps de vigilància de la salut fora de la jornada.

Els reconeixements mèdics en l'àmbit laboral tenen una doble funció. D'una banda, detectar possibles alteracions de la salut derivats de l'exposició als factors de risc presents en el treball. D'altra banda, busquen detectar aquelles persones que, per algun motiu de salut, presenten una sensibilitat especial davant les condicions del seu lloc de treball. Els protocols són guies d'actuació que estan dirigides als professionals sanitaris encarregats de la vigilància de la salut. Els delegats de prevenció han de tenir accés a aquests protocols per poder realitzar les consideracions oportunes. Les proves mèdiques que es realitzen han de ser diferents i a partir de protocols diferents. A tall d'exemple, hi ha protocols sobre bipedestació, manipulació manual de càrregues, exposició a productes químics, risc biològic, conducció de vehicles: visió, músculo-esquelètics, dermatosis, càrrega mental, soroll (audiometries), treballar amb pantalles de visualització de dades, etc. (SOTO).

F.- Els membres de la policia local que no acudeixen al servei o que no volen accedir a prestar determinats serveis, en funció de la situació sanitària, poder ser sancionats, tret de casos de confinament o positiu per Covid19. Se'ls pot sancionar si no va quedar demostrat que el risc per a la integritat fos real, sense que siguin suficients les meres suposicions del treballador, de tal manera que queden fora de l'empara legal la desobediència laboral fundada en meres inquietuds o aprensions del treballador (STSJ Castella-La Manxa, Sala Social, 17-4-2002, rec. 243/2002, STSJ Catalunya, Sala Social, 31-3-2016, rec. 304/2016)

Per tant, segueix vigent la regla general del principi *solve et repete*, constituint, doncs, l'excepció el dret d'ius resistentiae, de tal manera que el treballador públic no pot unilateralment decidir sobre la idoneïtat o no de la instrucció o ordre emesa pel seu ocupador. No obstant això, com s'ha assenyalat, aquesta obediència tampoc és absolutament cega i incondicionada, sinó que el treballador té la possibilitat d'oposar resistència enfront de aquelles ordres empresarials que sobrepassen de manera clara l'exercici legítim del poder de direcció, és a dir, el ius resistentiae únicament queda per ordres radicalment viciades d'il·legitimitat o antijuridicitat, qualificació reservada per aquelles ordres perilloses, amb greu risc per a la salut o integritat física del treballador (POQUET, pp. 17-18).

G.- S'ha de ressaltar, però i en paràmetres potser aplicables a la policia local, que el personal militar de les Forces Armades no té el dret d'autoprotecció que, amb caràcter general, preveu la LPRL (art. 21 LPRL), doncs entén el legislador que l'exercici de la mateixa abundaria negativament, tant en els interessos de la col·lectivitat a no veure compromesa la seguretat de la població i de l'ordenament constitucional, com en l'ordre i la disciplina pròpies d'una estructura organitzativa, agradi o no en ple segle XXI, tan jerarquitzada com és la militar (art. 18.3 RD 1755/2007, de 28 de desembre). No hi ha dubte, a l'ensems, que el reconeixement del dret d'autoprotecció en cas de risc greu i imminent, posaria traves substancials a l'acompliment de determinades funcions públiques a desenvolupar pels funcionaris de Policia (estatal, autonòmica i local) i Guàrdia Civil. De fet, el RD 179/2005, de 18 de febrer, que regula las peculiaritats de la seguretat i salut laboral de la Guàrdia Civil i el RD 2/2006, de 16 de gener, pel qual s'estableixen normes per a la prevenció de riscos laborals en l'activitat dels funcionaris del Cos Nacional de Policia (no aplicable ni a Mossos, ni a Ertzaines, ni a policies locals), no reconeixen el dret a decidir la paralització de l'activitat ni pel funcionari individualment, ni a través dels seus representants de forma col·lectiva, i això a fi de que no es vegi afectada la seguretat ciutadana. Cal precisar, però, que aquestes

normes exclouen del seu àmbit d'aplicació a les funcions que no presentin característiques exclusives de les activitats de policia, seguretat i protecció civil (art. 2, en els dos casos). La qual cosa haurà de portar a considerar que, per al personal executor d'aquestes activitats, com poguessin ser les de caràcter administratiu o de gestió, regeix la regulació general (ja que no s'estableix en cap dels RD un règim particular al respecte). Són, per tant, destinataris de la prerrogativa que conté l'art. 21.2 LPRL, ja que les tasques que aquests realitzen no fan del tot incompatible la seva consecució amb l'exercici del dret a interrompre unilateralment la prestació (MORATO, p. 455).

H- ¿Què succeeix si el policia local pertany a un col·lectiu "especialment sensible" al risc del Covid19?. Amb l'evidència científica disponible a data 2 de juny del 2020, el Ministeri de Sanitat ha definit com a grups vulnerables per COVID-19 a les persones amb malaltia cardiovascular, inclosa hipertensió, malaltia pulmonar crònica, diabetis, insuficiència renal crònica, immunodepressió, càncer en fase de tractament actiu, malaltia hepàtica crònica severa, obesitat mòrbida (IMC> 40), embaràs i majors de 60 anys. En aquests casos, la Llei (art. 25 LPRL) a prendre mesures específiques, com ara avaluació específica de riscos (Interlocutòries País Basc, Sala Social, 3-4-2020, proced. 1/2020, 1-7-2020, proced. 12/2020 i 7-7-2020, proced. 35/2020, a propòsit d'Osakidetza), també dels psicosocials (STSJ Canàries, Sala Social, 30-10-2020, rec. 673/2020), canvi temporal de lloc de treball per raons de salut, EPIs, tests (PCR o tests ràpids d'antígens, com han assenyalat les STSJC País Basc, Sala Social, 17-4-2020, proced. 14/2020 i 3-6-2020, proced. 14/2020, a propòsit dels ertzaines) i la priorització del teletreball, com indica el punt 3 del protocol de la Diputació de BCN, de 14 de maig de 2020 (https://www.diba.cat/documents/316294696/316319110/ProtocolRepresaActivitatsDiputacioBarcelonaCOVID19_vMGNmc14_05_2020/6d16b79a-e403-4480-b68e-ac3b81b2e6e1) o, en fi, l'exoneració temporal de la prestació sense pèrdua de retribució (IT), per incompatilitat transitòria amb la feina.

Recordi's que el RDL 6/2020, de 10 de març, establí que els períodes d'aïllament o contagi (cas confirmat d'infecció activa, amb o sense clínica però amb PCR –diagnòstic molecular- positiva) però Covid19, suposarien incapacitat temporal (IT) per malaltia comuna (contingència). L'assistència, administració i gestió sanitària (diagnòstic, tractament de la malaltia, així com decretar els períodes d'aïllament) es realitza, però, exclusivament a través de la xarxa sanitària dels serveis públics de salut (altes i baixes, codis CIE9MC i CIE10ES, respectivament) de les corresponents CCAA, no per les Mútues. La durada estimada es fixa entre 5 i 30 dies. ¿Qui paga la prestació econòmica? La Mútua (com si fos accident de treball, és a dir, de manera "assimilada"); ¿qui fa l'atenció sanitària? El Servei Públic de Salut, tot i què les Mútues fan proves de detecció del Covid19.

I.- Així les coses, les persones (per exemple, treballadors socials) que presentin símptomes compatibles amb COVID-19 o estiguin en aïllament domiciliari a causa d'un diagnòstic per COVID-19 o que es troben en període de quarantena domiciliària per haver tingut contacte estret amb alguna persona amb COVID-19, no han d'acudir al seu centre de treball. Si un treballador comencés a tenir símptomes compatibles amb la malaltia, es contactarà immediatament amb el telèfon habilitat per a això per la comunitat autònoma o centre de salut corresponent, i, si escau, amb els corresponents serveis de prevenció de riscos laborals. De manera immediata, el treballador es col·locarà una mascareta i seguirà les recomanacions que se li indiquin, fins que la seva situació mèdica sigui valorada per un professional sanitari.

