

LA NUEVA REGULACIÓN DEL TELETRABAJO EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: ENTRE LA URGENCIA Y LA FLEXIBILIDAD “DE MÍNIMOS” EN TIEMPOS DE PANDEMIA

Por

LORENZO MELLADO RUIZ
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Almería

lmellado@ual.es

Revista General de Derecho Administrativo 57 (2021)

RESUMEN: El presente estudio aborda la reciente regulación del teletrabajo en el ámbito de las Administraciones Públicas. Se analiza su conceptualización legal así como la naturaleza jurídica de la relación pública de trabajo a distancia. Asimismo se analizan los elementos estructurales de esta nueva y generalizada realidad, en un escenario de regulación de mínimos y de ordenación asistemática. El teletrabajo debe contribuir a la mejor organización del empleo público, pero debe trascender la perspectiva meramente organizativa. Su implantación requiere el desarrollo de las necesarias fórmulas de evaluación del desempeño, articulación del trabajo a través de objetivos y clarificación del conjunto de derechos y deberes de los trabajadores que prestan sus funciones a distancia.

PALABRAS CLAVE: Teletrabajo, gestión por objetivos, evaluación del desempeño, derechos de los empleados públicos.

SUMARIO. I. Introducción: ¿Se pueden satisfacer desde casa las necesidades de los ciudadanos?; II. Sobre el carácter básico de la reforma, y su suficiencia; III. Ordenación del teletrabajo; 1. Apuntes sobre su conceptualización legal; 2. Naturaleza jurídica de la relación pública de teletrabajo; 3. Elementos; 3.1. ¿A quién afecta?; 3.2. Forma de ejercicio; 3.3. Desarrollo: de la flexibilidad y la regulación de mínimos a la atomización y asimetría del modelo; 3.4. Finalidad general: el teletrabajo debe contribuir a la mejor organización del empleo público; 3.4.1. Pero el teletrabajo no sólo tiene una dimensión organizativa; 3.4.2. La identificación de objetivos; 3.4.3. La evaluación del cumplimiento de los objetivos: teletrabajo y adecuada evaluación del desempeño; IV. Igualdad (teórica) de derechos y deberes; 1. Dudas iniciales; 2. Teletrabajo y prevención de riesgos laborales; 3. Derecho a la obtención de los medios tecnológicos necesarios; 4. Derecho a la desconexión digital y a la protección de datos personales e intimidad; V. Conclusiones.

THE NEW REGULATION OF TELEWORKING IN PUBLIC ADMINISTRATIONS: BETWEEN URGENCY AND “MINIMUM” FLEXIBILITY IN TIMES OF PANDEMIC

ABSTRACT: This study addresses the recent regulation of telework in the field of Public Administrations. Its legal conceptualization is analyzed as well as the legal nature of the public relationship of distance work. Likewise, the structural elements of this new and generalized reality

are analyzed, in a context of regulation of minimums and unsystematic ordering. Teleworking must contribute to the better organization of public employment, but it must transcend the merely organizational perspective. Its implementation requires the development of the necessary performance evaluation instruments, articulation of work through objectives and clarification of the set of rights and duties of workers who perform their functions remotely.

KEYWORDS. Teleworking, objectives management, performance evaluation, right of public employees.

SUMMARY. I. Introduction: Can citizens' needs be met from home ?; II. On the basic character of the reform, and its sufficiency; III. Regulation of telework; 1. Notes on its legal conceptualization; 2. Legal nature of the teleworking public relationship; 3. Elements; 3.1. Who is affected?; 3. 2. Form of exercise; 3.3. Development: from flexibility and minimum regulation to atomization and asymmetry of the model; 3.4. General purpose: telework should contribute to the better organization of public employment; 3.4.1. But teleworking not only has an organizational dimension; 3.4.2. The identification of objectives; 3.4.3. The evaluation of the fulfillment of the objectives: teleworking and adequate performance evaluation; IV. Equality (theoretical) of rights and duties; 1. Initial doubts; 2. Teleworking and prevention of occupational hazards; 3. Right to obtain the necessary technological means; 4. Right to digital disconnection and to the protection of personal data and privacy; V. Conclusions.

I. INTRODUCCIÓN: ¿SE PUEDEN SATISFACER DESDE CASA LAS NECESIDADES DE LOS CIUDADANOS?

La gravísima crisis sanitaria, combinada con los perniciosos efectos colaterales para la economía y la propia convivencia general, derivada de la pandemia desatada por el Covid-19, está teniendo en nuestro país diversas -e intensas- manifestaciones, y, consecuentemente, reacciones también desde el punto de vista jurídico-normativo¹. Y no es de extrañar. Es una crisis pandémica (y global) con efectos transversales sobre muchos de los ámbitos de la regulación pública, que, con independencia de los futuros pronunciamientos judiciales sobre algunos de los aspectos conflictivos más señalados (alcance de la declaración del estado de alarma -y sus prórrogas- en relación con la limitación de derechos fundamentales y libertades públicas, demandas de responsabilidad administrativa extracontractual por parte de determinados colectivos, control de las decisiones penales por infracción del confinamiento y por desobediencia a la autoridad, etc.), ha podido poner en cuestionamiento incluso, en ocasiones, la misma legitimidad -y legalidad- de las decisiones gubernamentales -pero con efectos normativos- adoptadas, en un escenario de posible difuminación de las características esenciales -constitucionales- de nuestro Estado de Derecho.

¹ *Vid.*, así, el conjunto de estudios contenido en Blanquer Criado, D. (coord.), *Covid-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

Durante la vigencia del estado de alarma, en una situación, como decimos, seguramente de paralela “alarma en el Derecho del Estado”², en menor medida durante la denominada “desescalada” progresiva, pero de nuevo, y casi sin solución de continuidad -en cuanto a la propia expansión del coronavirus- durante la denominada “segunda ola”, hemos asistido a la asistemática adopción -vía normativa de urgencia- de todo tipo de normas -en mayor medida, es obvio, las de contenido sanitario, de salud pública y de intento de control de la expansión del mismo en nuestro país-. La excepcional situación padecida, al margen del mayor o menor acierto de las decisiones “políticas” correspondientes, impide realizar, por ahora, un juicio detenido -y profundo- sobre la adecuación, acierto y buena regulación de este conjunto de normas adoptadas en muchas ocasiones bajo la órbita de la urgencia en su adopción y del obstáculo provocado por las denostables tensiones políticas siempre subyacentes. Pero sí puede afirmarse seguramente, con carácter general, que ha faltado durante todo este proceso una necesaria visión estratégica, coordinada e integrada para afrontar, desde la propia organización pública, el conjunto de consecuencias sociales y económicas derivadas de la crisis sanitaria desencadenada -y seguramente mal gestionada-.

La ordenación del teletrabajo público, objeto del presente estudio, puede ser un buen ejemplo de estas consideraciones³.

Parece claro, de partida, que en la situación sanitaria en la que volvemos a encontrarnos en la segunda oleada del coronavirus la adecuada regulación de la prestación de servicios públicos a través de los sistemas de teletrabajo es una necesidad ya imperiosa. Pero la improvisación y la descoordinación sufrida hace unos meses en esta materia no parecen haber provocado una -rápida e inteligente- reacción de los poderes públicos para su solución proactiva y adecuada. Con la declaración del estado de alarma, y ante la inexistencia de una regulación básica completa al respecto, podría justificarse, o explicarse al menos, la relativa descoordinación y desorganización de nuestras Administraciones públicas a la hora de abordar el confinamiento obligatorio y la prestación a distancia de las tareas públicas. Pero ha habido meses para intentar

² Vid. Fernando Pablo, M. M., “Alarma en el Derecho del Estado (Una nota sobre creación, conceptualización y aplicación del derecho de emergencia en la nueva legalidad)”, disponible en <http://www.aepda.es/AEPDAEntrada-2918-Alarma-en-el-derecho-del-Estado.aspx>

³ Un ejemplo de la controversia jurídica subyacente puede encontrarse en el Auto del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 2 de Toledo, de 20 de mayo, donde se resuelve la petición de medidas cautelares en relación a la incorporación progresiva al empleo público durante la desescalada. Como se dice en él, la evitación de propagación del virus y el derecho a la protección a la salud que puede verse afectado por el riesgo de contagio ha de “primar” en el caso planteado frente a la reincorporación presencial de los trabajadores, *vid.* un excelente comentario contextualizado del mismo en Campos Acuña, C., “La dialéctica entre teletrabajo y desescalada: Comentarios al Auto del Juzgado de lo Contencioso nº 2 de Toledo”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 6, Junio 2020, p. 131 y ss.

después, tras la primera lección, acordar una norma, más o menos uniforme y adecuada -y completa y operativa-, para afrontar con garantías este necesario reto, desde la asunción de la obvia trascendencia de la -continuidad de la- actividad de los empleados públicos en la satisfacción y garantía de los derechos de los ciudadanos. La Administración no ha parado (o no ha debido parar), obviamente. E incluso la crisis sanitaria ha acentuado y duplicado -en términos puramente porcentuales y también desde la óptica de la diversificación de situaciones- en ciertos ámbitos las propias demandas y necesidades privadas, sobre todo, lógicamente, en materia social y asistencial, sanitaria y económico-comercial. Pues bien, acaba de publicarse, por fin, dicha normativa. Se trata 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 (en adelante en este estudio, RDLT). Y el resultado no puede ser, desde una estricta perspectiva jurídica, enteramente satisfactorio, puesto que se trata realmente de una normativa abierta y flexible, de mínimos y articulada desde una amplísima deslegalización -y por tanto, desagregación organizativa y operativa en el fondo- para afrontar una realidad, urgente y necesaria, que requeriría sin embargo respuestas más integradas y uniformes, desde la superación de los postulados, clásicos y conocidos, de la descentralización territorial y la potestad de autoorganización administrativa a través de las premisas de la eficiencia, la razonabilidad y la adecuación de la ordenación del empleo público a distancia.

Se analiza críticamente a continuación el art. 1 de esta norma, que ha venido a introducir meramente, en todo 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 (en adelante, TREBEP), el nuevo art. 47 *bis*, denominado genéricamente “Teletrabajo”.

Es evidente la excepcional situación, no sólo sanitaria, de nuestro país en estos meses, y la afección de la pandemia también desde el punto de vista político y parlamentario. No era esperable pues, dada la urgencia y el carácter sobrevenido de muchos de los problemas asociados, en esta y otras muchas materias regulatorias, una modificación profunda, articulada y completa del TREBEP para afrontar con máximas garantías la prestación de servicios por los empleados públicos fuera de las oficinas y dependencias habituales. Pero, tanto por su número, como por la especial naturaleza de su relación jurídica con la Administración empleadora, y, sobre todo, por la última garantía de la satisfacción eficiente de las demandas ciudadanas en el conjunto de sectores de intervención pública, sí hubiera sido necesario, al menos, una mínima regulación sustantiva de los aspectos básicos de lo que es, en definitiva, un nuevo

paradigma, en tanto que supone cambiar “radicalmente” la forma de trabajo de nuestros empleados públicos a partir de ahora⁴. No ha sido así, como vemos. La reforma se ha limitado a la “inserción” de un único artículo, flexible y ambiguo, además, en su contenido, y a la -sencilla- remisión de su adaptación -en un plazo de seis meses seguramente difícil de cumplir- por todas las Administraciones Públicas de nuestro país (D. F. 2ª RDLT).

La situación explica seguramente, aunque no justifica, como decimos, la opción normativa adoptada. A ello hay que unir, además, la complejidad e inestabilidad parlamentaria existente, la tensión política-territorial y, en este ámbito, la combinación -y solapamiento- de títulos competenciales -en tensión-. Pero es una materia crucial desde el punto de vista de la superación de las -inerciales- dificultades sufridas en estos últimos meses por muchos ciudadanos en su relación -diaria- con las Administraciones Públicas. Y sin embargo resulta chocante que la regulación del teletrabajo -de todos los empleados públicos y de todas las Administraciones públicas- se reduzca a un artículo con cinco -mínimos- apartados y la exposición de motivos de la norma ocupe siete páginas (incluyendo, sí, la explicación -o su intento- relativa a los otros dos aspectos abordados, las medidas de contratación excepcional de personal facultativo y no facultativo por parte de las Comunidades Autónomas y el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria y la prestación excepcional de servicios, a través de decisiones de movilidad, del personal médico y de enfermería estatutario, laboral y funcionario)⁵.

⁴ Conviene hacer notar que, de entrada, a pesar de tratarse de una norma excepcional y de urgencia, va a tener efectos indefinidos. Según la D. F. 4ª RDLT, las medidas incluidas en los arts. 2 y 3 sí tienen un plazo de vigencia -realmente transitorio- de doce meses a partir de su entrada en vigor (aunque pueden ser prorrogadas por decisión de la persona titular del Ministerio de Sanidad por sucesivos períodos de tres meses o inferiores en función de las necesidades organizativas y asistenciales derivadas de la evolución de la crisis sanitaria), pero el art. 1, relativo al teletrabajo público, tiene vigencia indefinida, comportándose realmente como una disposición -teóricamente- estructural y general para la ordenación del trabajo a distancia de todos los empleados públicos de nuestro país.

⁵ Desde el primer punto de vista, el art. 2 autoriza la contratación, excepcional y transitoria, de aquellas personas con grado, licenciatura o diplomatura pero sin título de Especialista reconocido en España para el desarrollo de funciones propias de una especialidad en dos supuestos: a) cuando se trate de profesionales de cualquier titulación que hubieran realizado las pruebas selectivas 2019/2020 de formación sanitaria especializada y, habiendo superado la puntuación mínima en el ejercicio, no hubieran obtenido plaza; y b) cuando se trate de profesionales sanitarios con título de Especialista obtenido en Estados no miembros de la Unión Europea, siempre que el Comité de Evaluación hubiera emitido informe-propuesta. Y por su parte, el art. 3 establece que, de forma igualmente excepcional y transitoria, la Comunidad Autónoma correspondiente pueda destinar al personal estatutario de enfermería y médico facultativo especialista de área de cualquier especialidad, dentro de su centro hospitalario, a unidades asistenciales de otra especialidad distinta de la suya, cuando el número de profesionales de dichas unidades no sea suficiente, como consecuencia de la pandemia por COVID-19 para la atención de los pacientes de dichas áreas y siempre que quede garantizada la asistencia sanitaria de sus unidades asistenciales de origen. Formalmente está claro que los preámbulos forman parte de la norma, aunque quizás cumplan más una función “comunicativa” que “normativa” (innovativa), e incluso la jurisprudencia se ha pronunciado en ocasiones sobre la insuficiencia de los mismos para dar

No parece suficiente para garantizar, al menos, un mínimo común ordenador de los sistemas de prestación a distancia de las tareas públicas. No es que la respuesta jurídica llegue tarde, que también, es que no llega ... Ya hace tiempo que se viene llamando la atención, en un “mundo en disrupción”, de la relativa incapacidad del Derecho Administrativo -en tanto Derecho público común de la “realidad diaria”- para atender proactivamente su tradicional vocación de regulación de la realidad social y económica, en constante mutación, evolución y cambio⁶, con unas Administraciones Públicas acostumbradas más a la previsibilidad y a la estabilidad en su actividad ordinaria⁷. Hoy, además, a estas carencias se unen la excepcional situación provocada por una pandemia sanitaria sin precedentes y las propias insuficiencias de un modelo más que cuestionable de distribución territorial del poder y articulación político-administrativa del mismo.

Sí, se pueden satisfacer lógicamente, aún con excepciones, y de acuerdo con una estrategia general, consensuada y lógica, las necesidades de los ciudadanos desde casa. Hoy, la Administración Pública es electrónica⁸, y la presencialidad no es, *per se*,

“fundamento” o constituir suficiente “presupuesto habilitante” de las prescripciones posteriores, como podría ser el caso, incluso con siete páginas (STC 125/2016, de 7 de julio, cit. por Moreu Carbonell, E., “Nuestro lenguaje: el giro lingüístico del Derecho”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, Vol. 1, (2020), p. 320.

⁶ “El Derecho Administrativo debería posicionarse a la vanguardia de los cambios, en lugar de venir supeditado a ellos, para no estorbar al progreso convirtiéndose en un lastre para la consecución de las aspiraciones sociales y yendo a remolque de las necesidades regulatorias, sino más bien, anticiparse a los nuevos requerimientos, predecirlos, y ser una palanca que contribuya a liderar la satisfacción de las necesidades económicas, políticas y sociales”, Gamero Casado, E., *Desafíos del Derecho Administrativo ante un mundo en disrupción*, Comares, Granada, 2015, p. 1.

⁷ Vid. Alonso Ibáñez, M. R., “Repensar la acción pública local desde nuevos modelos de gestión administrativa”, *REALA*, núm. 14, (2020), p. 50.

