

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 se 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 garantía². 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 evolución³ en las actividades presenciales más clásicas y recalcitrantes es de tal éxito que van a 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 difícil 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 desfavor: 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 difícil 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 es 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 el contenido cuyo cumplimiento es exigible.

Es evidente, eso sí, 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 habló 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 imparabile 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 público 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 funcional 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 hacia 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 sí, 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 dotado 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 nitidamente 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 "mínimos".

La urgencia se justifica 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, señala 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 las que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia, así como en el domicilio de la persona empleada vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas.

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

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 bis en 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.