Com assenyala la STSJ Comunitat Valenciana, Sala Social, de 29-9-2020 (proced. 17/2020), es considera com a situació assimilada a accident de treball els períodes d'aïllament, contagi o restricció en les sortides del municipi on tinguin el domicili o el seu centre de treball les persones treballadores, com a conseqüència de virus COVID-19. La raó d'aquesta regulació "és que es tractava per tant de subvenir a l'excepcionalitat de la situació generada pels contagis basada en dues circumstàncies conegudes: la gran propagació de la malaltia i les presumibles dificultats de les

empreses per assumir els 15 primers dies de prestació o per part dels treballadors autònoms , que va requerir un canvi dels criteris a l'ús, que es van traduir en una nova elaboració de la naturalesa del procés d'incapacitat temporal si bé que, assimilant alguns dels seus efectes a la prestació d'accident de treball (assimilat a accident de treball). És per aquesta naturalesa que podem qualificar de mixta, justificada per l'extraordinari i urgent de la situació que la genera, que es produeix una mixtura de regles i sí, a diferència de les contingències professionals, s'exigeix alta real a la seguretat social, i els parts s'emeten per facultatius del sistema públic de salut i per la contingència de malaltia comuna, mentre que l'abonament de la prestació, com en el cas de les professionals, correspon a l'entitat gestora o col·laboradora de la contingència professional" (la traducció és meva, el text original és en castellà).

J.- Ara bé, no és el mateix un "treballador especialment sensible" (art. 25 LPRL) al risc laboral i una persona que sigui "grup de risc" davant el Covid19. El "*Criterio para la gestión de personas especialmente vulnerables y trabajadores/as especialmente sensibles frente al SARS-CoV-2 en las empresas de Cataluña en el contexto de pandemia*", el·laborat per l'Associació Catalana de Salut Laboral, diferencia entre PEV o "persones especialment vulnerables" (respecte del Covid19), que en tot cas mereixen una atenció específica per part del Servei de Prevenció, però això no vol dir que siguin automàticament "treballadors especialment sensibles" (TES) conforme a l'art. 25 LPRL. És a dir, un-a treballador-a pot no ser TES, però si PEV i, en aquest segon cas, la protecció ha de ser especialment contra el Covid19 i contra l'agent que el provoca, el SARS-CoV-2 (LÓPEZ, pp. 210 i 211).

K.- Alguns documents poden ser d'utilitat quant a l'actuació de la policia local en temps de Covid19. Així, l'Ajuntament de Roquetas de Mar (Almeria), ha publicat un "*Protocolo de actuación en la Policía Local frente al nuevo coronavirus SARS-COV-2"*, on s'indica: "*Se utilizarán guantes de nitrilo o látex de un solo uso al contactar con personas durante cacheos, inspección documental, o al tocar objetos potencialmente contaminados; utilización de mascarillas FFPP2 en ciertas situaciones, como falta de cooperación de una persona sintomática o en registros corporales externos u objetos de personas procedentes de cualquier ciudad de China u otras zonas afectadas publicadas por el Ministerio de Sanidad; revisar las políticas de limpieza y desinfección de equipos de trabajo, superficies; limpiar con mayor frecuencia las instalaciones con los desinfectantes habituales y muy especialmente pomos de puertas, etc.; reforzar las medidas de limpieza en los vehículos policiales; el personal sensible (embarazos, lactancia, inmunodeprimidos, diabetes, etc.) debe evitar la exposición (y) contactar con el Gabinete de Prevención, si es personal sensible"*

Aquestes previsions (molt conegudes a les Administracions locals), es veuen complementades per les següents indicacions: "(...) *El personal que identifique en dependencias policiales (en caso de sospecha de infección por Covid19), llevará a cabo las siguientes acciones:*

- Entregar a la persona una mascarilla quirúrgica o mascarilla auto filtrante y solicitar que la lleve puesta. Se procederá a su aislamiento en un espacio cerrado, comunicando la situación al teléfono de emergencias 061 y se esperarán instrucciones.

- Evitar el contacto físico con la persona y mantener una distancia física de seguridad de al menos 2 metros de distancia, y si tienen que interactúen de manera cercana deberán ponerse OBLIGATORIAMENTE los siguientes equipos de protección individual (EPI): Mascarilla FFP2. Guantes de nitrilo. Protección ocular antisalpicaduras. ntes del uso del equipo de protección y tras su retirada, el trabajador/a deberá proceder a realizar un buen lavado de manos. El material/equipamiento desechable empleado y los residuos generados se depositarán en bolsa cerrada y gestionarán convenientemente. Una vez finalizada la incidencia, se mantendrán clausurados los espacios utilizados hasta limpieza y desinfección por la empresa contratada. Se deberá proceder igualmente a la limpieza adecuada de las superficies con las que haya estado en contacto el presunto infectado.

-Asimismo, se facilitarán mascarillas FFP2, gafas antisalpicaduras y guantes de nitrilo para las unidades patrulla, que también se utilizarán del mismo modo en caso de encontrarse en una situación de sospecha como las arriba definidas. De forma general el agente intentará mantener, si es posible, entre 1,5 y 2 metros de distancia con su interlocutor"

Es pot consultar a
https://static.aytoroquetas.org/public/noticias/noticias_ayto/COVID19/Procedimiento_Policiia_Local.pdf

També d'interès, el document publicat per la Junta d'Extremadura sobre autoprotecció dels policies davant el Covid19; o el document de la Generalitat Valenciana sobre policies locals i coronavirus.

Els podeu consultar, respectivament, a:
http://www.juntaex.es/filescms/ddgg004/uploaded_files/informacion_covid19/RECOMENDACIONES_AUTOPROTECCION_POLICIAL.pdf.pdf

http://www.112cv.gva.es/documents/163565706/168368846/Recomendaciones_PL_COVID_250320.pdf/d9d1e8f0-bc79-447b-aa86-ea201cd3b2f8

IV.- Reflexions de tancament.

A.- Indica el protocol de la Diputació de BCN de 14-5-2020, que cal "*Elaborar i difondre un protocol d'actuacions per a personal potencialment contagiat o en aïllament preventiu: és necessari elaborar un protocol que reculli els símptomes que permetin a l'empleat o empleada identificar si pot ser un cas sospitós de patir el COVID-19 i com ha d'actuar previ a incorporar-se al lloc de treball cada jornada*", a més d'avaluar els riscos i dur a terme neteja i desinfecció eficaç i continuada dels llocs de treball i de les instal·lacions. És, doncs, la primera reflexió que cal tenir present; també en cas de coordinació d'activitats preventives (art. 24 LPRL i RD 171/2004, de 30 de gener).

B.- A continuació, haurem de dir que totes les mesures tècniques que es puguin aplicar (*càmeres termogràfiques, mesuradors de temperatura de proximitat, mascaretes quirúrgiques d'un sol ús, guants d'un sol ús de nitril, solucions hidroalcohòliques, tovalloles d'un sol ús o assecadors automàtics per sensors, papereres per material contaminat tapades i que no requereixin d'accionament manual -dotades de doble bossa-, mampares de metacrilat en els llocs d'atenció presencial a l'usuari -registres, recepcions-, senyalització als terres de distància de seguretat i tests de detecció d'anticossos i tests PCR o, subsidiàriament, ràpids d'antígens*) per poder determinar la immunitat del personal que s'incorpora a la feina i per poder diagnosticar qui es troba infectat, en cas d'aparició de simptomatologia en el lloc de treball, han de ser benvingudes.

C.- Quant als tests, recomano la seva realització periòdica, si bé dins el marc de la vigilància de la salut (en concret, de l'art. 22 LPRL, que inclou como a excepció a la regla general de "voluntarietat", quan l'estat de salut de l'empleat vinculat a aspectes laborals respecte a l'organització de la feina i prestació de servei, pugui suposar un perill per a altres treballadors i terceres persones relacionades amb l'empresa o activitat) als policies locals i al personal sanitari i de serveis socials. El motiu és senzill: com assenyala GOÑI (p. 59), «*el sometimiento, en estos casos, a un reconocimiento médico obligatorio constituye un deber de solidaridad que está por encima de la libertad del individuo y se lleva a cabo por una suerte de tutela del interés colectivo*». En tot cas, amb respecte als drets que garanteix la normativa de prevenció i la de protecció de dades (confidencialitat, dret a la intimitat, proporcionalitat i motivació de la prova, tractament de dades, qui la pot fer –personal mèdic del servei de prevenció-, etc.), essent només possible, però, aquesta "obligatorietat" per a llocs de treball amb risc conegut de contagi i/o per estudiar possibles casos d'infecció o contagi (STCo 196/2004, de 15 de novembre).