⁸ Martín Delgado, I., *Identificación y autenticación de los ciudadanos*, en Gamero Casado, E. y Valero Torrijos, J. (coords.), *La ley de administración electrónica: comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 317. Basten dos previsiones legales para confirmar la aseveración del texto, más allá de los innumerables y meritorios trabajos publicados al respecto en los últimos años: según el art. 70.2 LPACAP, los expedientes tienen -necesariamente- formato electrónico, y, según el art. 75.1 LPACAP, todos “los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los hechos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución, se realizarán de oficio y a través de medios electrónicos, por el órgano que tramite el procedimiento”. Es evidente, pues, la posibilidad, de acuerdo con las también necesarias garantías, de accesibilidad remota inmediata de cualquier empleado público a la plataforma, intranet o espacio de tramitación correspondiente, a fin de consultar el expediente electrónico y realizar cuantas gestiones de instrucción, impulso o desarrollo sean necesarias para emitir la resolución terminal correspondiente en su caso. Sobre la necesidad general de la plena implantación de la e-Administración en nuestro país, tras las diferentes oportunidades perdidas y la brusca implantación -casi *de facto*- motivada por el estado de alarma y el confinamiento generalizado, puede verse con el máximo aprovechamiento Martínez Gutiérrez, R., “Carácter esencial y consolidación de la e-Administración en los Ayuntamientos en tiempos del covid-19”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 6, Junio 2020, p. 108 y ss.: “En definitiva, si la tramitación electrónica de procedimientos ha sido clave durante y después de la crisis del Covid-19 para mantener servicios públicos, tramitar ayudas y subvenciones, etc., no debería desaprovecharse en

sinónimo de eficiencia y eficacia⁹. Sí, sin lugar a dudas, de empatía, relación y cercanía. Pero, ahora, por la estrictas restricciones de movilidad, aforo y distancia interpersonal, y, más adelante, por la propia evolución de los servicios públicos, no parece que estas notas vayan a -volver a- desplazar o a seguir primando sobre otras necesidades más evidentes y continuadas, como son la utilidad de la acción pública, la simplificación y el ahorro de costes para los ciudadanos, la eficiencia, la atención personalizada y continua, la respuesta electrónica automatizada, etc. El teletrabajo público no es sólo una oportunidad, ni una respuesta coyuntural a la crisis sanitaria. Es una necesidad ineludible. Pero su implantación requiere lógicamente una serie de previsiones, aún a completar en cada instancia territorial vía capacidad de autorregulación organizativa, que doten de estabilidad y seguridad a una nueva visión de la función pública¹⁰. Marco normativo -aun lógicamente no exhaustivo en su dimensión básica- fruto no de una imposición legal sobrevenida, excepcional y más voluntarista que eficaz (como sucedió con el estado de alarma)¹¹, sino de un adecuado y transparente consenso regulatorio, capaz de convertir la versatilidad, la resiliencia y la adaptabilidad del empleo público a las que hemos asistido en estos últimos meses, bien que de forma quizás improvisada y asimétrica, en una nueva y real “forma de trabajar” al servicio de los intereses generales,

España la oportunidad de cumplir con la Ley para que la plena y efectiva implantación de la e-Administración sea una realidad en todas las Administraciones públicas de nuestro país”.

⁹ Mucho menos lo que se ha denominado, en el ámbito de las relaciones laborales privadas, el “*presentismo*”, Trujillo Pons, F., “Camino a una nueva Ley sobre el trabajo a distancia (teletrabajo) y el derecho a la desconexión digital en el trabajo”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, (2020). Sobre la tradicional omisión de las referencias a las posibilidades de teletrabajo por parte de los empleados públicos, en un modelo clásico centrado más en el “fichaje” y el “control” que en los rendimientos, la organización propia y los resultados óptimos, puede verse, a propósito de la reforma legal orientada a la implantación del registro horario para los laborales públicos (Real Decreto-Ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo), Hernández Jiménez, H. M., “Control horario y Administración Pública: ¿y el teletrabajo «pa» cuando?”, *Diario La Ley*, núm. 9461, (2019).

¹⁰ De hecho, tales planteamientos no son nuevos en nuestro ordenamiento jurídico. Ya la Disposición Final 6ª de la derogada Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, contenía teóricamente una habilitación expresa para la regulación del teletrabajo, convertida en su texto a continuación en una auténtica obligación de regulación, en un plazo concreto además, para la Administración General del Estado (que ya contaba por entonces con una Orden de 21 de junio de 2006, del Ministerio de Administraciones Públicas, por la que se promovía la implantación de programas piloto de teletrabajo en los departamentos ministeriales). Evidentemente el plazo se incumplió sin aprobación de una normativa general sobre la materia, y, además, la Ley que ha venido a derogarla, la LPACAP, que viene a implantar teóricamente la Administración electrónica como “Administración común”, ni siquiera la menciona.

¹¹ En un terrible escenario de contagios masivos y fallecimientos, la imposición sobrevenida del teletrabajo, tanto en el sector público como en el privado, durante el confinamiento y el estado de alarma se ha enfrentado a los conocidos problemas de la difícil compatibilidad del mismo con las diferentes situaciones familiares, la saturación de los equipos electrónicos domésticos, la falta de capacitación previa y de protocolos generales de actuación, los problemas derivados de la brecha digital y la ausencia de competencias y habilidades informáticas, etc., todo lo cual ha supuesto un reto adicional a la difícil adaptación laboral a las nuevas realidades provocadas por el COVID-19.

sin presencialidad física, pero con recursos económicos, humanos y tecnológicos suficientes¹².

Esa debería ser, en fin, la “nueva realidad”, más que la nueva “normalidad” -puesto que poco hay normal hoy en día- del empleo público en nuestro ordenamiento jurídico.

Pero es que además, y por encima quizás de estas consideraciones, la relación jurídico-funcionarial no es sólo una manifestación “organizativa” de las entidades públicas, sino el cauce formalizado de relación entre la gestión pública y el ejercicio de auténticos derechos subjetivos de los ciudadanos. ¿Es posible entonces primar el teletrabajo obviando el principio de libertad de relación de los ciudadanos con las Administraciones Públicas? (art. 14.1 LPACAP) ¿Puede establecerse de facto, a través además de simples reglamentos organizativos, la obligatoriedad de relación telemática de los ciudadanos? ¿Cuáles serían los servicios públicos “necesariamente” presenciales, mínimos para garantizar una satisfacción efectiva de estos derechos?

Es verdad que, objetivamente, un balance coste-beneficios del teletrabajo necesariamente arroja, rodeado lógicamente de los medios y recursos necesarios -y con determinadas cautelas y límites-, más ventajas que inconvenientes¹³. Así lo han destacado ya numerosos autores, que han resaltado, entre otros, los propios beneficios del modelo de negocio y del funcionamiento (necesariamente electrónico) de la Administración pública por la reducción de costes de establecimiento, así como las contribuciones de mejora global en términos de sostenibilidad medioambiental (disminución de los desplazamientos de vehículos y por consiguiente de la contaminación y la emisión de gases de efecto invernadero, ahorros energéticos en las dependencias administrativas, etc.), conciliación laboral, familiar y personal¹⁴, integración de personas con alguna discapacidad, igualdad efectiva entre mujeres y hombres y mayor realización personal en el desempeño propio de las competencias

¹² Se ha podido decir así que “*la tecnología necesaria realmente ya estaba, y que lo que realmente faltaba era la verdadera voluntad de avanzar en la realidad del trabajo y la relación digital o telemática con el ciudadano*”, Muñoz Pinto, T., “La administración electrónica y la implantación del teletrabajo tras el COVID-19 (Primera parte)”, disponible en <https://www.administracionpublica.com/la-administracion-electronica-y-la-implantacion-del-teletrabajo-tras-el-covid-19-tercera-parte/>. Vid. también las consideraciones generales de Ortiz Chaparro, F., *El teletrabajo. Una nueva sociedad laboral en la era de la tecnología*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, en el contexto general del evidente tránsito de la economía industrial a la economía de servicios, y hoy, a la economía de la información y el conocimiento.

¹³ Sobre las posibles desventajas de las fórmulas genéricas de teletrabajo, para la empresa y los teletrabajadores, puede verse Navarrete Rojas, J., “El teletrabajo, ventajas e inconvenientes”, *op. cit.*, p. 49 y ss.

¹⁴ Como experiencia previa al respecto, desde esta priorización del teletrabajo como fórmula efectiva de conciliación, y no sólo de ahorro económico o funcionalidad organizativa, pueden verse las referencias a la estrategia aprobada en su momento por la Administración General del Estado en Álvarez Ruiz, A., “La introducción del teletrabajo en la Administración General del Estado. Mejoras profesionales y personales”, *Sociología del Trabajo*, núm. 75, (2012), p. 73 y ss.

correspondientes (por ahorro de tiempo y dinero, mejor -y propia- planificación personal del trabajo, mayor autonomía y flexibilidad en la distribución del tiempo y en la utilización de los espacios, contribución al asentamiento y fijación de población en el medio rural, etc.)¹⁵. Para la Administración pública y la organización de los recursos humanos, los sistemas de teletrabajo pueden aportar, así, flexibilidad organizativa, ahorro de costes (energéticos o de alquiler de oficinas por ejemplo), mayor productividad (como consecuencia del ahorro de tiempo no productivo y reducción de las tasas de absentismo) y eficiencia (al articularse sobre una necesaria definición y programación de objetivos y la ulterior evaluación de su cumplimiento)¹⁶, mayor rapidez en la gestión telemática de los asuntos, capacidad adaptativa -innovativa- a nuevas realidades y necesidades sociales, económicas o tecnológicas, mayor facilidad de contratación de personal cualificado con independencia de su residencia, potenciación -e inversión- del uso de las TICs, etc. Para los ciudadanos, accesibilidad y tratamiento sin desplazamientos, gestión electrónica integrada de los procedimientos, posible atención personalizada, etc. Pero en todo caso sería necesario profundizar, como se comentará más adelante, en una serie de presupuestos y elementos colaterales necesarios para una adecuada implantación de estos sistemas, puesto que el teletrabajo público no es sólo cambiar el despacho por la casa, y añadir un artículo dentro de todo el Estatuto Básico del Empleado Público, sino replantear la propia relación jurídico-funcionarial y sus propias premisas normativas de fundamento, así como el conjunto de derechos de los ciudadanos que pueden verse afectados en su caso. Junto a la propia satisfacción de las necesidades tecnológicas y de las propias capacidades técnicas de los empleados públicos, adquieren relevancia, así, desde esta perspectiva, aspectos clave como la planificación estratégica y funcional, la retribución por objetivos (realmente evaluables y

¹⁵ Campos Acuña, C., “El futuro del teletrabajo en la era post-covid”, disponible en <https://concepcioncampos.org/el-futuro-del-teletrabajo-en-la-era-post-covid/>; Pollos Calvo, C., “El teletrabajo debe quedarse para siempre”, *Diario La Ley*, núm. 9655, Junio de 2020 y Davara Rodríguez, M. Á., “Un acercamiento al teletrabajo”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 5, Marzo de 2009, ref. 765/2009, pág. 765 y ss. También, con carácter general, VV. AA., *Teletrabajo. Vivir y trabajar mejor*, Profit, Barcelona, 2020 y Mella Méndez, L. (dir.), *El teletrabajo en España: aspectos teórico-prácticos de interés*, Wolter Kluwer, Madrid, 2017. Como dice el propio preámbulo de la RDLT, como ventajas 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 a la desconexión digital y prestando una especial atención a los deberes en materia de confidencialidad y protección de datos”.

¹⁶ Se ha señalado en este sentido que realmente el teletrabajo implica un nuevo modelo organizacional, diferente al tradicional, tanto en el ámbito público como en el privado, articulado desde la reconsideración de las formas de comunicación interna de la organización o estructura de trabajo y con generación consecuente de nuevos mecanismos de control y seguimiento de las tareas, Montalvo Romero, J., “Teletrabajo: modalidad en expansión”, *Enfoques Jurídicos*, núm. 2, (2020), p. 123.

medibles, independientemente del tiempo de trabajo presencial), la adecuada regulación de la evaluación del desempeño, el denominado “salario emocional”, la utilización y evaluación de indicadores objetivos de desempeño, los instrumentos de movilidad -no física- y de versatilidad funcional en el desarrollo de las tareas públicas, etc¹⁷, como manifestaciones en el fondo de lo que desde hace años se viene conociendo como “nueva cultura administrativa” y presupuestos de lo que debería ser una auténtica “innovación radical” -hacia una gestión inteligente¹⁸- en las formas de organización y funcionamiento de los empleados públicos en nuestro país¹⁹.

La grave crisis sanitaria que padecemos va a arrojar, sin lugar a dudas, numerosas lecciones, de las que debemos aprender. En materia de empleo público, y aún sobrevenida y desarticuladamente, la principal debería ser el aprovechamiento efectivo e inteligente de todos los recursos y capacidades, fundamentalmente las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, y el arrumbamiento definitivo de los esquemas clásicos basados en la presencialidad, el papel y la rigidez organizativa por nuevos enfoques globales y estratégicos sustentados en los resultados, la eficiencia y la valoración del desempeño. Porque la clave, se ha dicho, es la confianza, no el control²⁰.

II. SOBRE EL CARÁCTER BÁSICO DE LA REFORMA, Y SU SUFICIENCIA

Es verdad sin embargo, antes de entrar en la dimensión sustantiva o material de esta nueva regulación -junto con sus deficiencias-, que el panorama competencial existente y la propia complejidad de los títulos habilitantes -y las potestades públicas vinculadas- seguramente han dificultado, como en otras materias, la adopción de una más completa regulación básica en materia de teletrabajo (a lo que habría que unir quizás también en este ámbito la situación económico-presupuestaria de las entidades públicas y la propia convergencia de intereses -individuales y colectivos- presentes). De hecho, ya antes de

¹⁷ Así, por ejemplo, Almonacid. V., “El teletrabajo en la Administración: horas eficientes versus horas de sillón”, disponible en <https://www.cositcaceres.org/el-teletrabajo-en-la-administracion-horas-eficientes-versus-horas-de-sillon/>. Como bien dice el autor, “*en definitiva la tecnología redefine la concepción tradicional del trabajo por cuenta ajena*”.

¹⁸ Rivero Ortega, R., “Gestión pública inteligente, innovación e información: oportunidades y riesgos del Big Data administrativo”, *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 86, (2017), pp. 141-152.

¹⁹ Vid. el monográfico sobre “La innovación en el empleo público: una necesidad ineludible”, en *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. V, Noviembre de 2019. Quizás no se trate tanto, pues, de una mayor o menor exhaustividad regulatoria, aunque sea necesario en cualquier caso un marco mínimo uniforme de garantía, sino de la implantación de una -radicalmente- nueva “*cultura organizacional*”, donde deba primarse -lógica y adecuadamente- el trabajo por objetivos, metas o tareas específicas, de acuerdo con un adecuado seguimiento -personal y externo-, y no tanto el control -presencial o remoto- de horarios, y donde se sustituya la rutina, la burocracia y el papel (procesos) por la concentración y organización personal de las tareas (resultados), de acuerdo con una planificación coherente, disfrutando de un mayor equilibrio entre la vida laboral y familiar.

²⁰ Campos Acuña, C., “El futuro del teletrabajo ...”, *op. cit.*

la aparición del RDLT, algunas Comunidades Autónomas, y también entes locales, habían aprobado normas, en algunos casos acompañadas del correspondiente desarrollo reglamentario, con la pretensión de -una relativa- ordenación estructural de esta modalidad de trabajo público (aunque en algunos casos con carácter meramente programático, organizativo o estratégico)²¹.

Lo básico se ha traducido así en una regulación mínima, sumamente abierta -por deslegalizante- y ambigua desde el punto de vista de su operatividad. Lo que contrasta con el inmediatamente anterior Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia (diferenciación terminológica entre normas que, más allá de su ubicación sistemática, carece de explicación suficiente), donde sí se establece una regulación mucho más completa y adecuada de esta modalidad de trabajo en el seno de las relaciones laborales privadas²². En el caso del RDLT, seguramente a la

²¹ Así, la Ley 10/2010, de 9 de julio, de ordenación y gestión de la Función Pública Valenciana, cuya D. A. 10ª establecía: “*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*”, cuyo desarrollo reglamentario tuvo lugar mediante 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; la Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura, cuyo art. 50 ha sido desarrollado por el Decreto 1/2018, de 10 de 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; la Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia, cuyo art. 107 ha sido desarrollado por la Orden de 5 de septiembre de 2016; o, en fin, 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 Autónoma de Castilla y León. Para un estudio exhaustivo de estas normas -y el resto de normativa autonómica previa- puede verse Villalba Sánchez, A., “El teletrabajo en las Administraciones Públicas”, *Lan Harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm. 36, (2017), p. 223 y ss.