No val, tampoc, qualsevol tipus de prova: a tall d'exemple, no es poden fer "controls antidroga" als policies locals sense el seu coneixement i consentiment exprés (STSJ País Basc, Sala Contenciosa, 7-4-2014, rec. 1153/2011). En tot cas, la protecció de dades, que s'ha de respectar per l'Administració local, no és incompatible amb la obligació de l'empleat (art. 29 LPRL) d'informar al seu ocupador en cas de sospita de contacte amb el Covid19, per protegir la seva salut i la dels companys-es de feina (vegeu la Guia AEPD 2020, https://www.aepd.es/es/documento/2020-0017.pdf, així com també el FAQ 2020 https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-03/FAQ-COVID_19.pdf).

Exemples pràctics d'obligatorietat de proves mèdiques, no falten. Així, "*el manejo de carretillas, trabajos con estrés térmico por frío, trabajos en espacios confinados y aislados, conducción de máquina barredora, chófer y trabajos en altura*" (STSJ País Basc 16.2.2016, STSJ Catalunya 31.3.2016 i STSJ Madrid 12.9.2016, en tots els casos, Sala Social); vigilants de seguretat i escortes –proves de "*capacidad aeróbica, pulmonar, agudeza visual y audiometrías*"- (STS 7.3.2018, Sala Social, rec. 42/2017), brigades rurals d'emergència i extinció d'incendis –"*analíticas de sangre y orina, capacidad aeróbica, agudeza visual y audiometrías, electrocardiogramas y determinación de la masa corporal*" (STS 10.6.2015, Sala Social, rec. 178/2014) o conductors del "*parque móvil del Estado*" (STS 21.1.2019, Sala Social, rec. 4009/2016).

D.- De forma complementària amb les proves de vigilància de la salut, cal indicar la importància de la resta d'eines preventives per a una eficaç lluita contra el risc laboral, doncs, per si sola, la vigilància mèdica no protegeix la salut dels treballadors de manera directa, sinó que detecta el dany -en aquest cas, la possible presència de SARS-CoV-2 i el desenvolupament de la COVID-19 pel treballador/a- una vegada que aquest ja s'ha produït. És a dir, "*tot realitzant aquest tipus de proves a l'inici de la jornada laboral, serà imprescindible mantenir l'ús d'EPIS dins de l'empresa com a mesura de protecció enfront de virus, com poden ser màscares, guants, pantalles de protecció, higiene de mans, neteja i desinfecció d'espais de treball, tant comuns com individuals, etc.*" (MARÍN, p. 222 -la traducció és meva-). El tema del EPI's i la seva entrega, en fi, és clau per a la policia local, como ho és pels mossos d'esquadra (Interlocutòries TSJ Catalunya, Sala Social, 2-4-2020, proced. 8/2020 i 5-4-2020, proced. 9/2020), pel personal sanitari (Interlocutòries TSJ Madrid, Sala Social, 1-4-2020, proced. 318/2020, Extremadura, Sala Social, 24-4-2020, proced. 2/2020 i TSJ Catalunya, Sala Social, 7-4-2020, proced. 10/2020, 9-4-2020, proced. 12/2020, 28-4-2020, proced. 19/2020 i 30-4-2020, proced. 24/2020) o pel personal de serveis penitenciaris (Interlocutòria TSJ Catalunya, Sala Social, 8-4-2020, proced. 11/2020).

E.- És convenient atendre als requeriments, que també poden fer en matèria de Covid19 i àmbit laboral, que faci la ITSS, com a òrgan expert i especialitzat en matèria de prevenció de riscos laborals. No poden "sancionar" amb multes administratives (LISOS), però si fer aquest requeriments d'esmena de deficiències preventives (art. 43 LPRL). La STSJ Catalunya de 13-10-2016 (rec. 490/2015), com a exemple previ al Covid19, considera "*ajustados a derecho los requerimientos (de la ITSS) referentes a la obligación de vigilar la salud de los trabajadores por parte del empleador, no desapareciendo la obligación del Ayuntamiento de Barcelona de velar por la salud de sus empleados por el simple cambio de edificio, a determinar la aptitud o no de los trabajadores y la posibilidad de que algunos tengan la condición de especialmente sensibles y para que continúe adoptando las medidas necesarias para poder determinar el origen de la sintomatología de los trabajadores afectados*".

F.- Com indica la STSJ Madrid, Sala Contenciosa, 2-3-2017 (rec. 752/2015), en un cas de sanció disciplinària a un funcionari de correus, allò que la LPRL permet "*es la interrupción de la actividad por quien se encuentra efectivamente trabajando y se ve forzado a dejar de hacerlo por producirse un riesgo inminente y grave*". Afegeix aquesta resolució que "*El art. 21.2 de la Ley de Prevención de riesgos laborales, sin embargo, no ampara un incumplimiento prolongado, durante varios días, de las funciones propias del funcionario o trabajador, y menos aún, cuando lo que se invoca es un riesgo genérico no concreto, y desde luego no referido a ninguna circunstancia especifica del cometido encomendado o incluso de las capacidades del funcionario, sino*

simplemente por no haberse adoptado unas medidas preventivas que no se determinan. Lo que el precepto permite es la interrupción de la actividad por quien se encuentra efectivamente trabajando y se ve forzado a dejar de hacerlo por producirse un riesgo inminente y grave". En el cas concret, es confirma la sanció (funcionari que no volia emprar vehicle de 4 rodes, que no consta en mal estat, sinó només el de dues rodes, en un lloc de treball en el que es poden utilitzar indistintament els dos tipus de vehicle, essent el repartiment en moto "anecdòtic"), amb referència als arts. 53 i 54 EBEP, no existint "ordre il·legal" que validi l'ius resistentiae.

G.- ¿Es pot entendre el Covid19 com a risc greu i imminent laboral sempre i en tot cas?. Entenc que no i, per tant, la desatenció del servei públic essencial en el si de l'Administració local (parlem de llocs de treball "presencials", no pas de teletreball, és clar) no pot ser la regla general.

Quant al Covid19, només en cas de contagi, aïllament domiciliari per contacte estret. grup de risc sense possibilitat d'adaptació de lloc de treball i que no disposi de dotació d'EPIs, es pot exercir el dret a interrompre l'activitat i a no obeir ordres de treball; quan a la resta de riscos laborals, les limitacions de certes activitats (policies locals, per exemple) es projecten sobre la seva tasca "especial" de servei actiu (funció policial "al carrer", per exemple), però no, seguint amb l'exemple, a les dependències policials, on la normativa de prevenció de riscos laborals és plenament aplicable.

Altrament, cal tenir present allò que diu la *Guia para la actuación en el ámbito laboral en relación al nuevo coronavirus,* publicada pel MTES i que diu, textualment: "*En caso de que la prestación de servicios en el centro de trabajo conlleve un riesgo grave e inminente de contagio por coronavirus, y en aplicación de lo previsto en el mencionado artículo 21 LPRL, en su apartado 2, también las personas trabajadoras pueden interrumpir su actividad y abandonar el centro de trabajo. Asimismo, por decisión mayoritaria, la representación unitaria o las delegadas y delegados de prevención, podrán acordar la paralización de la actividad de las personas trabajadoras afectadas por el riesgo de contagio grave e inminente por coronavirus. Las personas trabajadoras y sus representantes no podrán sufrir perjuicio alguno derivado de la adopción de las medidas a que se refieren los apartados anteriores, a menos que hubieran obrado de mala fe o cometido negligencia grave".* Com a reflexió de tancament, ens diu aquesta Guía: *"En relación al análisis de la gravedad exigida por el precepto, de existir riesgo de contagio, y en cuanto a las consecuencias dañinas de la exposición al virus, se puede afirmar que, de ser real esta posibilidad, su existencia con carácter general. Sin embargo, y en cuanto a la inmediatez del riesgo, la mera suposición o la alarma social generada no son suficientes para entender cumplidos los requisitos de norma, debiendo realizarse una valoración carente de apreciaciones subjetivas, que tenga exclusivamente en cuenta hechos fehacientes que lleven a entender que la continuación de la actividad laboral supone la elevación del riesgo de contagio para las personas trabajadoras".*

Podeu consultar la Guia esmentada a:
(http://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/inicio_destacados/Gua_Definitiva.pdf)

H.- Finalment, parem atenció a una dada: si la demanda és de mesura cautelar (o demanda declarativa i de condemna en matèria de prevenció de riscos laborals), per personal laboral o funcionari, inclosos en ambdós casos els interins, la competència és de la jurisdicció social, d'acord amb l'article 2.e de la Llei 36/2011, reguladora de la jurisdicció social (Interlocutòria núm. 12/2019, Sala Especial de Conflictes del TS, 6-5-2019), inclosa la judicatura (STS, Sala Social, 24-6-2019, rec. 123/2018); ara bé, si la demanda o la mesura cautelar és de tutela de drets fonamentals lligats a reclamar per vulneració contra l'art. 15 CE (integritat física i psíquica), reclamant "mesura cautelar" d'entrega d'EPIs, en els cas dels funcionaris (i funcionaris interins) la competència és del contenciós-administratiu (SSTS, Sala Social, 17-5-2018, rec. 3598/2016, i Sala Contenciosa 8-3-2018, rec. 810/2015; Interlocutòries Audiència Nacional, Sala Social, de 20-4-2020, proced. 91-2020, per personal sanitari, i 20-5-2020, proced. 123-2020, a

propòsit del Cos Nacional de Policia), no del social, que només es la pròpia (la social en tema de drets fonamentals) pel personal laboral, fix, temporal o interí.