²² Es verdad, no obstante, que en el caso del personal laboral la situación -competencial y regulatoria- es menos complicada. La competencia estatal para la regulación de su régimen jurídico no es sólo básica, sino general. No cabe aquí, pues, margen de desarrollo, complemento o adaptación por parte de las Comunidades Autónomas (salvando quizás aspectos accesorios o colaterales, no sustantivos, de la relación laboral de empleo público). Su complemento ha de buscarse directamente en la propia legislación laboral, común o general (Estatuto de los Trabajadores) o singular y convencional. Sobre la necesidad de una regulación general y completa también en este ámbito ya se había pronunciado también la doctrina laboralista con anterioridad, por ejemplo Sierra Benítez, E. M., “Valoración crítica y propuesta de mejora de la regulación del trabajo a distancia en la normativa estatal y autonómica”, *Trabajo y Derecho*, núm. 29, (2017) y, sobre todo, García Romero, Mª. B., *El teletrabajo*, Civitas, Madrid, 2012, ante la mera existencia previa de previsiones parciales, y también de naturaleza -y motivación- puramente coyuntural (así, el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, de modificación del art. 13 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, que esbozaba por primera vez en nuestro ordenamiento el trabajo a distancia basado en el uso intensivo de las nuevas tecnologías, modificando la ordenación clásica del denominado trabajo a domicilio), *vid.* Dávila Rodríguez, M. Á., *El teletrabajo*, El Consultor de los Ayuntamientos, núm. 18, (2012), p. 2072 y ss. Como se ha dicho, con esta modificación normativa “*cambia el tenor del precepto anteriormente vigente, que aludía al trabajo a domicilio, en pos de la construcción de un concepto genérico donde encuentra cabida aquél, pero también cualquier otra forma de trabajo no presencial. [...], aunque en ningún momento se alude a la utilización de las nuevas tecnologías de la información y de la*

improvisación, la premura político-parlamentaria y la propia falta de desarrollo previo de la norma de cobertura (TREBEP), esta insuficiencia regulatoria -traducida en inoperancia práctica desde el punto de vista de la organización efectiva del empleo público y en inseguridad jurídica para los ciudadanos en sus relaciones con la Administración- ha podido obedecer, de un lado, a la propia intensidad de las potestades de organización de las entidades públicas y, de otro, a la incapacidad -o asumida negación- de traducir la negociación colectiva y el consenso en una serie de previsiones suficientes para garantizar una efectiva implantación de esta modalidad de trabajo en todas las entidades públicas de nuestro país. Y el resultado es una norma -eufemísticamente hablando- exigua, que permite no la colaboración legal de las Comunidades Autónomas en su desarrollo (principio estructurante de las relaciones normativas de descentralización) sino su atomizada integración reglamentaria por cada Administración Pública. Consecuencia: una futura reglamentación fragmentada -y por ello ineficiente-, asimétrica y diferenciada entre Administraciones, frente a derechos básicos “potencialmente” iguales de los ciudadanos y un paradigma “necesariamente” óptimo de implantación de una nueva forma de atender los asuntos públicos²³.

El art. 1 RDLT se apoya, así, en los apartados 7º y 18º del art. 149.1 CE, que atribuyen al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas, y en materia

comunicación en el desempeño del trabajo a distancia, rasgo característico de una especie perteneciente a aquel género: el teletrabajo”, Villalba Sánchez, A., “El teletrabajo en las Administraciones Públicas”, Lan Harremanak: Revista de relaciones laborales, núm. 36, (2017), p. 219. Sobre los distintos aspectos y elementos de la nueva normativa puede verse por ejemplo la obra colectiva de Godino Reyes, M. (coord.), La nueva regulación del trabajo a distancia y el teletrabajo, Ediciones Francis y Taylor, Madrid, 2020.

²³ El riesgo, con relación a lo sucedido en los primeros meses de pandemia, ya ha sido puesto de manifiesto de hecho por distintas instancias, aunque obviamente la excepcionalidad de la situación (y de sus efectos, fundamentalmente el confinamiento general y obligatorio) marcara decisivamente las decisiones adoptadas. Se estableció así, prácticamente *de facto*, un sistema dual de servicios a la ciudadanía, consistente en la determinación de un perímetro de servicios esenciales, que debieron seguir prestándose en todo caso, pasando el resto de servicios y actividades, siempre que ello fuera posible, a prestarse por medios telemáticos. Pero esta concepción binaria realmente estaría poniendo en entredicho una regla normativa perfectamente asentada en el ordenamiento jurídico según la cual las personas físicas no están obligadas a relacionarse electrónicamente con las Administraciones Públicas (art. 14 LPACAP), problema agravado además en el caso de personas vulnerables (por razones de edad, por motivos económicos, por falta de formación, etc.) o carentes de medios tecnológicos y las competencias digitales necesarias para entablar dichas relaciones electrónicas con las Administraciones públicas (en algunos casos para el acceso o solicitud de ayudas vitales o mínimas en esos momentos), lo cual no sólo no era una obligación legal, sino un doble incumplimiento normativo, dada la falta de asistencia en muchos casos a dichas personas por parte de las propias entidades públicas para realizar cualquier tipo de trámites por medios electrónicos (art. 12 LPACAP), *vid.* la Recomendación general del Ararteko 4/2020, de 5 de noviembre, sobre la necesidad de reforzar la atención ciudadana para evitar perjuicios en el ejercicio de los derechos de las personas en sus relaciones con las Administraciones públicas y de adoptar medidas para luchar contra la exclusión digital en situaciones de emergencia como las derivadas de la pandemia de la Covid-19.

de bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios.

La atribución al Estado de la competencia exclusiva para dictar la legislación básica del régimen estatutario de los funcionarios públicos responde tanto a criterios de garantía de una sustancial igualdad de las condiciones de empleo de los funcionarios como a razones de solidaridad territorial y control del gasto público. Pero a partir de aquí, y como es sabido, el ámbito de la reserva legal no tiene por qué coincidir con el de la competencia básica estatal. La cuestión estriba, pues, en la densidad de lo básico, sólo como *mínimo común normativo*, es decir, como conjunto de principios garantizadores solamente de un tratamiento o regulación común, pero con amplio margen de maniobra en manos de las Comunidades Autónomas (así, STC 103/1997, de 20 de mayo, sobre el carácter básico del art. 24.1 de la LMRFP) o como *garantía directa y material de uniformidad*, es decir, como conjunto de reglas o criterios generales de regulación -más o menos- homogénea de un sector o materia determinados (en donde no habría ya una “norma de principios” o “norma marco”, sino una regulación primaria, nunca exhaustiva, a integrar y completar por la legislación de desarrollo), en este caso de la relación jurídico-funcionarial.

El EBEP y el posterior TREBEP son claros ejemplos de la primera posibilidad. La denunciada elasticidad del concepto constitucional de “bases”, aún desde el criterio indisponible y definitorio de la necesaria colaboración internormativa para la regulación de la materia de que se trate, han conllevado la consagración de una normativa sumamente flexible y versátil, pero no desarrollada en muchos de sus puntos clave.

Es verdad que una de las máximas expresiones del principio de autonomía es la potestad de autoorganización, junto con la competencia para la estructuración, régimen y funcionamiento de las instituciones de autogobierno, y, dentro de aquélla, de organización del personal correspondiente²⁴, pero el hecho es que, con el RDLT a la vista, este enfoque de regulación mínima y desarticulada puede no sólo poner en entredicho la efectividad de las -imperiosas- medidas que pretende acoger -aún sin desarrollar-, sino, más grave aún, comprometer la tutela efectiva de los derechos de los ciudadanos susceptibles de verse afectados por la virtualización masiva de los procedimientos y relaciones jurídico-públicas. La Administración electrónica no es, sin

²⁴ Hay que entender hoy en día, desde el EBEP, y en virtud de la reseñada flexibilización de los títulos estatales de normación, que la competencia básica estatal sobre función pública se reduce al establecimiento, para todas las Administraciones Públicas, de las bases mínimas uniformes de la relación estatutaria de servicio, en sus elementos estructurales o principales (*relación de servicio*), sin abarcar los aspectos organizativos y de gestión que corresponderían a las Comunidades Autónomas (con respecto a sus propias estructuras administrativas y a las de las entidades locales, sin perjuicio del reconocimiento de la garantía de la autonomía local) en virtud de sus competencias sobre autoorganización (*relación orgánica*).

más, sinónimo de teletrabajo, trabajo remoto o a distancia, sino la precisa y adecuada articulación de procedimientos telemáticos de trabajo y relación rodeados de las máximas garantías de seguridad, confianza y protección para los ciudadanos²⁵. Lo mismo que el conjunto de derechos y obligaciones -como pretende el RDLT- de los empleados públicos en teletrabajo no puede ser, inmediatamente, el contenido en el marco estatutario, y los derechos digitales de los ciudadanos una simple remisión genérica -e incondicionada- a las normas correspondientes. Sólo por estas razones de índole dogmática, el RDLT debería haber acogido, como se sostiene aquí, una regulación mucho más completa, adecuada y razonable de los sistemas de teletrabajo público y los sujetos participantes en su desarrollo.

El RDLT no contiene verdaderamente, en fin, ni este mínimo común normativo, como marco principal, de la ordenación del teletrabajo público en nuestro país. Ni desde la perspectiva del empleo público, que ha sido la utilizada -al menos pretendidamente-, ni mucho menos desde la perspectiva de la relación externa de servicio -que ha sido obviada-. Es evidente el carácter difuso de una pretendida línea de división en nuestro ordenamiento entre lo que sería ordenación del personal y ordenación de las estructuras donde aquel se integra (¿qué sería el teletrabajo, entonces?). Muchas cuestiones aparentemente “materiales”, es decir, de regulación del contenido de la relación estatutaria de los funcionarios públicos, tienen una marcada incidencia, o incluso condicionamiento, de las decisiones estructurales, organizativas o de gestión; y al revés, factores pretendidamente “orgánicos”, remitidos en principio a la legislación de desarrollo, presentan una más que evidente “carga” sustantiva. En nuestro caso, y quizás por la compleja situación que atravesamos, es que no parece haberse planteado ni siquiera la cuestión, al dejarse prácticamente “en blanco” una regulación aparentemente sustantiva (y no puramente organizativa) como es la prestación de servicios a distancia por los trabajadores públicos (insuficiencia que, a la luz de lo ocurrido en los últimos años, quizás tampoco vendría a ser cubierta por la legislación propia de cada Comunidad Autónoma).

Se trata, en fin, de una -aparente- regulación claramente insuficiente, dado el ambicioso ámbito de aplicación de la norma (en el espacio político-territorial y en el tiempo)²⁶, y que puede provocar en la práctica de la gestión pública, ya afectada por los

²⁵ Vid. así por ejemplo, desde los primeros análisis de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, las consideraciones de Cotino Hueso, L., *Derechos del ciudadano*, en Gamero Casado, E. y Valero Torrijos, J. (coords.), *La Ley de Administración Electrónica*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008.

²⁶ No parece ocioso recordar que se trata de un ejemplo más, como estamos viendo en nuestro país en los últimos meses, de regulación “excepcional”, y teóricamente por razones de urgencia, de una materia o cuestión sin embargo “ordinaria” y “común”, y con vigencia indefinida desde su ratificación como norma con valor de Ley.

convulsos cambios de los últimos meses, un doble orden de problemas: de un lado, falta de aplicación, desarrollo y articulación adecuados, por su falta sustancial de medidas efectivas y directas, y de otro, una enorme diversidad de soluciones (¿organizativas?) según su desarrollo (meramente reglamentario además) en el ámbito -y con las circunstancias²⁷- de cada Administración Pública.

Una solución alternativa podría haber sido, como ya se había acogido de hecho en algunas Comunidades Autónomas, el establecimiento de una doble vía o regulación de la ordenación del teletrabajo, común y excepcional. En el primer caso, y como aparentemente pretende ahora el RDLT, se establecerían las normas ordinarias para su desarrollo o implementación, mientras que la segunda posibilidad se reservaría, como ha sido el caso, para situaciones excepcionales, de urgencia o especiales, con diferentes previsiones lógicamente en uno y otro caso. Es el caso por ejemplo del Decreto 79/2020, de 16 de septiembre, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, por el que se regula la modalidad de prestación de servicios en régimen de teletrabajo en la Administración autonómica, donde se contienen, primero, una serie de disposiciones generales u ordinarias, acompañadas, después, del régimen del teletrabajo para situaciones extraordinarias o excepcionales (necesidades de prevención de riesgos laborales, razones de emergencia sanitaria, traslados o mudanzas entre distintos edificios o distintos puestos en un mismo edificio, circunstancias de fuerza mayor, etc.), con requisitos y un procedimiento de aprobación diferente y adaptado (art. 14). Y es que, como bien se ha dicho, *“el desempeño de las funciones en régimen de teletrabajo o a distancia es una posibilidad que no está vinculada a la vigencia del estado de alarma, ni a situaciones extraordinarias de pandemia, sino que forma parte de un modelo organizativo sobre el que corresponde decidir a la respectiva entidad en ejercicio de su*

²⁷ Claramente se ha apuntado que con la pretendida excusa de dejar, dado el carácter de mínimos de la regulación, margen de regulación al legislador autonómico de desarrollo, lo que se encierra en esta previsión es una llamada “desesperada” a la negociación colectiva y su formalización en la regulación reglamentaria que haga cada nivel de gobierno, *“que aparece implícitamente habilitado para regular la materia, si es que la sensatez y el buen juicio del legislador autonómico no lo impiden”*, Jiménez Asensio, R., “Teletrabajo (a la carta) en las Administraciones Públicas”, disponible en <https://rafaelijimenezasensio.com/?s=a+la+carta>. Una visión positiva por el contrario de la concertación social, en tanto presupuesto de legitimidad social y política de la norma y la -deseable- perdurabilidad en el tiempo de las previsiones introducidas, puede verse en García Jiménez, M., “Las Administraciones Públicas ante el reto de la «transformación digital»: la normalización del teletrabajo como vía de modernización, aunque también como pilar para el bienestar de los empleados y las empleadas públicas”, disponible en línea en <https://www.transformaw.com/blog/las-administraciones-publicas-ante-el-reto-de-la-transformacion-digital-la-normalizacion-del-teletrabajo-como-via-de-modernizacion-aunque-tambien-como-pilar-para-el-bienestar-de-lo/>

*potestad de autoorganización, desde el respeto a los derechos de las personas trabajadoras y la garantía de servicio público*²⁸.

III. ORDENACIÓN DEL TELETRABAJO

1. Apuntes sobre su conceptualización legal

Define el propio apartado primero de este nuevo art. 47 bis TREBEP 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 las tecnologías de la información y comunicación*”.

No es la primera vez, ni será la última, que una norma encabeza su contenido dispositivo con la propia definición de su objeto, ámbito de aplicación o materia a regular. La opción legislativa, siguiendo claramente el ejemplo de las normas comunitarias (donde sí tiene claro sentido, por la diversidad de sujetos y regímenes receptores y la necesaria uniformidad interpretativa básica de sus elementos), puede tener lógicamente una finalidad aclaratoria, interpretativa (oficial) o incluso de perfilación jurídico-conceptual²⁹, si se encuentra adecuadamente articulada (donde quizás se compensan las posibles restricciones interpretativas con la seguridad jurídica de la noción legal), del conjunto de previsiones posteriores, pero también puede provocar ciertas disfunciones: la principal, interpretar adecuadamente la definición y aclarar lo que queda bajo su radio de acción y lo que no.

Y es nuevamente este caso, desde el curioso contraste entre la parquedad regulatoria (material) y la pretendida conceptualización (general) de encabezamiento.

A primera vista, las dudas son evidentes: ¿Es el teletrabajo de verdad una mera modalidad del empleo público o es realmente un régimen de organización y funcionamiento del personal de las Administraciones Públicas?³⁰ Si es una modalidad,

²⁸ Campos Acuña, C., “La nueva regulación del teletrabajo en el sector público: claves para su traslación al ámbito local”, *Revista digital CEMCI*, núm. 47, (2020).

²⁹ Desde una perspectiva formal, se ha señalado que las definiciones en las propias normas, como apartados de carácter metalingüístico, mejoran efectivamente el lenguaje normativo (Moreu Carbonell, E., “Nuestro lenguaje ...”, *op. cit.*, p. 320), aunque también es verdad que las definiciones no son *per se* conceptos jurídicos, sino que más bien ofrecen criterios para la interpretación de los términos incluidos en la norma, *vid.* Díez Sastre, S., “La formación de conceptos (dogmáticos) en el Derecho público”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 31, (2015), p. 19.

³⁰ Incluso en el ámbito laboral privado, donde las categorías estudiadas presentan perfiles quizás más nítidos, se ha aseverado que “*el trabajo a distancia no es una modalidad contractual, sino una forma de organización de la actividad productiva empresarial*”, Sierra Benítez, E. M., “Valoración crítica y propuesta de mejora ...”, *op. cit.*, p. 4.

¿cuáles son las demás? ¿Qué hay que entender por prestación de servicios como ámbito de aplicación del teletrabajo, sólo su concepción estricta o todo tipo de actividad administrativa? Si es el segundo caso, ¿qué actividades administrativas serían susceptibles de teletrabajo y cuáles no? ¿Toda actividad de teletrabajo es una actividad de trabajo a distancia, incluyendo por ejemplo el trabajo remoto? ¿Qué debe entenderse por dependencias de la Administración? ¿El trabajo a distancia o domiciliario -por ejemplo de estudio, análisis o evaluación- sin el uso de las tecnologías de la información y la comunicación no es teletrabajo?, etc, etc.