BIBLIOGRAFIA de REFERÈNCIA

ASSOCIACIÓ CATALANA DE SALUT LABORAL: "Criterio para la gestión de personas especialmente vulnerables y trabajadores/as especialmente sensibles frente al SARSCoV-2 en las empresas de Cataluña en el contexto de pandemia", Archivos de Prevención de Riesgos Laborale*s*, 8 de abril, 2020.

BOUSIGES, A.: "Le droit des salariés de se retirer d'une situation dangereuse pour leur intégrité physique", Droit Social núm. 4, 1991.

CÁMARA BOTÍA, A.: "El derecho del trabajador a interrumpir el trabajo en caso de riesgo grave e inminente para su vida o salud: un apunte sobre sus precedentes normativos y jurisprudenciales", Aranzadi Social 1996-1.

DUGET, Y.: "Danger grave et retrait du travail", Revue Prati-que de Droit Social núm. 54, 1992.

FANTONI QUINTON, S.: Le droit de retrait pour les salariés et les fonctionnaires Right of withdrawal of employees and civil servants, 2015, https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01721656/document.

GARCíA BLASCO, J. - GONZÁLEZ LABRADA, M.: "El derecho del trabajador a interrumpir su actividad y abandonar el lugar de trabajo en situaciones de riesgo grave e inminente", Aranzadi Social, 1996-1.

GOÑI SEIN, J.L.: "Límites constitucionales a los reconocimientos médicos obligatorios establecidos como medida de prevención de riesgos laborales", Revista de Derecho Social, núm. 5, 1999,

LÓPEZ FERNÁNDEZ, R.: "Los servicios de prevención de riesgos laborales en tiempos del coronavirus", Lan Harremanak, núm. 43, 2020.

MARÍN MALO, M.: "La realización de reconocimientos médicos para la detección de COVID19 a los trabajadores", Lan Harremanak, núm. 43, 2020.

MONTUSCHI, L.: "La sicurezza nei luoghi di lavoro ovvero l'arte del possibile", Lavoro e Diritto núm. 3, 1995.

MORATO GARCÍA, R.M.: "Derecho de resistencia y ejercicio irregular del poder de dirección. Especial referencia a la autotutela individual en situaciones de riesgo grave e inminente". Tesi Doctoral, Salamanca, 2009 (Comares, 2010).

MORENO MÁRQUEZ, A.: "Salud laboral de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía", Revista Doctrinal Aranzadi Social núm.17, 2006.

MURCIER, J.P.: "Origine, contenu et avenir de l'obligation générale de securité", Droit Social, núm. 7-8, 1988.

OJEDA AVILÉS, A.: "Los conflictos en la paralización de actividades por riesgo grave e inminente", en AA.VV.: *La prevención de riesgos laborales. Aspectos clave de la Ley 31/1995,* Aranzadi, Pamplona, 1996.

POQUET CATALÀ, R.: "El límite de la desobediencia a las órdenes del empresario", IusLabor, núm. 3, 2014.

SAVATIER, J.: "Champ d'application du droit de retrait d'une situation dangereuse", Droit Social núm. 7-8, 1996.

SEILLAN, H.: "Sécurité du travail et ordre public", Droit Social núm. 5, 1989.

SELWYN, N.: *Law of Health and Safety at Work,* Butterworths, London, 1982.

SOTO CAMPILLO, J.F.: *Prevención de Riesgos Laborales en la Policía Local: cuestiones controvertidas*, Elx, 2015, consultat a http://dspace.umh.es/bitstream/11000/2220/6/TFM%20(MUPRL-UMH)%20Jos%C3%A9%20Fco%20Soto%20Campillo%20(omite%20datos%20personales).pdf

Criterio técnico del INSST

Medidas de protección personal frente al coronavirus SARS-CoV-2: conceptos sobre su utilización en el ámbito laboral

(01.12.2020)

Introducción

Este documento refleja el estado de la técnica en el momento de su redacción. Será adaptado, en el caso de que surjan nuevas evidencias o conocimientos científicos que afecten a lo establecido en lo referente a las medidas de protección. En todo caso, el criterio se limitará a la duración de la pandemia.

El presente criterio técnico tiene como objetivo aclarar conceptos relativos al uso de mascarillas en el ámbito laboral frente al coronavirus SARS-CoV-2 y se aplicará exclusivamente a las situaciones en las que concurran la totalidad de las siguientes circunstancias:

a. Su utilización se realice en el ámbito laboral.

b. El sujeto que utiliza el equipo sea siempre personal trabajador: se excluye, por tanto, cualquier consideración que pueda ser de aplicación a la comunidad en su conjunto que no se circunscriba al personal trabajador que presta sus servicios en el ámbito laboral.

c. La única protección considerada es aquella frente a la transmisión de o infección por coronavirus SARS-CoV-2: queda excluida cualquier consideración respecto a una protección frente a riesgos diferentes a los causados por este coronavirus.

Al aplicar la prevención de riesgos laborales en el contexto actual, el objetivo es preservar la salud de los trabajadores durante la pandemia del SARS-CoV-2 mediante el establecimiento de medidas de seguridad y salud en el trabajo. La implementación de estas medidas contribuirá también a la protección de la población en general interrumpiendo la cadena de infección y transmisión del virus.

Partimos del hecho de que el SARS-CoV-2 se transmite principalmente por vía aérea; a través de gotas y aerosoles procedentes del tracto respiratorio de los infectados que llegan a otras personas, siendo los puntos de entrada las mucosas expuestas (boca, nariz y ojos). La transmisión tiene lugar sobre todo por la proximidad con la persona portadora del virus.

A la vista de la situación e indicaciones establecidas por el Ministerio de Sanidad, los empresarios deben integrar el análisis de la protección frente al SARS CoV-2 en su evaluación de riesgos y, en consecuencia, definir las medidas preventivas para la protección frente a una posible infección por SARS-Cov-2 en el trabajo.

Siguiendo los principios de la prevención, se ha establecido la necesidad de adoptar diferentes medidas de protección colectiva y organizativas, con el fin de reducir al máximo el número de contactos entre personas y la concentración de virus en el ambiente del lugar de trabajo, tales como:

- Fomentar el trabajo remoto (no presencial)
- Mantener la distancia de seguridad interpersonal
- Separar las áreas de respiración mediante barreras
- Aumentar la ventilación natural y/o forzada

- Aumentar la limpieza y desinfección
- Establecer productos adicionales para la higienización de manos
- Aislar a los sospechosos
- Crear burbujas laborales reducidas

Si las medidas anteriores no son suficientes para controlar el riesgo de infección en el trabajo, deben considerarse equipos de uso personal (para la protección de las personas del entorno y de quien las lleva) que pueden incluir el uso de mascarillas higiénicas, mascarillas quirúrgicas, mascarillas de protección respiratoria y protectores faciales. En el caso de las mascarillas higiénicas y quirúrgicas cobra especial importancia la necesidad de adoptar estas medidas de protección siempre como complemento y conjuntamente con el resto de medidas de distanciamiento e higiene recomendadas.

La decisión sobre la necesidad de proteger al personal trabajador mediante un tipo u otro de equipo viene determinado por el nivel de riesgo de infección determinado a partir de la evaluación de riesgos laborales, regulada en el artículo 16 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL).

Tipos de equipos de uso personal/individual

1. **Mascarillas de protección respiratoria autofiltrantes**

Cumplen con el Reglamento UE/2016/425 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, relativo a los equipos de protección individual. La norma armonizada que sería de aplicación en este caso sería la EN 149:2001+A1. En el ámbito de la comercialización, estas mascarillas son equipos de protección individual y deben certificarse.

Su uso previsto es proteger al usuario de gotas y aerosoles filtrando el aire inhalado, mediante el uso de un material filtrante y un correcto ajuste con la cara, y se clasifican en función de su eficacia de filtración (FFP1, FFP2 y FFP3).

Las mascarillas autofiltrantes con válvula de exhalación sólo protegen al portador de la misma y por tanto, no son adecuadas para la protección de terceras personas.

2. **Mascarillas quirúrgicas**

Cumplen con el Reglamento UE/2017/745 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2017, sobre los productos sanitarios. En este caso, la principal norma armonizada aplicable sería la EN 14683:2019+AC: 2019. En el ámbito de la comercialización, estas mascarillas son productos sanitarios y se autocertifican por el fabricante.

Su uso previsto principal es proteger a terceros de la exposición a gotas potencialmente infectadas que procedan de la persona portadora de la mascarilla quirúrgica filtrando el aire exhalado.

No obstante, también ofrece cierta protección a la persona portadora del equipo filtrando el aire inhalado que atraviesa el material de la mascarilla aunque por su diseño, puede entrar aire sin filtrar por los huecos que queden entre la mascarilla y la cara del portador.

3. **Mascarillas higiénicas o cobertores faciales comunitarios** (CFC)

Mascarillas bajo el ámbito de aplicación de la Orden SND/354/2020, de 19 de abril, por la que se establecen medidas excepcionales para garantizar el acceso de la población a los productos de uso recomendados como medidas higiénicas para la prevención de contagios por el COVID-19 (además sería de aplicación la siguiente normativa de ámbito general: texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios

y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba; el Reglamento de etiquetado, presentación y publicidad de los productos industriales destinados a su venta directa a los consumidores y usuarios, aprobado por el Real Decreto 1468/1988, de 2 de diciembre; el Real Decreto 1801/2003, de 26 de diciembre, sobre seguridad general de los productos, y a la hora de identificar la composición en caso de ser un producto textil; el Reglamento (UE) n.º 1007/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2011, relativo a las denominaciones de las fibras textiles y al etiquetado y marcado de la composición en fibras de los productos textiles, así como otras legislaciones susceptibles de ser aplicables en función de las características o funciones declaradas del producto como, por ejemplo, la relativa a los biocidas).

Este tipo de mascarillas puede cumplir con especificaciones técnicas como la UNE 0064-1:2020, UNE 0064-2:2020, UNE 0065:2020, o con cualquier otra equivalente, que garantice el cumplimiento de los criterios de aceptación establecidos en las citadas especificaciones. Su denominación en el ámbito de la comercialización sería “mascarillas higiénicas” (o “cobertor facial comunitario”), y no son equipos de protección individual ni productos sanitarios en los términos indicados en los puntos 1 y 2 anteriores (en el ámbito de la comercialización).

Estas mascarillas están previstas para su utilización por personas que no muestran síntoma clínico de infección vírica ni bacteriana, y que no entran en contacto con personas que muestran tales síntomas. No obstante, según se ha indicado en la introducción del documento, será la evaluación de riesgos la que permitirá determinar el tipo de protección personal idóneo en cada caso.

Minimizan la proyección de las gotitas respiratorias del usuario que contienen saliva, esputos o secreciones respiratorias cuando el usuario habla, tose o estornuda. Pueden también limitar la penetración en el área nasal y bucal del usuario de las gotitas respiratorias de origen externo sin ofrecer la protección del usuario en los términos de una mascarilla autofiltrante. También impide que esta área del usuario entre en contacto con sus manos.

La función principal es la protección a terceros de una posible infección. Filtran en cierto grado el aire exhalado y la parte del aire inhalado que atraviesa el material de la mascarilla.

4. **Pantallas faciales**

Cumplen con el Reglamento (UE) 2016/425 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, relativo a los equipos de protección individual. La norma armonizada que sería de aplicación en este caso sería la EN 166:2002. En el ámbito de la comercialización, estas pantallas son equipos de protección individual y deben certificarse.

Su uso previsto es la protección del usuario frente gotas y salpicaduras de líquidos que puedan suponer un riesgo para la salud al entrar en contacto con los ojos y/o la piel.

Las pantallas faciales pueden usarse como protección frente a salpicaduras en combinación con una mascarilla para complementar la protección del usuario, actuando como una segunda barrera.

Con respecto a la protección a terceros, no se recomienda el uso de una pantalla facial para evitar la propagación del virus al no tener un efecto de filtrado.

Selección y uso de los equipos necesarios

Una vez realizada la evaluación de riesgos, según lo señalado anteriormente, la empresa estará en disposición de definir cuál es la medida de protección personal que mejor se ajusta a cada caso concreto.

En este sentido, sin perjuicio de lo señalado en el ámbito del diseño y comercialización, la posible utilización en particular de un tipo u otro de mascarilla por el personal trabajador se circunscribe a lo establecido en la LPRL. En concreto, el artículo 4 de la citada ley define "equipo de protección individual" como "*cualquier equipo destinado a ser llevado o sujetado por el trabajador para que le proteja de uno o varios riesgos que puedan amenazar su seguridad o su salud en el trabajo, así como cualquier complemento o accesorio destinado a tal fin*".

Atendiendo a esta definición, los dos últimos tipos de mascarillas identificados en los puntos anteriores (mascarillas quirúrgicas e higiénicas) podrían ser considerados equipos de protección individual a efectos de la LPRL como un complemento al conjunto de medidas de protección colectiva y organizativas indicadas en la introducción.

Es importante señalar que la protección ofrecida por estos tipos de mascarillas tiene su máxima eficacia cuando todos los trabajadores las llevan, es decir uso de la colectividad y no sólo del individuo. Esto último establece una particularidad respecto a lo que sería la protección ofrecida por un EPI en un contexto distinto del actual motivado por la pandemia.

Como se ha indicado, el nivel de protección de las mascarillas es diferente en función del tipo del que hablemos. Esta particularidad deberá tenerse muy en cuenta a la hora de seleccionar el equipo más apropiado según la evaluación de riesgos laborales y, en todo caso, se atenderá a lo dispuesto en el artículo 5 del Reglamento de los Servicios de Prevención (aprobado por Real Decreto 39/1997, de 17 de enero) – el denominado "principio de precaución".

Dentro de los equipos de protección citados, la protección mínima es la proporcionada por la mascarilla higiénica.

En caso de ser necesario el uso de mascarillas, el empresario proporcionará al trabajador el tipo concreto que se haya decidido tras efectuar la evaluación y este último la utilizará de conformidad con sus instrucciones.

Deben seguirse las instrucciones de colocación, uso, limpieza y mantenimiento que acompañen a cada tipo de equipo y los trabajadores deberán estar adecuadamente formados.

Es importante tener en cuenta las particularidades personales de cada trabajador que pudieran influir en ajuste y uso correcto del equipo garantizando así que se consigue correctamente la reducción del riesgo que motivó su uso.

El uso de cualquier tipo de mascarilla puede suponer una carga para el trabajador motivada, por ejemplo, por la resistencia a la respiración o el calor que ocasiona y habrá que tenerlo en cuenta para reducir los tiempos de uso al máximo posible (estableciendo periodos de descanso o realización de otras tareas que no requieran su uso).

En cualquier caso, habrá de considerarse la compatibilidad de estos equipos con cualquier otro que pudiera ser necesario para proteger de otros riesgos cuyo uso estuviera indicado por la evaluación de riesgos laborales.

El tiempo máximo de uso va a depender de las condiciones de trabajo y del trabajador pero cualquier tipo de mascarilla debería ser cambiada como mínimo cuando están humedecidas.

TÍTULO: MEDIDAS TÉCNICAS PREVENTIVAS PARA GARANTIZAR LA CALIDAD DE AIRE INTERIOR FRENTE A LA EXPOSICIÓN AL CORONAVIRUS (SARS-CoV-2). VENTILACIÓN

El siguiente documento técnico tiene un carácter general, por tanto en él se establecen las líneas maestras que deben guiar la actuación de los centros de trabajo de la Generalitat dependientes del ámbito de actuación del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales del Personal Propio de la Generalitat, al personal trabajador y a las personas designadas en la gestión de la prevención para garantizar la seguridad y salud de los trabajadores y trabajadoras con relación a su potencial exposición al SARS-CoV-2.

Los protocolos, procedimientos, instrucciones y medidas preventivas y protectoras generadas como consecuencia de la evaluación de riesgos en relación con los riesgos de exposición al SARS-COV-2, serán adicionales y complementarios al resto de medidas preventivas implantadas ya en el centro de trabajo con motivo del cumplimiento de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales y otras normativas reglamentarias. De todas estas medidas de prevención y protección, debe ser informado el personal trabajador, a través del mismo documento técnico, del documento informativo SPRL_DIPRL_11 o de las instrucciones internas que se generen, permitiendo, asimismo, su participación.