Sí puede convenirse quizás, como punto de partida, en que se trata de una forma, sistema y/o ejecución del trabajo y de prestación y realización de determinadas tareas y funciones públicas fuera (a distancia o remotamente) de las dependencias administrativas habituales, en gran parte o principalmente, y a través en principio de las tecnologías de la información y la telecomunicación³¹. De esta definición, y de la previsión legal antes reseñada, se podrían extraer las siguientes características -y dudas interpretativas-:

- La prestación de funciones a través del teletrabajo sería una modalidad, forma o sistema de desarrollo de funciones, y no solamente servicios en sentido estricto³², por parte de los empleados públicos de naturaleza no presencial. Lógicamente la diversidad de estructuras, puestos y unidades administrativas, en las miles de Administraciones públicas de nuestro país, hace difícil asumir un concepto, contenido y características uniformes del criterio de la (no)presencialidad de los empleados públicos, pero en principio la característica básica del teletrabajo sería la ausencia física del empleado público de su lugar habitual del trabajo, sustituyéndola por un trabajo en línea, a distancia, remoto u *on line*. A su vez, y obviamente, estas submodalidades tendrían sus propias

³¹ Más descriptiva, pero a la vez condicionante, es la definición contenida, en la regulación preexistente, por ejemplo en la Orden 1981/2006, de 21 de junio, del Ministerio de Administraciones Públicas, por la que se promueve la implantación de programas piloto de teletrabajo en los departamentos ministeriales de la Administración General del Estado: “se entenderá por teletrabajo 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”. Vid. Thibault Aranda, X., “Aspectos jurídicos del teletrabajo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 11, (1998), p. 92 y ss.

³² La normativa autonómica previa en este punto, sin embargo, prácticamente en su totalidad, ha venido a calificar el teletrabajo como una modalidad de prestación de servicios. alguna normativa lo describe, incluso, como “modalidad de jornada de trabajo” (Decreto vasco 92/2012, de 29 de mayo), aludiendo más al tiempo de trabajo que al desempeño del puesto de trabajo, en asimilación anacrónica a los postulados clásicos de la organización que se critica más adelante en el texto.

características y diferencias, lo que hace complicado, como se apuntaba, establecer categorizaciones generales como sucede en este caso;

- El trabajo a distancia no se desarrolla en las oficinas administrativas, pero tampoco exige el RDLT que se lleve a cabo en el “domicilio” del empleado público. ¿Podría entonces desarrollarse en otro lugar? Obviamente durante el confinamiento así era, pero ahora realmente no se precisa expresamente. Sólo se exige que la prestación de servicios se realice a distancia y fuera de las dependencias de la Administración. Si se opta por esta interpretación, lógicamente debería exigirse la identificación o constancia del lugar concreto de desarrollo de estas funciones (al margen de la posibilidad de su identificación automática remota vía conexión telemática del empleado público), con independencia de su carácter definitivo o estable o meramente eventual, parcial o dinámico;

- Como límites básicos habrían de tenerse en cuenta los dos siguientes: uno, la susceptibilidad del acervo competencial del órgano -y no de la persona física que lo ocupa- de desarrollarse o ejecutarse a distancia o electrónicamente (lo cual es lógico desde el punto de vista de la factibilidad del trabajo a distancia³³, pero con el problema de no concretarse, ni siquiera genéricamente, qué servicios o puestos de trabajo sí pueden prestarse a distancia y cuáles no³⁴); y dos, que las

³³ De hecho, existe ya con anterioridad jurisprudencia en este sentido, como por ejemplo la STSJ de Galicia de 9 de octubre de 2019, rec. 3822/2019, donde se ratifica la decisión de la Administración correspondiente “*al considerar que por las características del puesto de trabajo de la actora, y teniendo en cuenta las funciones que tiene atribuidas, no resulta compatible compaginar el teletrabajo con las competencias que la actora tiene asignadas*” (F. J. 5^o).

³⁴ En el Preámbulo sí se especifica, acertadamente, que, como requisito previo a su desarrollo o puesta en marcha, deberá valorarse el carácter susceptible de poder realizarse mediante teletrabajo las tareas asignadas al puesto correspondiente. Será, pues, una previsión a concretar en la normativa de desarrollo y a implementar en el seno de cada Administración pública. Pero en todo caso parece exigirse una auténtica, justificada y previa “valoración”, que excluya fórmulas decisionales totalmente discrecionales en este ámbito, y que permita discriminar realmente, dentro del ámbito competencial correspondiente, qué tareas y funciones podrán ser desarrolladas adecuadamente a través del teletrabajo. En principio habrá que entender que no serían susceptibles del mismo los servicios y funciones de atención directa al ciudadano, aunque también en este caso podrían utilizarse las ya implantadas fórmulas de teleasistencia. El único problema es que no todo lo que se anuncia en el Preámbulo, como es el caso, se concreta o prevé al menos en el -mínimo- articulado de la reforma. Y no digamos ya las -etéreas y grandilocuentes- previsiones que completan este apartado del Preámbulo: porque además de la evaluación de la adecuación de las tareas al teletrabajo, proceso técnico y de análisis que en principio podría a mi juicio fácilmente llevarse a cabo, en el marco por ejemplo de las revisiones de los instrumentos de ordenación interna de los puestos de trabajo (sobre su constancia en las propias RPTs, *vid.*, por ejemplo, el Dictamen del Consejo Consultivo de Castilla y León de 17 de febrero de 2011, sobre el proyecto de Decreto por el que se regula la jornada de trabajo no presencial mediante el teletrabajo en la Administración de la Comunidad de Castilla y León), también será necesaria una evaluación y planificación preventiva (¿?), así como la formación en competencias digitales necesarias para la prestación del servicio. Lógicamente no son previsiones tan inmediatas, concretas y fáciles de implementar, y que pueden escapar lógicamente del radio de acción básico de la reforma, pero el hecho es que aparecen en el Preámbulo pero luego no en el articulado, con las consiguientes -y

necesidades del servicio, en conocida fórmula ambigua y difusa, pero vinculante, lo permitan³⁵;

- Y finalmente, este trabajo a distancia deberá desarrollarse (no se concreta si de forma absoluta o relativa, total o parcial) mediante el uso de tecnologías de la información y la comunicación³⁶.

Tanto por la -escueta y abierta- definición anterior como por la propia naturaleza de la relación de empleo en uno y otro caso, sí parece que habría que diferenciar entre el teletrabajo (de los empleados públicos) y el trabajo a distancia (de los trabajadores privados), como auténtica modalidad de contrato de trabajo. De hecho, según el Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, éste debe ser entendido como aquel que se realiza fuera de los establecimientos y centros habituales

más que justificadas- dudas interpretativas ... Como se ha reseñado, en fin, “es constatable un cierto margen de discrecionalidad en la concesión de la prestación del teletrabajo, por ello, y aunque esta modalidad de servicio debe quedar sujeta a las necesidades del servicio, es posible proponer que ese espacio de discrecionalidad se acote mediante la previsión ex ante de los puestos que pueden desempeñarse de este modo, estableciendo al efecto una concreción en la relación de puestos de trabajo (RPT)”. De esta forma se dotaría de “mayor seguridad jurídica a esta modalidad de servicio, y permite un control jurisdiccional más extenso de las resoluciones administrativas que se adopten en tal sentido” (Antelo Martínez, A. R., “El teletrabajo ...”, *op. cit.*). En la normativa autonómica previa sí se han concretado, en positivo y en negativo, los puestos de trabajo susceptibles de ser desarrollados en la modalidad de trabajo no presencial, confiriendo a la fórmula una mayor seguridad jurídica y objetividad (decisional). Así por ejemplo, se han considerado como puestos de trabajo susceptibles de teletrabajo aquellos cuyas funciones principales consistan en el estudio y análisis de proyectos; la elaboración de informes; asesoría: redacción y tratamiento de documentos; inspección; gestión de sistemas de información y comunicaciones; análisis, diseño y programación de sistemas de información y comunicaciones; traducción; y, en abierto incluso, “*otras funciones que, a juicio de la Viceconsejería de Función Pública se consideren susceptibles de ser desempeñadas mediante la modalidad de teletrabajo*”. Y no lo serían los puestos con las siguientes características: puestos en oficinas de registro y atención e información al ciudadano; puestos cuyas funciones conlleven necesariamente la prestación de servicios esenciales; puestos que lleven aparejadas funciones de dirección, coordinación o supervisión; y puestos de Secretaría de Alto Cargo (art. 4.1.b del Decreto vasco núm. 92/2012, de 29 de mayo). En otra normativa autonómica se ha optado, sin embargo, por fórmulas más genéricas y funcionales. Según el art. 3.1.a) del Decreto catalán 77/2020, de 4 de agosto, se señala simplemente que la susceptibilidad de un puesto de trabajo para ser ejercido en la modalidad de teletrabajo vendría determinada por la posibilidad de “*que pueda desarrollarse de forma autónoma y no presencial, sin necesidad de supervisiones presenciales o continuadas, atendiendo a sus características específicas y a los medios requeridos para su desarrollo*”.

³⁵ La fórmula limitativa reseñada, como concepto jurídico indeterminado, ya había sido invocada por la jurisprudencia con anterioridad a fin de destacar su prevalencia sobre los márgenes de flexibilización del horario de trabajo, como fórmula de adaptación a las necesidades del empleado público. Como dice por ejemplo la STSJ de Galicia núm. 541/2015, de 14 de octubre, rec. 64/2014, “*la posibilidad de dotar de flexibilidad al horario viene condicionada, por un lado, a la salvaguarda de las necesidades del servicio y, por otro, a que se establezca dentro de unos límites previamente acordados por la Administración*”.

³⁶ Por todos, por ejemplo, Roldán Martínez, A., “El marco jurídico del teletrabajo”, *Boletín jurídico de la Universidad Europea de Madrid*, núm. 7, (2004), p. 7 o Pérez Agulla, S., *El teletrabajo en la era digital*, en Monreal Bringsvaerd, E.; Thibault Aranda, X. y Jurado Segovia, Á. (coords.), *Derecho del Trabajo y nuevas tecnologías. Estudios en homenaje al profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (en su 25º Aniversario como Catedrático de Derecho del Trabajo)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 425 y ss.

de la empresa, y del que el teletrabajo es una subespecie que implica la prestación de servicios con nuevas tecnologías³⁷. No parecen trasladables estas consideraciones al teletrabajo “público”, porque en el RDLT no se diferencia entre ambas modalidades, identificando sin más teletrabajo con trabajo a distancia, desde una perspectiva de la relación y prestación de empleo mucho más amplia y omnicompreensiva (de la diversidad -funcional y territorial- de situaciones y de la propia naturaleza jurídica de la relación: funcional, laboral, eventual, etc.). A tenor de esta interpretación, cualquier empleo público laboral podrá desarrollar en su caso teletrabajo, con independencia del tipo de contrato, pero, y aquí surge la duda principal, teóricamente no cabría teletrabajo -o trabajo a distancia- sin usar para su desempeño medios informáticos o de telecomunicación. Hay aquí una clara identificación entre el trabajo a distancia y el “trabajo conectado”, sin margen -temporal, funcional o material- a otras modalidades de desempeño no presencial de las tareas públicas. Es verdad que será la fórmula, y el sistema normal de desempeño, y que dependerá de cada Administración, estructura, ordenación y carga competencial de los puestos, pero tampoco resulta difícil pensar en determinados órganos y empleos públicos, por ejemplo un arquitecto municipal, donde es posible pensar en un trabajo a distancia no electrónico (al menos no electrónico de forma absoluta y constante), e incluso fuera -en mayor o menor medida- del domicilio del empleado público³⁸. La interpretación alternativa, y más factible entonces, será que podrán existir otras modalidades de prestación de servicios a distancia pero que quedan fuera de esta nueva regulación.

Desde una perspectiva más genérica, pero a la vez más clara y descriptiva, se ha podido concebir el teletrabajo como una forma flexible de organización del trabajo, destacándose así la nota quizás esencial en la caracterización funcional del mismo³⁹, su

³⁷ Según el art. 2 de dicha norma, el “trabajo a distancia” es la 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, mientras que el “teletrabajo” es el trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación. Esta dualidad clasificatoria parece mucho más adecuada y entendible, admitiendo la existencia de trabajo a distancia o no presencial distinto del teletrabajo, e incluso de fórmulas de teletrabajo no exclusivamente desarrolladas a través de medios electrónicos o telemáticos. Sobre estas ideas pueden verse por ejemplo las consideraciones de Fernández Nieto, L. A., “El teletrabajo: de actor secundario a protagonista en el escenario del Covid-19”, *Diario La Ley*, núm. 9703, 24 de septiembre de 2020.

³⁸ Como se ha dicho, parece así que “*el teletrabajo, más aún dado su exclusivo contenido telemático o de aplicación de TIC, sólo es idóneo para determinados puestos de trabajo. Tal y como ha quedado configurado por el legislador básico, salvo que se hagan interpretaciones más amables, para tareas de uso intensivo y exclusivo del ordenador, lo cual no parece una opción muy acertada pues podría penalizar el ejercicio del trabajo a distancia de otras actividades cualificadas*”, Jiménez Asensio, R., “Teletrabajo (a la carta) ...”, *op. cit.*

³⁹ Sobre el análisis funcional de los conceptos jurídicos, y su operatividad, puede verse con el máximo provecho Díez Sastre, S., *La formación de conceptos en el Derecho público. Un estudio*

versatilidad y flexibilidad organizativas y de prestación de los servicios⁴⁰, consistente en el desempeño de la actividad profesional -en nuestro caso, el conjunto de competencias y responsabilidades atribuidas al órgano administrativo de que se trate, aunque no todas sean susceptibles de ello y no todas se ejecuten así- sin la presencia física del trabajador en la empresa (o en las dependencias administrativas de que se trate), durante parte importante del horario laboral (no todo, por tanto, admitiéndose la posibilidad de fórmulas mixtas, a través por ejemplo de la alternancia de horas o días -vía planificación de rotaciones-, la redistribución de horarios o la compatibilidad de fórmulas de actuación⁴¹). Esta actividad profesional implicaría el uso frecuente (no exclusivo ni excluyente, pues) de métodos de procesamiento y gestión electrónica de la información y el uso permanente de algún medio de telecomunicación para el contacto entre el trabajador y la empresa⁴².

2. Naturaleza jurídica de la relación pública de teletrabajo

Ya se ha comentado que en el RDLT, el teletrabajo aparece configurado, aún a grandes rasgos, como una nueva “modalidad” común, y “contextual”, de la actividad de todos los empleados públicos de nuestro país. Se trata, pues, de una posibilidad (organizativa) general y de vigencia indefinida. Pero, ¿es o no prioritaria o preferente en la actualidad?

En su momento, y como se sabe, tras la declaración del estado de alarma (Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo), se aprobaría el Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, en el que se recogían un conjunto de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, acogiendo entre ellas el art. 5

de metodología académica: definición, funciones y criterios de formación de los conceptos jurídicos, Marcial Pons, Madrid, 2018.

⁴⁰ En este sentido, desde la perspectiva privada-laboral, por ejemplo, Buirra, J., *El teletrabajo. Entre el mito y la realidad*, Editorial UOC, Barcelona, 2012, p. 25.

⁴¹ Como se ha comentado, la normativa de desarrollo y adaptación del RDLT deberá concretar específicamente, entre otras muchas cuestiones, la propia ordenación temporal de las actividades de teletrabajo, en atención a las circunstancias concurrentes en cada Administración Pública. Y en principio se tratará de compatibilizar inteligentemente trabajo presencial, trabajo a distancia y rotación adecuada, en lo que se ha denominado como un nuevo modelo de “Administración híbrida”, R. Jiménez Asensio, “La Administración híbrida (presencialidad, trabajo a distancia y rotación)”, disponible en <https://rafaeljimenezasensio.com/2020/04/22/la-administracion-hibrida-presencialidad-trabajo-a-distancia-y-rotacion/>: “Habrá que caminar hacia protocolos de inmersión sobre gestión híbrida del trabajo, que impliquen decisiones tecnológicas, dotación de infraestructuras necesarias también de carácter técnico y de seguridad, planificación de edificios y recursos, modificación de horarios de trabajo, una buena programación logística, pero en especial mucha organización y gestión, así como un fuerte liderazgo contextual, para conducir adecuadamente la puesta en marcha del nuevo modelo”.