Las medidas preventivas y protectoras que finalmente se adopten en el centro de trabajo para proteger a su personal trabajador deben seguir las instrucciones y recomendaciones previstas por la autoridad sanitaria en todo momento. El Ministerio de Transición Ecológica y el Reto Demográfico ha elaborado un documento técnico, a modo de guía, de buenas prácticas en la operación y mantenimiento de los sistemas de climatización, para una mejor protección frente al virus en un horizonte temporal acotado y excepcional, considerando al mismo tiempo la normativa en vigor que regula esta materia.

La bondad del enfoque técnico adoptado para la adecuada CALIDAD DE AIRE INTERIOR en los centros de trabajo consiste precisamente en la posibilidad de adaptación a cada caso y situación concreta, cubriendo de esta manera múltiples escenarios que, deben ser abordados uno a uno por cada centro de trabajo.

Este documento no incluye recomendaciones para centros de trabajo con atención sanitaria y/o hospitalaria.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Consideramos **ventilación** al proceso de suministrar aire limpio, procedente del exterior, eliminando de este modo aire viciado, bien por medios naturales y/o mecánicos, para proporcionar el oxígeno necesario para la respiración, diluir los contaminantes y, cuando es posible, controlar la temperatura y la humedad del interior de un recinto. Así pues, a efectos preventivos, la ventilación es uno de los métodos de protección colectiva para las personas trabajadoras, con el que se

persigue sustituir un aire de características no deseables por otro cuyas características se consideren adecuadas para alcanzar unas condiciones ambientales previamente definidas.

Dentro de los métodos posibles de ventilación (general, localizada...), el adecuado a nuestros centros de trabajo es el de ventilación general por dilución, pudiendo realizarse por medios completamente mecánicos (entradas y salidas mecánicas), naturales (entradas y salidas no forzadas) o bien mixtos (entrada mecánica y salida natural y viceversa). La ventilación por dilución consiste en reducir los niveles de contaminación existentes en un local mediante el aporte de aire limpio, libre del contaminante que se pretende controlar, y en cantidad suficiente para que la concentración se mantenga en niveles constantes y aceptables.

Se puede definir la **renovación de aire de un local** como la cantidad de aire necesaria para renovar por completo el aire que ocupa el volumen de dicho local.

Una adecuada ventilación debe tener en consideración los siguientes condicionantes:

- La calidad del aire exterior introducido en los locales.
- La cantidad de aire exterior introducido (caudal de aire exterior o de ventilación), normalmente expresado en litros/segundo-persona.
- La eficacia de la ventilación para ” barrer ” adecuadamente los contaminantes en el interior de los locales.

En la situación actual, en materia de ventilación nos encontramos con diversos condicionantes de los que cabe destacar:

- La situación excepcional de pandemia causada por la COVID-19, que condiciona los sistemas de ventilación.
- El Real Decreto 1027/2007, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Instalaciones Térmicas en los Edificios y su última revisión Real Decreto 238/2013, de 5 de abril (modificaciones al RITE), que es donde se reglamenta el concepto de calidad del aire interior (en adelante, CAI).

La ventilación en la calidad de aire interior cobra una importancia vital, ya que una ventilación deficiente puede originar numerosos problemas de CAI y, de la misma manera, numerosos problemas de CAI pueden solventarse a través de una correcta ventilación. La ventilación de un espacio interior va a influir sobre factores de diversa naturaleza,

principalmente química y, en la situación que nos ocupa, especialmente biológica.

Vías de transmisión del Sars-CoV- 2:

Para cada epidemia son importantes las rutas de transmisión del agente infeccioso. Según la OMS (Scientific Brief, 9 de Julio 2020), la infección respiratoria por Sars-CoV-2 puede transmitirse por la siguientes vías:

- Gotículas, o gotas de Flugge de gran tamaño, que se emiten al hablar, cantar, toser, estornudar y respirar, y que pueden impactar en las áreas susceptibles del receptor (mucosas que recubren los ojos, fosas nasales, o boca y garganta) a menos de 1 m.

- Aerosoles. Partículas más pequeñas que se emiten conjuntamente con las gotículas y que por su reducido tamaño pueden permanecer en suspensión en el aire. Pueden infectar por inhalación y deposición en diferentes partes del sistema respiratorio. Pueden ser respiradas en proximidad cercana (e.g. conversación entre dos personas) o compartiendo el aire en espacios cerrados. La OMS indica que la vía por aerosoles, fuera de los entornos sanitarios donde se realizan procedimientos generadores de aerosoles, está limitada a ambientes interiores mal ventilados y con alta densidad de ocupación.

Recientemente se ha demostrado, en condiciones experimentales, la viabilidad de SARS-CoV-2 durante tres horas en aerosoles, con una semivida media de 1,1 horas (IC 95% 0,64 – 2,64). Estos resultados son similares a los obtenidos con el SARS–CoV–1. Del mismo modo, se ha podido detectar el virus en algunas muestras de aire en dos hospitales de Wuhan, a diferentes concentraciones. (Fuente: Información Científico-Técnica del MMSS).

Las recomendaciones de la Federation of European Heating, Ventilation and Air Conditioning Associations (REHVA) van encaminadas a que, las pequeñas partículas de virus permanecen en el aire y pueden viajar largas distancias transportadas por los flujos de aire en las estancias o en los conductos de aire de extracción de los sistemas de ventilación. Por lo que proponen, especialmente en áreas de 'puntos calientes', usar el principio ALARA (tan bajo como sea razonablemente posible) y tomar un conjunto de medidas que ayuden a controlar también la ruta aérea en los edificios, aparte de las medidas de higiene estándar recomendadas por las autoridades sanitarias y la OMS.

- Contacto directo o primario, contacto físico de una persona infectada con otra.

- Fómite o contacto indirecto, generalmente un objeto o superficie que ha sido tocado por una persona infectada, o en el que se han depositado gotículas y/o aerosoles generadas por una persona infectada, y que luego lo toca otra persona.

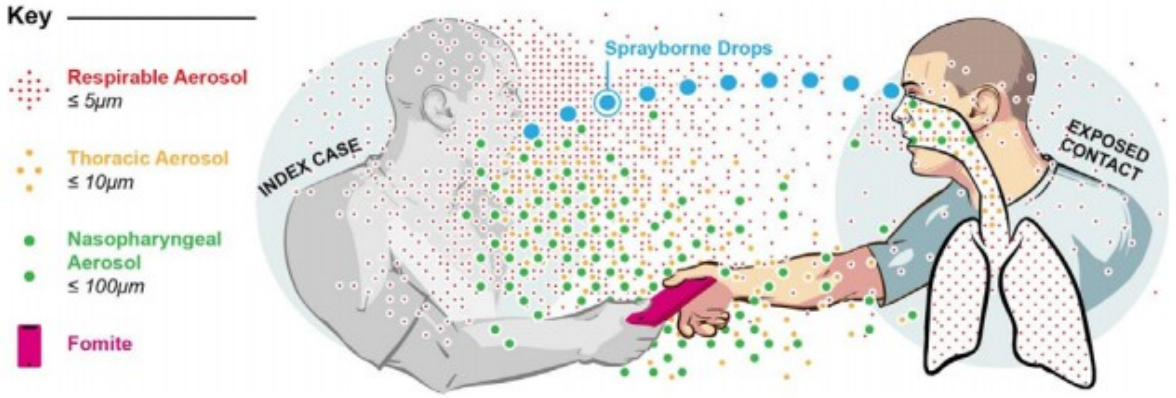


Figura 1: ilustración de las formas de transmisión del SARS-CoV-2, mostrando el spray de gotículas balísticas, los aerosoles de diferentes tamaños, y los fómites. De Milton (2020), modificada por D. Milton (comunicación personal, 19-Oct-2020).

Fuente: Ministerio de Ciencia e Innovación de España 29-Oct-2020

Otras posibles vías de transmisión:

- Heces y orina. Se han detectado trazas del ARN del SARS-CoV-2 en heces y orina de personas infectadas, pero solo muy infrecuentemente se han aislado virus infecciosos en muestras de heces de pacientes con COVID-19.

- Sangre. Se ha detectado ARN del SARS-CoV-2 en plasma o suero, se ha replicado en células sanguíneas. Sin embargo, el papel de la transmisión sanguínea sigue siendo incierto.