⁴² Gray, P., “The virtual workplace”, *OR/MS*, Vol. 22, núm. 4, pp. 22-26, cit. por Navarrete Rojas, J., “El teletrabajo, ventajas e inconvenientes”, *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 93, (2014), p. 47.

el carácter preferente del trabajo a distancia, siempre que ello fuese técnica y razonablemente posible y el esfuerzo de adaptación necesario resultase proporcionado⁴³. La excepcionalidad (y dramatismo) de la situación, junto con su carácter sobrevenido e imprevisible, imponían, así, soluciones transaccionales -y pragmáticas- como esta, declarándose genéricamente el trabajo a distancia como preferente (para hacer compatible el confinamiento con el mantenimiento de los servicios y la actividad productiva)⁴⁴, pero con determinadas -y muy interpretables- reservas: su compatibilidad y posibilidad en términos de razonabilidad y de pura técnica; y la proporcionalidad (se entiende económica) de las medidas de adaptación y mantenimiento para hacerlo posible.

Se trataba en todo caso, ante la inexistencia de una normativa general aplicable, de soluciones urgentes de “fomento” u “ordenación indirecta”, tal y como ha sucedido también en otros países de nuestro entorno, obligados también a modificar rápidamente la normativa que regulaba esta modalidad de prestación en la función pública⁴⁵.

⁴³ Esta medida en principio tenía una vigencia de un mes después del fin de la declaración del estado de alarma, pero el Real Decreto-Ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo, ampliaría su vigencia hasta tres meses adicionales.

⁴⁴ A la vez, el Real Decreto-Ley 10/2020, por el que se regulaba un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no prestaran servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población, excluyó de su ámbito de aplicación a las personas trabajadoras que podían seguir desempeñando su actividad con normalidad mediante teletrabajo o cualquiera de las modalidades no presenciales de prestación de servicios. El nuevo marco normativo (de urgencia) para luchar contra la pandemia vino a configurar la modalidad del teletrabajo, por tanto, con carácter preferente, prioritario, forzoso y urgente, Carrodegua Méndez, R., “La nueva regulación jurídica del teletrabajo en España y su incidencia en el ámbito de la Administración Pública”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, 24 de septiembre de 2020, La Ley 11847/2020. A pesar de la gravedad de la situación, se ha puesto de manifiesto que realmente este Real Decreto-Ley supuso una prohibición (adicional y generalizada) de salir de sus domicilios a más personas de las afectadas por el propio estado de alarma, suspendiendo sustantivamente su libertad de circulación y movimientos, y no sólo limitando los derechos de desplazamiento y movilidad, modificación internormativa claramente discutible, *vid.* Fernández de Gatta Sánchez, D., “Los problemas de las medidas jurídicas contra el coronavirus: las dudas constitucionales sobre el estado de alarma y los excesos normativos”, *Diario La Ley*, núm. 9634, Mayo de 2020, p. 12. Posteriormente, el art. 7.1.e) del Real Decreto-Ley 21/2020, de 9 de junio, en plena desescalada ya, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19, al regular genéricamente los centros de trabajo (y a falta de normativa específica, en principio aplicable también a las Administraciones Públicas), dispuso que deberían adoptarse por los órganos correspondientes las medidas adecuadas para la progresiva reincorporación de forma presencial a los puestos de trabajo, pero potenciando el uso del teletrabajo cuando por la naturaleza de la actividad laboral fuera posible.

⁴⁵ *Vid.*, en línea, R. Jiménez Asensio, “La trastienda del teletrabajo”, disponible en <https://rafaeljimenezasensio.com/2020/05/17/la-trastienda-del-teletrabajo/>, donde se alerta sobre dos importantes riesgos derivados de la generalización -sin una regulación adecuada- de las diferentes posibilidades de trabajo a distancia o en el domicilio: la posible amortización generalizada de plazas vacantes a causa de las masivas jubilaciones de los próximos años en el sector público y el abuso de fórmulas de externalización o gestión indirecta, como vía de ahorro de costes y mecanismo contingente de selección especializada.

La pretensión del RDLT no es, aparentemente, esta, sino configurar el teletrabajo como una modalidad “común” más de organización de las estructuras personales de las Administraciones Públicas. Al menos desde sus principios o elementos clave. El carácter preferente o no, desde su misma configuración regulatoria, deberá acordarse en cada normativa administrativa, e inducirse de la propia caracterización del mismo. En la situación actual, que no es mucho mejor que durante los meses de estado de alarma, es evidente que el teletrabajo de los empleados públicos -dada la falta de adaptación en muchos casos de las oficinas públicas correspondientes- ha de ser uno de los instrumentos primordiales para frenar la propagación del virus, como fórmula, junto con la posible flexibilización de la jornada, la alternancia o rotación de horas presenciales y la redistribución -física y funcional- de efectivos, para garantizar la prestación de los servicios públicos y el funcionamiento ordinario de las estructuras y dependencias administrativas.

La ambigüedad del único límite general contenido en el art. 47 bis.1 TREBEP puede suscitar no obstante determinadas dudas en este punto. Porque siempre que “*las necesidades del servicio lo permitan*” podrá autorizarse el desempeño a distancia de las funciones públicas. Si el contenido competencial del órgano lo permite, cabrá trabajar en principio fuera de las oficinas públicas, salvo que, a juicio de la Administración correspondiente, lo impidan -en formulación negativa y aparentemente de interpretación restrictiva⁴⁶- dichas necesidades.

Como la prestación del servicio mediante teletrabajo ha de ser expresamente autorizada, y debe ser necesariamente compatible con la modalidad presencial (aunque realmente el RDLT no aclara si esto significa intermodalidad o mera posibilidad de coexistencia), de acuerdo con el apartado segundo del artículo, es evidente que no nos encontramos ante un concepto abierto y discrecional, sino jurídicamente indeterminado, y, por tanto, necesitado de motivación suficiente y susceptible de control objetivo. La autorización de teletrabajo deberá valorar, pues, la incidencia de la solicitud sobre las necesidades (generales) del servicio, haciéndolas patentes (es decir, señalando específicamente cuáles son, sin admitirse ya fórmulas genéricas, rituales o vacuas), justificándolas y motivando que las posibles restricciones derivadas de éstas han de recaer sobre un funcionario o funcionarios en particular⁴⁷.

⁴⁶ Hay que recordar al respecto que el TREBEP no acoge esta posibilidad como fórmula genérica de alteración o modificación de la situación objetiva de los empleados públicos, lo que no se ha modificado ahora, sino como justificación jerárquica en cuatros supuestos concretos (concesión de permisos, concesión de excedencia voluntaria, movilidad funcional y movilidad física).

⁴⁷ Según la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional del 12 de Noviembre de 2008, rec. 96/2008, en jurisprudencia mantenida luego por otras, “*el concepto de necesidades del servicio constituye un concepto jurídico indeterminado que otorga a la*

A tenor de estas consideraciones, y del contexto de aparición de la norma -aún a expensas de sus futuros desarrollos- cabría sostener sin problemas, a pesar de su falta de constancia literal -en el texto normativo-, el mantenimiento -o reforzamiento- del carácter preferente aunque no absoluto de la modalidad de prestación de servicios públicos a distancia: salvo necesidades concretas del servicio (debidamente explicitadas y justificadas) o imposibilidad competencial de despliegue, en principio, y dado su carácter voluntario, el órgano autorizante debería permitir el desarrollo de la actividad de teletrabajo (en los días, horas o franjas que eventualmente puedan fijarse). Como claramente se ha dicho, el teletrabajo ha dejado de ser realmente una mera posibilidad para convertirse en una auténtica necesidad⁴⁸.

Pero realmente, y como se anticipaba, el RDLT suscita en este punto más dudas que certezas. Aunque en el texto orgánico de la norma no hay un pronunciamiento expreso en tal sentido, del -extenso- Preámbulo sí que cabría inducir, a contrario, la idea de que la prestación de servicios a distancia mediante la modalidad de teletrabajo no se debe considerar como "ordinaria"⁴⁹. Al margen de la ambigüedad del término (donde "absoluto" parece referirse temporalmente a la propia jornada de trabajo), y de los límites positivos antes reseñados, lo cierto es que se impone que las Administraciones públicas, al regular el teletrabajo, garanticen necesariamente la prestación de los servicios a la ciudadanía de manera directa y presencial, de tal forma que será esta normativa reguladora la que establezca, a estos efectos, con un margen amplísimo pues de maniobra, el porcentaje concreto de la prestación de servicios que puede desarrollarse por esta modalidad, combinándose -idealmente- presencialidad y teletrabajo. En mi opinión, dicha combinación resulta más teórica que práctica, y seguramente de difícil articulación en el seno de cada Administración pública, al margen además de la futilidad y complejidad de un criterio de diferenciación aparentemente de naturaleza cuantitativa, y no cualitativa o funcional. Sí es más entendible la idea vinculada que luce a continuación en el preámbulo (apartado tercero): dada la diversa naturaleza de los servicios a la ciudadanía que las distintas Administraciones Públicas tienen encomendados, y en aras a garantizar la prestación de los mismos, la prestación de servicios en esta modalidad de teletrabajo no puede ser en ningún caso absoluta. Dado que es necesario -pero de nuevo sin reflejo

Administración un margen de apreciación, en orden a concretar las circunstancias que entiende que concurren en el caso para el ejercicio de esa facultad, debiendo aportar al expediente el material probatorio necesario para acreditar que su decisión viene apoyada en una realidad fáctica que garantiza la legalidad y oportunidad de la misma, así como su congruencia con los motivos y fines que la justifican".

⁴⁸ Carrodegua Méndez, R., "La nueva regulación jurídica ...", *op. cit.*

⁴⁹ Más bien al contrario. Sobre una discutible equiparación, y desde su -más discutible aún- adecuación a los actuales planteamientos "comunes" de la e-Administración, dice expresamente el Preámbulo que "la prestación del servicio a través de la modalidad de teletrabajo será compatible con la modalidad presencial, que seguirá siendo la modalidad ordinaria de trabajo".

expreso en el nuevo articulado- garantizar en todo caso la atención directa presencial a la ciudadanía, es evidente que en el cálculo y aprobación del referido porcentaje de no presencialidad, y en la determinación consiguiente de los puestos de trabajo cuyas competencias pueden desarrollarse telemáticamente o a distancia, el trabajo presencial no puede desaparecer por completo. Se impide, pues, la entera -o pretendidamente general- virtualización del empleo público. Y es lógico, dados los anteriores argumentos. Pero sin embargo, no parece contradictorio mantener el carácter relativo del teletrabajo y asumir su naturaleza “materialmente” ordinaria o común.

3. Elementos

3.1. ¿A quién afecta?

La nueva ordenación del teletrabajo afecta a todos los empleados públicos con independencia de la naturaleza de su vínculo de empleo. En tanto modificación -o adición- estatutaria, se aplicará, en virtud del art. 2.1 TREBEP, al personal funcionario y, en lo que proceda, al personal laboral al servicio de las siguientes Administraciones Públicas: a) La Administración General del Estado; b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla; c) Las Administraciones de las entidades locales; d) Los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas; y e) Las Universidades Públicas⁵⁰.

Tiene, pues, un ámbito general de aplicación, a pesar de que alguno de los colectivos incluidos, como el personal de las Universidades Públicas, cuente con normativa propia, y de las posibles dudas que puedan surgir para la inclusión o no del resto de empleados públicos no funcionarios -ni de carrera ni de interinos-, en algunos casos con series dudas sobre su condición de tales (eventuales) y en otros con un vínculo meramente temporal de empleo (interinos). El margen de maniobra podría haber estado en cualquier caso en el personal laboral, pero expresamente señala el último apartado de este nuevo art. 47 bis TREBEP que “*el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas*

⁵⁰ En principio, esta normativa de medidas de urgencia no se aplicará, pues, al personal de empresas públicas y fundaciones del sector público, a los que será de aplicación la normativa sobre teletrabajo o trabajo a distancia de naturaleza jurídico-privada (Jiménez Asensio, R., “Teletrabajo (a la carta) en las Administraciones ..., *op. cit.*). Sobre las experiencias previas a la actual crisis sanitaria de implantación del teletrabajo en el seno de las Universidades, puede verse el trabajo de De las Heras García, A. y Martín Rodríguez, M. O., “El teletrabajo de los empleados públicos en las Universidades”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 54, (2019).

*se registrará, en materia de teletrabajo, por lo previsto en el presente Estatuto y por sus normas de desarrollo*⁵¹.

A diferencia de su concepción estricta en el ámbito laboral privado, el teletrabajo en la Administración pública hace referencia, por tanto, a una prestación de empleo mucho más amplia y omnicompreensiva, que no se ciñe ni al ámbito laboral en sentido estricto ni, dentro del mismo, a la modalidad de “trabajo a distancia”, sino que va a englobar a cualquier relación de servicio público⁵² y, dentro del personal laboral no alcanzará solamente al sujeto a dicha modalidad sino al vinculado por cualquier otra modalidad contractual prevista en el Estatuto de los Trabajadores⁵³.

En la normativa autonómica aprobada hasta la fecha, sin embargo, se han introducido, con mayor o menor intensidad, determinados requisitos adicionales para optar a la modalidad de teletrabajo, como períodos mínimos de antigüedad en el puesto; tener conocimientos informáticos y telemáticos suficientes; disponer o adquirir el compromiso de disponer, en el lugar de teletrabajo, de los sistemas de comunicación que defina la propia Administración, en función de la disponibilidad tecnológica y la seguridad de los sistemas; superar los cursos de formación especializada ofertados; etc⁵⁴.

3.2. Forma de ejercicio

En primer lugar, y a fin de mantener un cierto control sobre este tipo de prestación de servicios, la opción personal por desempeñar las tareas propias a través del teletrabajo debe ser expresamente autorizada (art. 47 bis.2 TREBEP).

⁵¹ En igual sentido, la D. A. 2ª del Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, 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 registrará en esta materia por su normativa específica*”. Parece, por tanto, que no cabría plantear ni siquiera su aplicación meramente supletoria. Pero, como se ha dicho muy críticamente, “*distinto es 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 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*”, Jiménez Asensio, R., “Teletrabajo (a la carta) en las Administraciones Públicas”, *op. cit.*

⁵² De hecho, a nivel básico no se ha previsto la exigencia de una cierta antigüedad del empleado público para poder solicitar el teletrabajo -como garantía de una cierta estabilidad y conocimiento del puesto compatible con su desempeño telemático-, como sí se prevé en la mayoría de normas autonómicas sobre la materia e incluso en los planes ya implementados en los diferentes niveles organizacionales.

⁵³ *Vid.* Antelo Martínez, A. R., “El teletrabajo en la Administración local”, *La Administración práctica: enciclopedia de Administración municipal*, núm. 1, (2018), p. 64.

⁵⁴ Con más detalle, Campos Acuña, C., “La nueva regulación del teletrabajo en el sector público: claves para su traslación al ámbito local”, *Revista digital CEMCI*, núm. 47, (2020).

El teletrabajo se configura más, por tanto, como opción organizativa que como derecho -subjetivo- del empleado público al desarrollo más adecuado de sus competencias (aunque presupone realmente una solicitud individual por cada empleado público). Es evidente, y así se remarca también en el precepto, su carácter voluntario⁵⁵. Es precisa, pues, su autorización, a través de la cual seguramente no se tratará tanto de verificar la adecuación y conveniencia del desempeño laboral de unas determinadas horas, días o meses (en la norma no hay, al respecto, límites temporales ni indicaciones mínimas de orientación), desde una perspectiva fundamentalmente personal o aptitudinal, sino de ordenar estructural o globalmente el conjunto de servicios y personal de cada Administración pública, a fin de garantizar la continuidad y eficacia de la prestación ordinaria de competencias y servicios públicos. En otras palabras, el sentido -positivo o negativo- de la autorización debe basarse estrictamente en las necesidades (reales) organizativas del servicio público en cuestión, y no en otro tipo de motivaciones, sobre todo de carácter personal (entre otras razones porque realmente la susceptibilidad de un desempeño a distancia de los servicios no depende de la persona que lo solicita realmente, sino de las competencias del puesto de trabajo que ocupa)⁵⁶. No obstante, no explicita el precepto ni la naturaleza -discrecional o reglada, en base a criterios que han de ser necesariamente objetivos⁵⁷-, ni el contenido ni los efectos de la citada

⁵⁵ Así se había explicitado con anterioridad por ejemplo en el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, Bruselas, 2002, *vid.*, así, Belzunegui Eraso, Á., “Teletrabajo en España, Acuerdo Marco y Administración Pública”, *Revista Internacional de Organizaciones (RIO)*, núm. 1, (2008), pp. 129-148. En la normativa autonómica más reciente sobre la materia se especifica concretamente que esta modalidad de prestación de servicios tendrá carácter voluntario y reversible, pero para ambas partes (art. 2.1 del Decreto 79/2020, de 16 de septiembre, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, por el que se regula la modalidad de prestación de servicios en régimen de teletrabajo en la Administración de la Comunidad de Madrid).

⁵⁶ Así, y con referencia a la normativa autonómica específica, la STSJ de Castilla-La Mancha de 29 de diciembre de 2017, rec. 21/2017 (F. J. 4º): “*ciertamente la decisión corresponde al órgano competente para dictar la resolución y no tratándose de informes vinculantes puede, en caso de que existan varios, optar por seguir la motivación de uno u otro y ampliarla o completarla, pero lo que no resulta admisible es seguir, en cuanto a la decisión final, un segundo informe que no incorpora una mínima motivación, ni tampoco denegar la solicitud de autorización en base a «supuestos» que no se explica que concurren ni se explicita de donde se obtienen los datos para llegar a esa convicción*”.

⁵⁷ En este sentido, en alguna normativa autonómica previa, como por ejemplo en el Decreto 57/2013, de 12 de agosto, por el que se regula la prestación de servicios de los empleados públicos en régimen de teletrabajo en la Administración de la Junta de Castilla-La Mancha, se prevé expresamente qué puestos de trabajo podrían ser susceptibles de su desarrollo: “*aquellos en los que se realicen principalmente funciones de elaboración de informes o propuestas de resolución, estudio y análisis de proyectos, y aquellas relacionadas con la gestión de las tecnologías de la información y las comunicaciones*”. Al respecto, la STSJ de Castilla-La Mancha de 23 de abril de 2019, considera como teletrabajables las “funciones de asesoramiento jurídico”, en tanto que entre las funciones principales del puesto de que se trataba se encontraban la elaboración de informes o propuestas de resolución sin que las mismas fueran de atención directa al público ni requirieran contactos personales frecuentes, no llevando aparejado el puesto además, como límites adicionales, funciones de dirección, coordinación, supervisión e inspección. En el

autorización, ni tampoco, en tanto cuestión realmente más propia de la normativa propia de desarrollo, el órgano competente en cada caso para su emisión⁵⁸. Esta normativa deberá establecer también, entre otros elementos, el procedimiento concreto para su solicitud -en teoría, electrónico-, el período -abierto o restringido, por razones organizativas- para su presentación, el plazo de emisión y las consecuencias de su incumplimiento, la duración máxima en su caso de la prestación -prorrogable o no-, las posibles causas de suspensión de la autorización o de revocación unilateral, etc⁵⁹.

En cualquier caso, la necesidad de autorización -en tanto permiso unilateral- diferencia claramente esta regulación de las previsiones de “acuerdo” de trabajo a distancia contenidas en el Real Decreto-Ley 28/2020, como posibilidad bilateral de desarrollo entre las partes de la relación laboral⁶⁰. Ello encuentra explicación, se ha dicho, en la imperiosa adecuación de las necesidades organizativas derivadas de la prestación del servicio público, que no cabe dejar a un acuerdo individual entre la Administración y el empleado público⁶¹.

La única condición básica que se establece es la necesidad de su compatibilidad con la modalidad presencial. Parece cerrarse el paso, pues, tal y como se comentaba en el epígrafe anterior, a la posibilidad de una prestación total o absoluta de servicios a distancia, puesto que sólo se autorizará la prestación de servicios mediante teletrabajo en los casos en que ésta sea efectivamente compatible con el trabajo también presencial. Las dudas de esta regulación de mínimos podrían ser, entonces, si esta limitación habrá de referirse, en la verificación de su compatibilidad, a cada empleado público en singular, como solicitante, lo que restringirá las posibilidades de teletrabajo realmente, o, más flexiblemente, a la unidad, departamento o dependencia de adscripción, garantizando, globalmente, la prestación de determinados servicios de

Preámbulo del RDLT, pero no en el texto, sí se explicita que la autorización deberá basarse necesariamente en “criterios objetivos”.

⁵⁸ Y para la posible emisión igualmente de informes previos, tal y como se exige en alguna normativa autonómica, que habrían de ayudar en principio a reducir los márgenes de discrecionalidad del órgano competente para dar la autorización.

⁵⁹ En las normas autonómicas dictadas con anterioridad se desarrolla, así, el procedimiento específico de autorización para teletrabajar, desde la presentación de la solicitud (normalmente dirigida a los servicios de gestión de personal de la Administración correspondiente), el traslado, previa verificación de los requisitos, a los órganos, unidades o servicios correspondientes, la aportación de los informes necesarios (unidad de adscripción, área de informática del departamento u organismo, etc.), hasta la edición de la resolución motivada de autorización o denegación por parte del órgano competente en materia de personal.

⁶⁰ No obstante, también en este ámbito se ha resaltado que la negativa del empresario a la realización del trabajo a distancia debe ser justificada en atención a motivos estrictamente laborales e interpretarse restrictivamente, Mella Méndez, L., *El nuevo trabajo a distancia en España: configuración general*, en Mella Méndez, L. (coord.), *Conciliación de la vida laboral y familiar y crisis económica: estudios desde el derecho internacional y comparado*, Delta Publicaciones Universitarias, Madrid, 2015, p. 489.

⁶¹ Vid. García Jiménez, M., “Las Administraciones Públicas ante el reto ...”, *op. cit.*

forma presencial, por determinados empleados públicos, pero permitiendo a otros -vía rotaciones- el trabajo a distancia. Y en segundo lugar, la dimensión temporal de este condicionamiento, en tanto compatibilidad diaria o continuada o en un plazo mayor de ordenación, tal y como ya se había establecido, en forma de límites máximos de no presencialidad a la semana en alguna normativa autonómica⁶².

En cualquier caso, la fórmula legal es, en su flexibilidad y exigüidad, enormemente ambigua (de nuevo). El requisito es que el teletrabajo sea compatible con la modalidad presencial. Evidentemente, si se interpreta restrictivamente no lo será nunca, entendiendo la compatibilidad como coexistencia, coetaneidad o forma de prestación. Cabría optar, pues, por una interpretación más laxa, pero entonces el teletrabajo siempre será compatible con la modalidad presencial, en el sentido de su no impedimento o entorpecimiento, cuando se establezca que esta es necesaria, por cada empleado público o, más adecuadamente, por cada unidad, dependencia o departamento de organización administrativa. Mucho más acertada parece al respecto, en este punto y en el conjunto de su regulación, la normativa “paralela” laboral (¿más completa por ser fruto de la negociación o por carecer del elemento de la imperatividad propia de la relación pública de empleo?), al disponer en primer lugar, con independencia de los medios instrumentales utilizados, que el trabajo a distancia será aquel en que la prestación de la actividad laboral se realice, de manera preponderante -puesto que de lo contrario realmente no podría hablarse de trabajo a distancia- en el domicilio del trabajador o en lugar libremente elegido por éste, y, se añade y aclara, de modo alternativo -que no es igual que compatibilidad o compaginación de formas de prestación- a su desarrollo presencial en el centro de trabajo. Y lo mismo puede decirse también de la normativa autonómica ya existente, donde se consagran, aún con cierto margen de

⁶² Así por ejemplo, el Decreto 127/2012, de 6 de julio, 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, que establece el número máximo de jornadas semanales en tres y además dispone que la duración del período continuado del teletrabajo no puede exceder en todo caso de un año o el Decreto 57/2013, de 12 de 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, que dispone que el porcentaje de jornada de teletrabajo no podrá ser superior al 40% de la jornada de trabajo en cómputo mensual, siendo obligada la asistencia presencial al puesto de trabajo el tiempo restante, y sin que en ningún caso puede fraccionarse la jornada diaria para su realización en ambas modalidades. La normativa básica no establece en cualquier caso, como se señala en el texto, ningún criterio específico y concreto de proporción entre las dos modalidades de trabajo, como sí hace, en la propia conceptualización del modelo, el Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia: “se entenderá que es regular el trabajo a distancia que se preste, en un periodo de referencia de tres meses, un mínimo del treinta por ciento de la jornada, o el porcentaje proporcional equivalente en función de la duración del contrato de trabajo” (art. 1).

discrecionalidad en su seno, las causas concretas que pueden motivar en su caso la denegación de la solicitud de teletrabajo⁶³.

Hay que entender el precepto, a mi juicio, desde una perspectiva funcional teleológica, y con las -enormes- reservas de su necesaria adaptación y desarrollo en cada Administración pública. En principio, la solicitud de teletrabajo será aceptada (por el superior jerárquico o el departamento general en materia de recursos humanos, se entiende) siempre que no se comprometa la gestión presencial de aquellos asuntos, funciones o competencias que la demanden e impongan, o, mucho más adecuadamente, que no se comprometa, en general, la prestación de los servicios públicos, asegurando el cumplimiento de sus necesidades. Ello puede conseguirse bien compatibilizando u ordenando adecuadamente los propios horarios de trabajo de cada empleado público -lo que no parece muy operativo- o estableciendo criterios generales de ordenación -temporal y material- de la unidad orgánica correspondiente, en un modelo, como se ha dicho, de Administración híbrida o mixta.

De ahí, en fin, la previsión legal sobre su carácter necesariamente reversible. Dado que las modalidades presencial y a distancia han de ser compatibles, y deben seguir prestándose ambas, para garantizar la prestación física de determinados servicios esenciales, la opción por el teletrabajo no puede ser indefinida, absoluta o impuesta, quedando la puerta abierta a la vuelta a la presencialidad, tanto a solicitud del propio empleado público -en tanto posibilidad- como, habrá que interpretar, por orden de los órganos superiores responsables⁶⁴. Este carácter reversible, que obedece al propio carácter voluntario del teletrabajo, sólo cederá en supuestos excepcionales debidamente justificados (por ejemplo, y obviamente, el agravamiento de la emergencia sanitaria), que, como tales, habrán de ser explicitados en principio por la normativa de desarrollo correspondiente, y que vetarían consecuentemente el retorno voluntario al trabajo presencial.

El hecho de que el teletrabajo sea siempre voluntario y necesite autorización expresa para su desarrollo, ¿impide la posibilidad -organizativa- de su adopción de oficio o, al menos, de la iniciación o propuesta de desarrollo por los empleados públicos por parte

⁶³ Se prevén así, en este sentido, tanto causas concretas, específicas y objetivas, como no reunir los requisitos necesarios, no haber transcurrido el tiempo mínimo entre períodos de teletrabajo o no haber cumplido individualmente los objetivos establecidos en el anterior período de teletrabajo, como otras mucho más genéricas, abiertas y difusas, como la concurrencia de necesidades del servicio, las limitaciones de las infraestructuras tecnológicas o la imposibilidad de garantizar la conectividad en el lugar del teletrabajo o por razones organizativas -debidamente acreditadas-, art. 7 del Decreto vasco núm. 92/2012, de 29 de mayo.

⁶⁴ Así se ha entendido este principio básico de la reversibilidad en el ámbito jurídico-laboral, *vid.* Sierra Benítez, E. M., "Valoración crítica y propuesta de mejora ...", *op. cit.*, p. 8.

de la propia Administración?⁶⁵ En el primer caso, y a pesar de la clásica amplitud de las potestades de autoorganización de su personal de las entidades públicas, resulta más complicada su admisión, pero en el segundo no resulta descabellado pensar, tanto desde la perspectiva de la optimización y racionalización de sus recursos personales como desde la más reciente necesidad de salvaguardar la propia salud y seguridad de los mismos, en la posibilidad, no contraria a su carácter dispositivo, de que la propia Administración “proponga”, *motu proprio*, que parte de su personal desarrolle todas o parte de sus funciones a través de la modalidad de teletrabajo. Literalmente, no cabe su imposición, y siempre será voluntaria su aceptación, pero no se impide tal propuesta.

Por lo demás, el mayor problema en este sentido sigue siendo, más allá de la propia indefinición funcional de la reforma, por su escasez y falta de atrevimiento, la falta de correspondencia entre los objetivos perseguidos y los -anacrónicos- postulados mantenidos. En entornos completamente electrónicos, en un mundo en cambio constante, en sociedades líquidas y difusas y con los pretendidos objetivos de flexibilizar y racionalizar la prestación diaria de las funciones públicas, el artículo introducido sigue pensando en porcentajes de presencialidad, en fórmulas de equilibrio entre el trabajo presencial y el trabajo a distancia, en mecanismos mixtos de compatibilización, en el número de días o semanas que habrá que ir a trabajar, en la ordenación de las jornadas y horarios, en la imposición de límites máximos de teletrabajo, en el cómputo de horas, etc, etc. Una -pretendida- regulación de futuro, para lo que ya es presente inmediato, basada en categorías del pasado, pues. El trabajo *on line*, o a distancia sin estar constantemente conectado, no puede medirse exactamente igual que el trabajo presencial. Es verdad que se intenta también la -más o menos- equiparación entre trabajadores (presenciales o no) y que resultan esenciales desde esta perspectiva, como se comentará más adelante, las garantías básicas de desconexión digital, derecho al descanso y conciliación, pero una cosa es evitar la sobrecarga telemática de trabajo del empleado público que puede estar todo el día conectado y otra bien distinta “medir” el trabajo en casa con los rígidos horarios y criterios del a mi juicio anacrónico modelo burocrático de la Administración presencial. Desde un enfoque basado en los resultados, en los objetivos, en la evaluación del desempeño y en la autoorganización de las tareas, como nuevos principios a imponer, tales planteamientos resultan difícilmente equiparables (o aceptables)⁶⁶.

⁶⁵ Así por ejemplo, con sometimiento lógicamente a la aceptación del empleado, en el art. 8.3 del Decreto madrileño 70/2020, de 16 de septiembre.

⁶⁶ Como se dice expresamente en el Preámbulo -aunque luego no haya traducción exacta en el articulado, como en otros muchos aspectos-, el teletrabajo “*no podrá suponer ningún incumplimiento de la jornada y el horario que corresponda en cada caso y de la normativa en materia de protección de datos de carácter personal*”. Pero la cuestión a mi juicio no es, desde esta

La clave -y la referencia básica- no deberían ser la jornada de trabajo y el horario desempeñado sino la eficiencia y racionalidad de su desarrollo. No se trataría entonces de compatibilizar ambos modelos -en un intento de “igualitarismo” forzado de situaciones- sino de evaluar realmente los costes y beneficios de uno u otro, en cada caso, decidiendo motivadamente desde la salvaguarda o garantía de la atención presencial cuando ello sea necesario. Como dice la OCDE, no se trata de completar una jornada, en casa o en la oficina, sino de “aprovechar” el tiempo de trabajo, que suele ser más eficiente cuando hay menos tiempo para hacer una tarea. El teletrabajo, en fin, puede ser la fórmula más útil a estos efectos, permitiendo una auténtica racionalización del esfuerzo laboral, una adaptación de los diferentes ritmos de trabajo y una redistribución lógica de los tiempos destinados al esfuerzo productivo⁶⁷.

3.3. Desarrollo: de la flexibilidad y la regulación de mínimos a la atomización y asimetría del modelo

Sin duda el mayor defecto que cabe apreciar de la -apresurada- introducción de este nuevo art. 47 *bis* TREBEP es la amplísima deslegalización que dimana de las previsiones sobre el desarrollo de la modalidad de teletrabajo en el conjunto de las Administraciones públicas de nuestro país. Su ejercicio se articulará, establece el apartado segundo, “en los términos de las normas que se dicten en desarrollo del 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”. Las tres previsiones encadenadas suscitan inmediatamente dudas más que razonables.

En primer lugar, sobre el alcance, naturaleza y efectos de la normativa de complemento y desarrollo (estatal, autonómica y local). Normativa que, ante todo, no tendrá que tener -a fin de posibilitar su despliegue por parte de las entidades locales-

perspectiva claramente defensiva (o recelosa), que la opción por el teletrabajo pueda significar el incumplimiento de los deberes propios del cargo (horas mínimas semanales, duración de la jornada, etc.), ínsitos en la propia -y mantenida- condición estatutaria del empleado público, sino, de un lado, que quizás el desempeño de tareas a distancia pueda “medirse” con otras categorías diferentes y, en segunda instancia, que es posible pensar en una mayor productividad y rendimiento del trabajo domiciliario que justifiquen una cierta flexibilización o adecuación de las exigencias legales correspondientes. Tal y como se ha criticado, “parece que la norma conduce a un presentismo digital, obviando priorizar en el modelo a implantar conceptos como productividad, rendimiento y eficiencia en el cumplimiento de objetivos”, Carrodegas Méndez, R., “La nueva regulación jurídica ...”, *op. cit.* Y dice más adelante el autor: “esta atención directa presencial «inexcusable» a la ciudadanía chocará frontalmente, por un lado, con las tareas encomendadas a muchos empleados, entre las que no se encuentra la atención al público, y, por el otro, con el objetivo de dar prioridad a la eficiencia, la calidad del servicio público y la modernización en la gestión a través del impulso del teletrabajo -organizado en función de objetivos y no mero cumplimiento de horas- en una Administración completamente electrónica”.