- De madre a hijo. No hay evidencia de transmisión intrauterina del SARS-CoV-2 de mujeres embarazadas infectadas a sus fetos. Se han encontrado fragmentos de ARN viral en muestras de leche materna de madres infectadas con SARS-CoV-2, pero ningún virus viable.

- De animales a personas. La evidencia actual sugiere que los humanos infectados con SARS-CoV-2 pueden infectar a otros mamíferos, incluidos perros, gatos y visones de granja. Sin embargo, no está clara la eficacia y frecuencia de estas transmisiones, y si estos mamíferos infectados representan un riesgo significativo de transmisión a humanos

El mecanismo de transmisión aéreo implica el mantener distancia de las personas infectadas, limpieza exhaustiva y aumentar la ventilación para la eliminación de más partículas. Es por ello, que es imprescindible facilitar información al personal acerca de la importancia de la transmisión del virus por el aire y a través de los aerosoles exhalados por las personas infectadas, recomendar y explicar el buen ajuste de la mascarilla, insistiendo en incrementar la calidad de las mismas, dada la gran variación extrema en la filtración y adaptabilidad ergonómica facial.

Para priorizar la seguridad de los usuarios ante el contagio del Coronavirus SARS-2 se debe cambiar el modo de funcionamiento de las instalaciones, dejando en un segundo plano tanto el bienestar térmico como la eficiencia energética. En función de las características de las instalaciones existentes es posible que se deba limitar la ocupación e incluso redistribuir los puestos de trabajo.

El riesgo del contagio en los edificios se reduce de forma importante con una adecuada ventilación de las estancias. El modo de proceder en el caso de sistemas mecánicos, vendrá condicionado por la antigüedad de la instalación.

2. MEDIDAS PREVENTIVAS

Consecuentemente con el punto anterior, se considerarán por separado, las normas a seguir en el caso de edificios con ventilación mecánica (antiguos o recientes) y en edificios de ventilación natural, para un uso y mantenimiento seguro de los diferentes sistemas.

Para los sistemas de ventilación mecánica deberán seguirse las prácticas de ventilación adecuadas. Se recomienda el

uso de prácticas apropiadas de tasas de ventilación mínima basadas en estándares bien definidos para ambientes interiores que garanticen la efectiva renovación de aire.

En el anexo III del Real Decreto 486/1997, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo, "…la renovación mínima del aire de los locales de trabajo, será de 30 metros cúbicos de aire limpio por hora y trabajador, en el caso de trabajos sedentarios en ambientes no calurosos ni contaminados por humo de tabaco y de 50 metros cúbicos, en los casos restantes, a fin de evitar el ambiente viciado y los olores desagradables. El sistema de ventilación empleado y, en particular, la distribución de las entradas de aire limpio y las salidas de aire viciado, deberán asegurar una efectiva renovación del aire del local de trabajo." Por lo que la ventilación mínima exigida será 30 m^3/h por persona (8,3 l/s por persona).

Desde la Guía de REHVA, las asociaciones técnicas europeas, recomiendan una ventilación mínima de 10 l/s por ocupante.

Según el RITE 2013 IT 1.1.4.2.3. Caudal mínimo del aire exterior de ventilación. Se emplearán los valores de la tabla cuando las personas tengan una actividad metabólica de alrededor 1,2 met, cuando sea baja la producción de sustancias contaminantes por fuentes diferentes del ser humano y cuando no esté permitido fumar.

Categorías	Caudales de aire exterior en l/s por persona
IDA2 (oficinas)	12,5

Este tipo de medida solo será posible si se disponen unidades de tratamiento específicas de aire exterior. El aseguramiento del valor mínimo indicado en la tabla anterior, puede plantearse de dos formas: aumentar la ventilación o reducir la ocupación. En este sentido es posible que se deba recalcular la ocupación máxima de los espacios en base a la ventilación por ocupante.

En la norma UNE 171330-2:2014 (al igual que en el RITE 2.013), se indica que el diferencial máximo entre la concentración de CO_2 en ppm del local y el exterior, en ambiente de oficinas (IDA 2), debe ser de 500 ppm.

a) En edificios con sistemas actuales de ventilación mecánica

Se consideran sistemas actuales de ventilación mecánica, aquellas instalaciones de climatización de los edificios realizadas en los últimos 20 años. Estas sí realizan la función de ventilar los espacios impulsando el aire exterior a las estancias impulsando y extrayendo el aire, para su renovación.

Los caudales de ventilación necesarios se deben realizar con la mínima velocidad del aire, ya que las corrientes de aire pueden mantener en suspensión las partículas y gotas donde podría encontrarse el virus, aumentando el riesgo de contagio. Aun así, para evitar corrientes de aire, también podrán moverse los difusores hacia paredes o zonas sin ocupación. Las unidades terminales tipo ventilo-convectores (fan-coils) de recirculación deben apagarse o, como mucho, funcionar con el ventilador a la mínima velocidad.

Se debe maximizar la ventilación para llegar a la renovación de aire recomendada, siendo recomendable siempre que sea posible, trabajar sin recirculación. Si no se alcanza la renovación mínima de aire, se deberá reducir la ocupación máxima simultánea de los espacios.

Se recomienda que los sistemas de extracción de los servicios higiénicos y locales de descanso estén siempre en funcionamiento, con el fin de favorecer una mayor efecto de limpieza.

Se recomienda además, utilizar estrategias de ventilación natural, haciendo uso de las diferencias de temperatura y del viento, en aquellos lugares de trabajo que dispongan de ventanas, principalmente durante los periodos de no ocupación del personal (ej: principio y final de la jornada de trabajo).

En modo de listado, se recomienda seguir las siguientes medidas prácticas:

1. Asegurar la ventilación de los espacios con aire exterior. Trabajar en lo posible totalmente con aire exterior, minimizando en lo posible la recirculación, cuando sea inevitable dicha recirculación.

2. Poner la ventilación a caudal nominal, al menos 2 horas antes de la hora de uso del edificio, y dejar un caudal más bajo 2 horas después del cierre del edificio. Este tiempo debe ir en consonancia con las renovaciones de aire que permite la instalación. Si el sistema dispone de controles específicos de calidad de aire (sondas de CO_2, etc.) se recomienda desconectarlos.

3. Por las noches y fines de semana, no apagar la ventilación. Mantener los sistemas funcionando a bajo caudal, nunca por debajo del 25% nominal.

4. Realizar una ventilación regular con ventanas (incluso en edificios con ventilación mecánica).

5. Mantener la ventilación de los baños y aseos permanentemente: 24 horas al día, durante toda la semana en funcionamiento.

6. No abrir las ventanas de los aseos para asegurar la dirección correcta de ventilación. Si se abren las ventanas practicables de los aseos para ventilarlos, es posible que esa presión negativa no se genere y se establezca un flujo de aire de los aseos al resto de edificios generando contaminación fecal-oral.

7. Indicar a los ocupantes del edificio que descarguen los inodoros con la tapa cerrada. Evitar los desagües secos en los pisos agregando regularmente agua.

8. Cambiar el funcionamiento de las unidades de tratamiento de aire con recirculación a aire 100% exterior o al máximo permitido por el equipo. Maximizar la entrada de aire exterior y reducir la recirculación de aire en lo posible. Esta medida es de igual aplicación aunque el equipo esté dotado con filtros de aire de retorno.

9. Reducir las fugas de los equipos de recuperación de calor. Parar los recuperadores rotativos.

10. Modificar el control o forzar la maniobra para que los ventiladores estén continuamente encendidos.

11. No cambiar los puntos de ajuste de calefacción, refrigeración y posibles humectaciones.

12. Con el objetivo de minimizar el riesgo de contagio de la COVID-19, no planificar durante este periodo limpiezas de conductos extraordinarias, salvo que sean estrictamente necesarias. Continuar con las programaciones habituales en este mantenimiento.

13. Reforzar el mantenimiento de los climatizadores. Reemplazar filtros de aire de acuerdo con el programa de mantenimiento del equipo en cuestión. Los trabajos regulares de reemplazo y mantenimiento de filtros se realizarán con medidas de protección comunes, incluida la protección respiratoria, extremando las precauciones con la manipulación de filtros sucios. Realizar las inspecciones, mantenimientos y auditorías de la CAI según norma UNE 171330-2 en edificios con instalaciones térmicas de potencial útil nominal mayor de 70kW.

14. Se recomienda para todos los técnicos de mantenimiento que tengan que operar en sistemas donde hay personas confirmadas en COVID-19 o sospechas de positivos, que hayan recibido una formación específica relacionada con la bioseguridad en sistemas de climatización y dispongan y utilicen los equipos de protección individual necesarios.