⁶⁷ Vid. Álvarez Ruiz, A., “La introducción del teletrabajo ...”, *op. cit.*, p. 77.

rango legal. A cambio, y no parece que en relación -adecuada- de equilibrio, la consecuencia será la posibilidad de regulación (meramente reglamentaria) de una determinada forma de ejercicio de las funciones públicas con incidencia directa, en muchas ocasiones, sobre auténticos derechos subjetivos de los ciudadanos. Desde esta trascendental perspectiva no se entiende realmente la deslegalización casi absoluta que realiza el precepto⁶⁸, más allá de la consabida óptica de inclusión de las relaciones de empleo público dentro del marco mayor, y ampliamente discrecional, de las potestades de autonomía institucional y autoorganización de todas las Administraciones públicas -y resto de entes del sector público-. Además, no se aclara realmente la extensión de esta habilitación reglamentaria: debe tratarse obviamente de una normativa de desarrollo o complemento, que, como tal, habrá de respetar, en segundo grado, las mínimas exigencias básicas del TREBEP, aunque la expresión legal (“realización en términos de”) deja la puerta abierta a una posible interpretación más o menos extensiva del alcance de las normas reglamentarias correspondientes. En tercer lugar, esta normativa secundaria podrá ser o general de desarrollo del TREBEP o una parte general del mismo, lo cual no es previsible a corto plazo⁶⁹, o simplemente de desarrollo de este art. 47 *bis*⁷⁰. Y finalmente, y como mayor reproche, esta fórmula de mínimos y de exigüidad o anomia regulatorias, bien que acompañada a las amplias facultades de autoorganización administrativa y a las propias competencias de desarrollo a nivel regional, va a provocar,

⁶⁸ Realmente, más que respetar las competencias autonómicas a través de una regulación básica de mínimos, como se dice en el Preámbulo, lo que se produce es un “salto internormativo”, habilitando directamente a cada Administración pública para su -casi entera- regulación e implementación. No hay, así, respeto, sino elusión, en términos de oportunidad y vinculatoriedad, del legislador autonómico, en una suerte, como ha dicho Rafael Jiménez Asensio, de “reserva reglamentaria” (asimétrica, desigual y desagregada, podría añadirse), cuya consecuencia será la ordenación singularizada del teletrabajo pero, a la vez, de las relaciones de los ciudadanos a través del mismo con la Administración, en el ejercicio, en ocasiones, de auténticos derechos subjetivos legales, sometidos a la determinación individualizada -y negociada con los representantes de los trabajadores- de los servicios a prestar presencialmente o no. Y esto, que es organización, no parece negociable ... (Jiménez Asensio, R., Jornada “El teletrabajo en la Administración”, IDL-UAM, 13 de octubre de 2020).

⁶⁹ Lo cual evitaría, pensando en una normativa general de desarrollo a nivel autonómico, la fragmentación regulatoria que puede producirse si cada entidad local aprueba su propia normativa de aplicación, y para lo cual se podrían aprovechar, con mínimas adaptaciones pues, las normas de transición o implantación del teletrabajo que muchas Comunidades Autónomas han ido aprobado (simple adaptación a un solo artículo que evidentemente sí se podría hacer en el plazo legal de desarrollo de seis meses que marca el RDLT).

⁷⁰ En este sentido, se ha llamado muy críticamente la atención sobre la inacción en particular de las entidades locales en estos últimos años para adaptar sus normas orgánicas propias a las ineludibles exigencias de la e-Administración, desde el erróneo entendimiento de su carencia de efectos a nivel interno. Es evidente que si se hubieran cumplido los plazos de adaptación previstos legalmente y los reglamentos orgánicos municipales hubieran implantado generalizadamente, también en relación con su dimensión interna, organizativa y de actuación -telemática- de su personal, las exigencias de la Administración electrónica, la sensación de relativa y “atropellada” improvisación en materia de implantación del teletrabajo, y la distancia entre las, aún mínimas, nuevas exigencias básicas, y la cruda realidad (normativa) local, no hubiera sido tan intensa, *vid.* Martínez Gutiérrez, R., “Carácter esencial y consolidación ...”, *op. cit.*, p. 113.

y eso sí inmediatamente, una evidente atomización, asimetría y desagregación territorial de las normas de desarrollo que vayan aprobándose. Ello no sólo compromete la seguridad jurídica, la igualdad de tratamiento de los ciudadanos, la confianza regulatoria y la propia estabilidad de la ordenación estatutaria de los empleados públicos, sino, además, y en consecuencia, el mismo ejercicio de los derechos ciudadanos en sus relaciones -a distancia- con cada Administración Pública. De la “regulación a la carta” puede pasarse fácilmente, a pesar del -también inevitable- “efecto imitación”, a una singularización máxima de regímenes, con diversidad de tratamientos y efectos en relación a una misma realidad.

Las normas de desarrollo han de ser objeto, en segundo lugar, de negociación colectiva. En principio es lógica la previsión, al tratarse de la regulación de las condiciones básicas de empleo de los servidores públicos, aunque el problema puede derivar, al existir tan pocos límites legales básicos, de que en el fondo la mayor o menor implantación de los servicios de teletrabajo no dependa de la estrategia y planificación de la Administración correspondiente, a fin de mejorar, en eficacia y utilidad, el desarrollo de sus competencias y servicios públicos, sino de la presión sindical respectiva, también lógicamente distinta de unas Administraciones públicas a otras⁷¹.

Pero, y en tercer lugar, tal normativa -legal o reglamentaria-, fruto necesario de la negociación colectiva, ha de contemplar también de forma obligatoria, como límite a los márgenes decisionales (subjetivos) de la Administración en este ámbito, *criterios objetivos*, aún no tasados, enunciados o caracterizados a nivel básico, para asegurar el tratamiento no discriminatorio de las solicitudes de acceso a la modalidad de teletrabajo (a través, por ejemplo, de la inclusión de criterios preferentes o prelativos de autorización, como se prevé expresamente en algunas normas autonómicas sobre la materia). La fórmula legal es realmente ambigua y difusa. En principio se produce una habilitación casi general para que las normas propias correspondientes establezcan el grueso de la regulación en materia de teletrabajo, pero a continuación se matiza que las mismas han de ser objeto de negociación colectiva, para acabar sin embargo obligando a que, pese a la amplísima discrecionalidad que devendría de ambas instancias (bien que una unilateral y otra bilateral), éstas incluyan *criterios objetivos de acceso* a dicha

⁷¹ Se ha dicho en este sentido que “*esta previsión conducirá inevitablemente a la fragmentación y proliferación de multitud de regímenes organizativos en la gestión de recursos humanos, ya que cada Administración, en función de la presión sindical y la voluntad política existente en ese momento, optará o no por apostar con fuerza por la implementación del teletrabajo en su organización, con el riesgo implícito de que en un futuro constatemos la existencia de empleados públicos de primera y segunda categoría*”, Carrodeguas Méndez, R., “La nueva regulación jurídica del teletrabajo ...”, *op. cit.* Esta falta de densidad normativa previa se ha criticado incluso desde la perspectiva de la contribución de la negociación colectiva al desarrollo del teletrabajo privado, por ejemplo Serrano García, J. M., “El teletrabajo parcial como instrumento para la conciliación en la negociación colectiva”, *Revista de Derecho Social*, núm. 45, (2009), pp. 207-226.

modalidad de desempeño laboral. El problema no es su inclusión, lógicamente acertada, como elementos reglados de control de dicha discrecionalidad, sino su mera mención - vacía de contenido o, al menos, indicación de su ámbito-, y el difícil equilibrio subsiguiente entre ambos términos de la ecuación. Evidentemente no es, estrictamente hablando, una “modalidad de acceso”, sino de simple prestación (a distancia) de las competencias ya ejercidas o propias del órgano administrativo de adscripción. Pero, ¿hasta dónde han de llegar dichos criterios objetivos de valoración? ¿Sólo de los puestos de trabajo y funciones administrativas susceptibles de desempeño a distancia u *on line* -especificando o tasando los mismos en la normativa de desarrollo- o abarcando incluso otros aspectos de la relación de empleo, como los subjetivos o personales, los instrumentales o técnicos, etc.?

En el primer caso, nos encontraríamos entonces ante criterios objetivos de concesión de la autorización relacionados en principio con las competencias y funciones públicas propias del puesto de trabajo ocupado, previsión, orientada a racionalizar la toma de decisiones correspondiente, ya prevista en la normativa autonómica existente sobre la materia. Y es una disposición o previsión acertada: no sólo, como señalo, como mecanismo de -acierto y- control de la objetividad de las resoluciones, sino de la propia estabilidad y adecuación general del sistema de teletrabajo, que ha de partir necesariamente de una oportuna definición o análisis de los puestos de trabajo.

En el segundo caso, a pesar del acierto en la objetivización de los criterios, puede originarse quizás una mayor e inadecuada heterogeneidad entre las diversas normativas a aprobar, germen posiblemente también de mayor complejidad en su ejercicio.

3.4. Finalidad general: el teletrabajo debe contribuir a la mejor organización del empleo público

Es una obviedad, pero el art. 47 *bis* TREBEP no ha querido dejar de reseñarlo, indicando además los dos factores que deberían ser objeto de implementación para su conquista. A pesar de su mera mención, adecuada y conexas con dicha finalidad, pero a la vez totalmente vacua⁷², representan seguramente los dos requisitos fundamentales para la efectiva consolidación de un modelo generalizado de teletrabajo en nuestras Administraciones públicas.

⁷² En este sentido, incluso se ha indicado que se trata de una formulación legal meramente directiva (“deberá contribuir”) y no prescriptiva, “*lo cual abre la puerta a su total incumplimiento, salvo que las normas de desarrollo lo precisen*”, Ager, A., “Teletrabajo (a la carta) en las Administraciones públicas ...”, *op. cit.*

3.4.1. Pero el teletrabajo no sólo tiene una dimensión organizativa

El teletrabajo, sin embargo, no debe contribuir sólo, y estrictamente hablando, a mejorar la organización del trabajo. La generalización de los sistemas de e-Administración y de teletrabajo de los empleados públicos conlleva, al contrario, un auténtico cambio de paradigma con efectos plurales y diversos.

La eficiencia, la flexibilidad y autonomía organizativas, el mejor aprovechamiento del tiempo de trabajo, el rendimiento asociado a un uso intensivo de las tecnologías de la información y la comunicación, etc., son evidentemente factores de mejora de los sistemas de organización del desempeño laboral de los empleados públicos⁷³. Y, con ello, fórmulas versátiles de reparto de las funciones, estructuración y rotación de los puestos de trabajo y de la asistencia a las dependencias administrativas y de la reseñada dimensión organizativa de la Administración (*dimensión interna o doméstica*)⁷⁴. Tal y como se ha apuntado en este sentido, la implementación de las nuevas tecnologías ha venido a transformar realmente dos elementos clave en la configuración de la relación laboral: el lugar y el tiempo (de trabajo)⁷⁵. Pero el teletrabajo también tiene, o debería tener, aunque no venga explicitada, una *dimensión externa, relacional o subjetiva*. El teletrabajo de los empleados públicos debería facilitar y simplificar a la vez las actuaciones de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración⁷⁶. La mejora

⁷³ Como se dice en el propio Preámbulo, “*al tratarse de la regulación 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*”.

⁷⁴ Desde esta perspectiva, estas previsiones del nuevo art. 47 bis TREBEP incidirán ineludiblemente, se ha dicho, en la concreción de una relación de puestos de trabajo que integre de forma orgánica al teletrabajo, tanto desde el punto de vista de los puestos de trabajo necesarios para el desarrollo de los servicios públicos como de su contenido concreto, García Jiménez, M., “Las Administraciones Públicas ante el reto ...”, *op. cit.*

⁷⁵ Herráiz Martín, M^a. S., “El impacto de la digitalización del trabajo en el empleo público y el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 54, (2019).

⁷⁶ Así se ha configurado, por ejemplo, en alguna norma autonómica: “*El teletrabajo tiene como finalidad conseguir una mayor eficacia en la prestación de los servicios, mediante una mejor organización del trabajo a través del uso de las nuevas tecnologías y de la gestión por objetivos, y contribuir a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, para conseguir con ello un mayor grado de satisfacción laboral*” (art. 2.2 del Decreto del País Vasco núm. 92/2012, de 29 de mayo). La conceptualización reseñada es completa y a mi juicio funcional y sistemáticamente correcta. Porque el objetivo principal del teletrabajo, como forma avanzada o cualificada de organización del trabajo, debería ser, realmente, la mejora manifiesta en eficacia en la prestación de los servicios atribuidos a cada Administración Pública. Ello es lo que fundamenta y legitima -constitucionalmente- su existencia, y, por tanto, el parámetro axiológico de articulación de cualquier medida o transformación organizativa o de funcionamiento. Toda decisión innovativa en la Administración debería buscar, siempre, la utilidad, la eficiencia y la adecuación del conjunto de

organizativa del trabajo, desde el punto de vista de su eficiencia, rendimiento y utilidad práctica, debería repercutir, entonces, en una mejora de los propios procedimientos administrativos (simplificación documental, descarga burocrática, reducción de los tiempos de respuesta, teleasistencia, etc.), de tal forma que la -relativa- libertad de organización del funcionario implique una mayor atención, adecuación y satisfacción de las necesidades públicas de los ciudadanos. Obviamente, estos deseables objetivos generales pasan por la efectiva implantación de fórmulas homogéneas de teletrabajo y, sobre todo, por su desarrollo de acuerdo con parámetros actualizados de gestión eficiente de las funciones públicas.

3.4.2. La identificación de objetivos

Uno de dichos presupuestos sí se enuncia en el precepto que comentamos. Se trata de la fijación e identificación de objetivos, entendida como la predeterminación formal por parte de la Administración pública correspondiente, de forma general o singular, de los objetivos o resultados a alcanzar a través del desempeño *on line* de las competencias correspondientes⁷⁷.

No hay desarrollo ni concreción, como decimos, pero es evidente que esta previsión supone -o debería suponer- un cambio radical en la propia concepción institucional de la actividad burocrática. Se trata de sustituir los clásicos enfoques de la rígida gestión de los recursos humanos, sustentada en la jornada laboral, en los horarios, en el desarrollo de un número concreto de horas, en el control jerárquico, etc., por nuevas formulaciones de carácter más estratégico, funcional y versátil, articuladas no sobre la presencia física del empleado público y el desempeño obligatorio de un horario prefijado, sino en la definición de objetivos y resultados a alcanzar autónomamente por aquél fuera de las dependencias administrativas⁷⁸, en lo que en parte se ha denominado como “gestión del

sus actuaciones -a través, en su caso, de nuevos procesos organizativos o estructurales-. En este caso, una mejor organización del trabajo (por la mayor flexibilidad organizativa, autonomía de gestión y versatilidad organizativa en el desempeño de los puestos de trabajo), a través del uso intensivo de las nuevas tecnologías y el necesario enfoque estratégico de la gestión por objetivos. No en un segundo plano, pero sí en una distinta funcionalidad -y gradualidad-, el teletrabajo ha de contribuir también, pero a mi juicio, no decisiva ni prioritariamente, a la necesaria conciliación y todo ello, como fin último y elemento motivacional decisivo, para conseguir un mayor grado de satisfacción laboral por parte de los empleados públicos.

⁷⁷ No estamos no obstante, y en verdad, ante un mero presupuesto o elemento configurador - más o menos exclusivo- del teletrabajo, sino ante un auténtico derecho individual de todo empleado público. Como dice el art. 14.e) TREBEP los empleados públicos tienen derecho a “participar en la consecución de los objetivos atribuidos a la unidad donde preste sus servicios y a ser informado por sus superiores de las tareas a desarrollar”.

⁷⁸ Aunque este nuevo art. 47 *bis* se incluya realmente dentro del capítulo relativo a la “jornada de trabajo, permisos y vacaciones”.

reconocimiento⁷⁹. Lo importante no es, pues, la asistencia física, ni el fichaje, ni siquiera las horas de tramitación, sino la consecución efectiva de los objetivos inicialmente marcados, adaptando personalmente la agenda diaria a las obligaciones pendientes, que en principio podrían conseguirse en menor tiempo en función de los índices de concentración, motivación y productividad⁸⁰. En alguna normativa autonómica se prevé, así, un plan personal e individualizado de trabajo para la prestación de servicios a través de esta modalidad⁸¹, enfocado no obstante más al seguimiento y la evaluación de los objetivos propuestos durante las jornadas laborales desarrolladas en régimen de teletrabajo que a la racionalización y programación organizativas del trabajo y la consecución eficiente de aquéllos⁸². Este enfoque funcional y estratégico permite conciliar el trabajo en casa con la libertad organizativa en la consecución efectiva de dichos objetivos, así como graduar racionalmente el trabajo desempeñado a efectos de promoción, complementos, carrera administrativa, etc.

El trabajo por objetivos (específicos, medibles, alcanzables y realistas) permite matizar o modular igualmente la clásica óptica centrada en el control y la supervisión del trabajo realizado, porque lo importante no es “estar en la oficina” sino planificar adecuadamente las tareas a realizar⁸³, fijar los objetivos a conseguir (con cierta libertad en su consecución) y evaluar finalmente los resultados conseguidos. Como claramente se ha dicho, “*el teletrabajo en cualquier organización sólo puede desarrollarse cabalmente en un entorno racionalizado del ejercicio profesional*”⁸⁴, y en el seno de la Administración pública postula una reorientación de la dirección tradicional basada en la supervisión y el control de empleados hacia la capacitación y facilitación de éstos para alcanzar los objetivos de la organización⁸⁵.