14. Las unidades fan-coil o pequeños equipos autónomos que utilizan recirculación local, también deben apagarse para evitar recirculación de partículas. Si no fuese posible apagarlos se incluirán en los protocolos de limpieza y desinfección.

15.- Se recomienda, siempre y cuando las circunstancias de la instalación y el criterio del mantenedor del sistema lo considerase conveniente, el uso de tecnologías de purificación del aire en los sistemas de climatización, como pueden ser: los filtros de polarización activa (filtros electrostáticos), la fotocatálisis oxidativa o la radiación UV-C germicida en baterías de intercambio térmico.

16. En los recuperadores de calor rotativos es recomendable realizar una inspección previa a su puesta en marcha, comprobándose el estado de la sección de recuperación en cuanto a fugas y by-pass de partículas desde el aire de extracción al de impulsión (se puede realizar con la inyección de un aerosol en la línea de retorno y un contaje de partículas en impulsión). Si existiese un paso de partículas superior al 5% se procederá al sellado de juntas y/o la corrección de la diferencia de presiones. Si no fuese suficiente, se recomienda el paro de la rueda y realizar by-pass en la sección de recuperación. En los de placas, es recomendable la verificación de fugas previa a la puesta en funcionamiento; si se detectase paso excesivo de partículas se realizará un by-pass en la sección de recuperación, si existen compuertas para ello en el climatizador.

b) En edificios con sistemas antiguos de ventilación mecánica

Si la instalación es muy antigua y no dispone de ventilación forzada, lo más adecuado será parar su funcionamiento y optar por abrir, en la medida de lo posible, las ventanas y puertas, la denominada ventilación natural (seguir recomendaciones del apartado d).

c) En edificios con unidades terminales con recirculación de aire

En aquellas instalaciones dotadas de ventilación exterior, se recomienda que los ventiladores de las unidades interiores terminales (Fancoils, unidades interiores de expansión directa, unidades tipo splits, etc.), funcionen de forma continuada

cuando los locales están ocupados y siempre solidariamente con el horario de los sistemas de ventilación mecánica (Unidades de Tratamiento de Aire Exterior, Ventiladores/Extractores, Unidades Autónomas de Ventilación, etc.), disminuyendo así el pequeño riesgo de resuspensión de agentes contaminantes y favoreciendo su eliminación por la ventilación mecánica.

En aquellos locales donde la instalación no pueda garantizar una renovación de aire adecuada, se deberán mejorar los sistemas de filtración tanto como sea técnicamente posible. Mediante filtración electrostática se generan cargas en las partículas, lo que provoca su deposición. En cualquier caso, debe tenerse presente que su nivel de filtrado no alcanza al de los filtros mecánicos y que se trata de una tecnología que puede producir ozono, por lo que su uso en espacios ocupados debería ser supervisada por técnico competente. No se descartará la aplicación de otras tecnologías siempre y cuando demuestren su eficacia y condiciones de seguridad.

Existen, igualmente, algunas unidades terminales de climatización de expansión directa (tipo Split u otros) que, adicionalmente a los filtros standard de este tipo de equipos, pueden equipar fases de filtrado y purificación de aire adicionales, empleando ciertas tecnologías similares a las de los purificadores portátiles.

d) En edificios con sistemas de ventilación natural

En edificios sin ningún sistema de ventilación mecánica, como regla general, se recomienda el uso activo de ventanas exteriores operables, incluso cuando esto causa cierta incomodidad térmica, mucho más tiempo de lo habitual. La **ventilación cruzada** es más eficaz para alcanzar una mayor ventilación, consistiendo en la apertura de ventanas y puertas en lados opuestos del lugar de trabajo.

En modo de listado, se recomienda seguir las siguientes medidas prácticas:

1. Abrir las ventanas exteriores, mucho más tiempo de lo habitual, con el fin de aumentar la ventilación natural.

2. Se pueden abrir ventanas durante 15 minutos, aproximadamente, al entrar en la estancia (especialmente, cuando la estancia haya estado ocupada por otros con anterioridad).

3. Si los aseos disponen de ventanas, se recomienda abrir otras ventanas en otros espacios para intentar conseguir un flujo de presión hacia los aseos y no generar contaminación en otras estancias. Mantener la ventilación de los aseos permanentemente.

4. Indicar a los ocupantes del edificio que descarguen los inodoros con la tapa cerrada. Evitar los desagües secos en los pisos agregando regularmente agua.

5. La apertura y cierre de ventanas y puertas se realizará intentando, en la medida de lo posible, mantener las condiciones ambientales térmicas de los lugares de trabajo.

6.- Se recomienda el uso de purificadores de aire con filtros HEPA H13/14 plisados, con una amplia superficie de área frontal, especialmente en aquellas zonas que carezcan de ventilación mecánica. Es una manera muy útil de limpiar de manera continua las partículas y aerosoles que se generan en el interior de los locales. Se recomienda ubicar el dispositivo cerca de la zona de respiración de las personas a proteger.

e) Actuaciones ante un Posible Positivo de Contagio.

Se establecen unas recomendaciones de limpieza de los equipos en caso de existir un caso sospechoso o confirmado de COVID-19:

- Ventilación del espacio donde se haya alojado la persona de, al menos, 4 horas. Ventilación al máximo, tanto forzada como natural de ser posible. La ventilación debe comenzar al menos 2 horas antes de comenzar las labores de desinfección.

-Dentro del protocolo de limpieza y desinfección del espacio, incluir las rejillas de impulsión y retorno de aire. Extracción y limpieza y desinfección del filtro de la unidad interior si la hubiera (fancoil, split). Limpieza y desinfección de la unidad interior, en caso de existir, pulverizando una solución desinfectante.

3. REFERENCIAS MÁS DESTACADAS

- NTP 741 y NTP 742.
- Calidad en ambientes interior de oficinas. INSST.
- Guía de REHVA, las asociaciones técnicas europeas.
- Documento de REHVA sobre cómo operar y utilizar instalaciones térmicas en edificios para prevenir la propagación del coronavirus (COVID-19) (SARS-CoV-2) en los lugares de trabajo.

- Guía recomendaciones para minimizar los contagios por vía aérea. Mon Solar Ingenieros, S.L.

- Información Científico-Técnica del MMSS.

- Real Decreto 238/2013, de 5 de abril (modificaciones al RITE 2007).

- Medidas higiénicas para la prevención de contagios del COVID-19 https://www.mscbs.gob.es/en/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCovChina/documentos/Medidas_higienicas_COVID-19.pdf.

- Recomendaciones de operación y mantenimiento de los sistemas de climatización y ventilación de edificios y locales para la prevención de la propagación del SARS-COV-2.

- Guía para ventilación en aulas. *Instituto de Diagnóstico Ambiental y Estudios del Agua, IDAEA-CSIC Mesura.*

- Anexos. Guía para ventilación en aulas. *Instituto de Diagnóstico Ambiental y Estudios del Agua, IDAEA-CSIC Mesura.*

-Informe científico sobre vías de transmisión SARS-CoV-2 Ministerio de Ciencia e Innovación de España 29-Oct-2020.

Nota de interés:

Las recomendaciones incluidas en el presente documento están en continua revisión y podrán ser modificadas de acuerdo con las indicaciones de la autoridad sanitaria. Será de aplicación lo que determine la autoridad en cada momento.

Elaborado por el *Servicio de Prevención de Riesgos Laborales del Personal Propio de la Generalitat:*

- Vicente Barrachina Ibañez. Técnico de Prevención del SPRL del Personal Propio de la Generalitat.
- Mª Cruz Benlloch López. Jefa de Sección del SPRL del Personal Propio de la Generalitat.
- Yolanda Ureña Ureña. Jefa de Sección del SPRL del Personal Propio de la Generalitat.

FECHA	MODIFICACIONES RESPECTO A LA EDICIÓN ANTERIOR
30/05/2020	Incorporación apartado c. y aportaciones realizadas por el documento técnico del MMSS.
28/07/2020	Nueva redacción apartado a).punto 12.
05/08/2020	Incorporación apartado e) en el punto 2.
09/11/2020	Revisión general del documento, en mayor profundidad el apartado de consideraciones generales.
16/11/2020	Modificación en la definición de gotículas y aerosoles. Eliminación de la frontera de 5 micras. Informe científico sobre vías de transmisión SARS-CoV-2. *Ministerio de Ciencia e Innovación de España 29-Oct-2020 (actualización 10-Nov-2020.*