⁷⁹ Padilla Ruiz, P., “Desafíos pendientes para la definitiva ...”, *op. cit.*, p. 455.

⁸⁰ Vid. “El trabajo por objetivos, sinónimo de productividad”, disponible en <https://www.mejorespracticassrrhh.es/trabajo-por-objetivos/>: “Otros beneficios de implementar un sistema de trabajo por objetivos son: a) Flexibilidad horaria y posibilidad de trabajar a distancia; b) Aumento de la productividad y la creatividad de los empleados; c) Mayor autorrealización y satisfacción personal; y d) Alineación de los valores y objetivos empresariales con los del propio trabajador, algo que se traduce en mayores índices de engagement y orgullo de pertenencia”.

⁸¹ Art. 6 del Decreto catalán 77/2020, de 4 de agosto.

⁸² Por ejemplo, art. 20 del Decreto madrileño 79/2020, de 16 de septiembre.

⁸³ En alguna norma autonómica se habla así, gráficamente, de la “independización” del empleado público, a través del teletrabajo, del lugar físico en el que se desarrolla el trabajo (Decreto núm. 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 propio).

⁸⁴ Gorriti Bontigui, M. y Jiménez Asensio, R., “Teletrabajo: ¿aporía o ejemplo?”, disponible en <https://rafaelijimenezasensio.com/2020/05/10/teletrabajo-aporía-o-ejemplo/>

⁸⁵ Vid. Poves Paredes, J. y Carro Estradé, D., “Teletrabajo e inserción laboral: hacia el cambio de paradigma”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 11, (1998), p. 15.

Todo ello exige, en fin, un cambio de mentalidad dentro de las propias organizaciones administrativas⁸⁶. La exigencia de resultados se convierte en legitimidad al gestionar elementos delegados desde la ciudadanía en orden a la satisfacción del interés general: el ciudadano se ha convertido en alguien que demanda rendimientos más allá de la legalidad e igualdad de los procedimientos⁸⁷. La planificación estratégica por objetivos y la gestión flexible y autónoma de las obligaciones profesionales parecen incompatibles, como se decía, con un modelo aún basado en la jornada diaria de trabajo y en las horas semanales de desempeño, así como con las fórmulas tradicionales (jerárquicas) de control⁸⁸. La medición y evaluación de los objetivos debería ser independiente del tiempo de trabajo invertido -presencial o no presencial-. Y el teletrabajo, entonces, no puede concebirse como una suerte de “presencialidad a distancia”⁸⁹. Es verdad que no tiene traducción luego en el articulado, como tantos otros aspectos, pero lo cierto es que el Preámbulo del RDLT sigue estableciendo, a mi juicio inadecuadamente, que el mismo no podrá suponer ningún incumplimiento de la jornada y el horario que corresponda en cada caso. Así pues, y a reserva de lo que se establezca finalmente en la normativa

⁸⁶ A ello parece referirse, aún genérica y -muy- desiderativamente el propio Preámbulo del RDLT: “*La figura del teletrabajo, más allá de la urgente necesidad organizativa actual, constituye una oportunidad para la introducción de cambios en las formas de organización del trabajo que redunden en la mejora de la prestación de los servicios públicos, en el bienestar de los empleados públicos, en los objetivos de desarrollo sostenible de la Agenda 2030 y en una Administración más abierta y participativa. Supone el fomento del uso de las nuevas tecnologías de la información y el desarrollo de la Administración digital, con las consiguientes ventajas tanto para los empleados públicos como para la Administración y la sociedad en general*” (se han suprimido los desdoblamientos de género y se ha puesto en mayúsculas la palabra Administración).

⁸⁷ Gorriti Bontigui, M., “La evaluación del desempeño: análisis, retos y propuestas. Una aplicación a la Comunidad Autónoma de Aragón”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. Extra 13, (2011), p. 299.

⁸⁸ “*El trabajo no es un lugar. El trabajo no es «ir a trabajar».* El trabajo es una actividad, un desempeño”, Almonacid, V., “El teletrabajo en la Administración: horas eficientes versus horas de sillón”, *Capital Humano*, núm. 349, (2020). Sobre la inexistencia generalizada, y su cumplimiento efectivo en caso de existir, de modelos de planificación indicativa estratégica en materia de recursos humanos, pueden verse por ejemplo las consideraciones críticas de Palomar Olmeda, A., *Planificación del empleo público e instrumentos de flexibilización y racionalización*, Lex Nova, Valladolid, 2015. Como igualmente se ha dicho, “*la falta de planificación de los objetivos generales de la Administración impide establecer los más concretos, diseñar su actuación, la estructura y los medios personales, económicos y materiales más adecuados para llevar a cabo su misión*”, Padilla Ruiz, P., “Desafíos pendientes para la definitiva implantación de la evaluación del desempeño”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 109-I, (2017), p. 444.

⁸⁹ Hace ya tiempo que se ha puesto en cuestión, de hecho, la propia conceptualización clásica del marco espacio-temporal de las propias relaciones sociales, incluyendo las laborales, *vid.*, más ampliamente, Matías, G., “El trabajo en el espacio y el tiempo digital”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 11, (1998), p. 65. Como se ha dicho en este sentido, “*el poder del teletrabajo radica fundamentalmente en su capacidad para doblegar las dimensiones espacio y tiempo, estableciendo la capacidad de poder trabajar en el tiempo más idóneo y en el espacio más pertinente. Vinculando esas dos variables, el teletrabajador se convierte en el trabajador más productivo*”, Sáez Soro, E., *El teletrabajo del siglo XXI*, en Querol, V. A. y Sáez E. (eds.), *Ideas, tendencias y nuevas formas de trabajo para la economía del conocimiento*, Gobierno de La Rioja, Logroño, 2018, p. 9.

reguladora correspondiente, lo cierto es que se podrá trabajar desde casa, pero habrá que hacerlo, en principio, en la jornada y horas correspondientes, desde la igualmente inadecuada correspondencia -en principio absoluta- en materia de derechos y deberes que, como se comentará más adelante, acoge también el RDLT. Todo ello, en dicha interpretación primaria, compromete los postulados y objetivos de esta nueva modalidad de trabajo por objetivos anteriormente apuntados, y perpetúa la duda sobre la articulación efectiva de un nuevo modelo de trabajo público a distancia o la simple adopción apresurada de unas previsiones de mínimos ante un problema ya real⁹⁰.

Podrían apuntarse, sin embargo, dos teorías alternativas al respecto, en cierta contraposición interpretativa. Desde una perspectiva estricta y ortodoxa -podríamos decir- se ha sostenido que, realmente, el teletrabajo vendría a ser, en el marco de posibilidades derivadas de las necesidades del servicio, como un auténtico *derecho/obligación* a realizar idéntica jornada laboral que la efectuada presencialmente en las oficinas administrativas, sin perjuicio de las (meras) adaptaciones de flexibilidad horaria que podrían acordarse⁹¹. Pero desde una óptica quizás más avanzada y estratégica, se ha podido sostener también que el teletrabajo, por su naturaleza, no comporta en verdad, y de manera inherente, una especial dedicación ni horaria ni de jornada, sino una flexibilidad en la jornada y en los horarios ordinarios, aunque puedan en su caso fijarse períodos mínimos de interconexión para la realización del trabajo, o incluso que estos períodos de interconexión se hagan coincidir con una franjas horarias determinadas igualmente⁹².

Hay que tener en cuenta, además, un matiz en este punto, que seguramente acogerá la normativa de desarrollo, tal y como hacen las normas autonómicas ya existentes en esta materia. En ellas, la ordenación temporal del teletrabajo -mediante límites máximos- y la distribución de la jornada semanal -en horas presenciales y no presenciales- se fundamenta en la evitación de que *“el teletrabajo produzca desarraigo o un cambio de hábitos y rutinas de tal magnitud que la vuelta a la modalidad presencial pueda causar*

⁹⁰ También es verdad, como bien se ha recordado, que las Administraciones públicas son efectivamente competentes para establecer la ordenación del tiempo de trabajo del personal a su servicio, pero lo cierto es que nos encontramos ante realidades distintas, modelos de ordenación radicalmente diferentes, que exigirían, al menos, una mayor grado de flexibilidad y versatilidad a la hora del diseño de tal ordenación, *vid.* Campos Acuña, C., “Teletrabajo en las Administraciones públicas, de las musas al teatro: 5 claves para su aplicación”, disponible en <https://concepcioncampos.org/teletrabajo-en-la-aapp-de-las-musas-al-teatro-5-claves-para-su-aplicacion/>

⁹¹ Así, Antelo Martínez, A. R., “El teletrabajo ...”, *op. cit.*

⁹² Art. 9.5 del Decreto vasco núm. 92/2012, de 29 de mayo.

*algún perjuicio a la persona empleada*⁹³. Tales prevenciones pueden existir, lógicamente, a las que habría que unir quizás la evitación de situaciones desproporcionadas de desigualdad entre empleados públicos -o de indebido favoritismo- y los propios riesgos de aislamiento personal o social (el denominado efecto *cocooning*), pero no parece que sean, realmente, y desde una óptica personal, razones determinantes de tales limitaciones.

Todo lo anterior conecta, inmediatamente, con la segunda previsión señalada, la evaluación -objetiva, periódica y adecuada- del cumplimiento de dichos objetivos y, en segunda e implícita instancia, del desempeño llevado a cabo.

3.4.3. La evaluación del cumplimiento de los objetivos: teletrabajo y adecuada evaluación del desempeño

Efectivamente, el requisito clave para que la planificación estratégica, la fijación de objetivos y la consecución personal -y más o menos autónoma- de los mismos -en la oficina o en el domicilio- no devengan en píos deseos o en vanas previsiones estereotipadas del legislador es la efectiva -y objetiva- evaluación regular del efectivo cumplimiento de aquéllos. El teletrabajo conecta, así, con un modelo organizativo de gestión de los recursos humanos basado en la planificación funcional y en el establecimiento de indicadores de seguimiento, y, en última instancia, con la técnica fundamental, pero inexplorada en nuestro país -al coincidir, entre otros factores, con una profunda crisis económica- de la evaluación del desempeño (art. 20 TREBEP)⁹⁴.

Como bien se ha señalado, las funciones y tareas que desarrolla un trabajador tienen como objetivo la obtención de un determinado resultado. El rendimiento laboral, su

⁹³ Art. 8.1 del Decreto vasco núm. 92/2012, de 29 de mayo. Se establecen así dos reglas generales: a) La duración máxima del período continuado de teletrabajo será en todo caso de un año; y b) Con carácter general, el tiempo mínimo entre períodos de teletrabajo será de seis meses. Y la jornada de trabajo semanal se distribuirá igualmente, con carácter general, de manera que tres días a la semana se presten de forma no presencial mediante la fórmula de teletrabajo y dos días en jornada presencial, de acuerdo con la jornada y horarios habituales. En otras normas, sin embargo, la duración del régimen de teletrabajo, sin límites legales máximos, vendrá establecida directamente en la resolución motivada sobre el mismo (así, art. 11 del Decreto madrileño 79/2020, de 16 de septiembre).

⁹⁴ Se trataría en última instancia de “objetivizar” el máximo posible los diferentes elementos de lo que sería la nueva relación jurídica a distancia del empleado con su organización. En un marco regulatorio completo y adaptado existiría entonces mucho menos espacio para la discrecionalidad, evitándose el casuismo y la ambivalencia de las decisiones finales de la Administración en el desarrollo e implantación -diarias- de dicha relación. El ejemplo lo podemos encontrar en la ambivalencia detectada al respecto en el ámbito privado, con resoluciones judiciales recientes por ejemplo donde se legitima el despido de un trabajador cuando la causa de una disminución de rendimiento en el puesto de trabajo es voluntaria y consciente, como represalia del trabajador hacia su empresa tras la denegación de teletrabajar. Y asevera además la Sentencia 232/2020, de 29 de septiembre, del Juzgado de lo Social núm. 4 de Madrid (rec. 143/2020), que “no se puede dejar a voluntad del trabajador decidir cuánto quiere trabajar y en qué momento”.

medida, exigencia y mejora deben formar parte, por tanto, del sistema de evaluación del personal. La evaluación del rendimiento es, en sí misma, un compromiso entre el empleado y la organización⁹⁵.

Es evidente que no tiene sentido -ni atractivo- la programación de tareas, la organización estratégica descentralizada del trabajo y la fijación de objetivos, así como la articulación de indicadores de seguimiento y avance, si no se establece, a la vez, un sistema adecuado de evaluación, consecución y rendimiento sobre los mismos. La evaluación de resultados es necesaria en el trabajo presencial y a distancia, pero en éste último, basado específicamente en la autonomía y flexibilidad de gestión y la consecución personal de objetivos y metas, ineludible. La evaluación del cumplimiento de los objetivos entronca, pues, con los principios clave de eficiencia, productividad (no económica) e igualdad de trato, permitiendo que el teletrabajo contribuya a una mejor organización del trabajo, poniendo el acento no tanto en la dimensión de “control interno” sino en su naturaleza de “factor de motivación personal”⁹⁶.

Por lo demás, esta evaluación se hace más ágil y racional a través del uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, permitiendo seguramente un seguimiento continuado del progreso de cada empleado público en la consecución de sus objetivos, a través de indicadores y de instrumentos de trazabilidad del trabajo digital diario, y, en segunda instancia, mejorando los propios sistemas y elementos de retribución salarial de aquel. En este sentido, y precisamente desde el plano que interesa a este trabajo, se ha sostenido incluso la posibilidad de instauración de mecanismos de “autoevaluación” del trabajador, sobre todo cuando los objetivos globales se fijan de forma conjunta entre los supervisores o superiores y los empleados⁹⁷.

⁹⁵ Pablos Teijeiro, J. M. y Biedma Ferrer, J. M., “La evaluación del rendimiento individual. Un instrumento válido para lograr la eficiencia en la gestión de recursos humanos en las Administraciones Públicas”, *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, núm. 10, (2013).

⁹⁶ Exposición de Motivos de la Ley 7/2007, de 12 de abril. También a nivel autonómico se ha insistido en este aspecto. Como dice por ejemplo el Decreto catalán 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, “*la prestación de servicios en la modalidad de teletrabajo constituye un instrumento para reforzar la orientación del trabajo a los resultados, que permite a la vez superar la cultura de la presencialidad, fomentar la confianza, la iniciativa y la autonomía de los servidores públicos, elementos decisivos en orden a incrementar los niveles de motivación, y, consecuentemente, el rendimiento y la productividad de las Administraciones Públicas. El teletrabajo, como medida de flexibilidad laboral interna, también se convierte en una de las formas de captación y retención del talento en la organización*”. Al respecto, Rastrollo Suárez, J. J., “La evaluación del desempeño en la normativa autonómica sobre función pública”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 108, (2017), p. 403 y ss.

⁹⁷ Así, Bowman, J., “Performance Appraisal: Verisimilitude Trumps Veracity”, *Public Personnel Management*, núm. 28, (1999), pp. 557-576, citado por Pablos Teijeiro, J. M. y Biedma Ferrer, J. M., “La evaluación del rendimiento individual ...”, *op. cit.* Otras alternativas que se utilizan como indicadores de rendimiento serían, según los autores: la *evaluación de los pares*, las *evaluaciones*

Pero todo pasa, lógicamente, por establecer una “medición precisa del desempeño” profesional, desde la asumida prevención de la dificultad de trasladar estos modelos -teóricos- de medición de la productividad (“gestión de la diferencia”) a la labor servicial de los empleados públicos, sometidos por igual a las exigencias de legalidad y objetividad, de un lado, y de eficacia y servicio útil a los ciudadanos y al interés general, de otro.

El problema, como se sabe, viene de lejos. Desde su primera aparición en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, la evaluación del desempeño de los empleados públicos ha sido una fórmula cuestionada⁹⁸, pero, aun siendo evidente, a mi juicio, la complejidad de su implementación y los posibles riesgos asociados -lo que ha podido motivar su propia paralización fáctica-, no cabe duda de que, frente a modelos de valoración claramente superados⁹⁹, parece un elemento clave, junto con otros factores, para una auténtica y radical renovación de la gestión de los recursos humanos en nuestro sistema de empleo público¹⁰⁰. Como bien se ha dicho, “*parece un lugar común establecer que cualquier sistema de evaluación por deficiente que sea es mejor que la ausencia de sistema alguno*”¹⁰¹. No se trata sólo de su aparente idoneidad funcional (a los efectos correspondientes en materia de carrera profesional, provisión y mantenimiento de puestos de trabajo, determinación de las retribuciones complementarias, etc.), que ya de por sí prevalecería aparentemente sobre el conjunto de reticencias que se han podido manifestar sobre la figura, sino de su decisiva

de equipo o grupo de empleados, la de equipos de trabajo auto-administrados o auto-dirigidos o la evaluación de feedback o evaluación 360 grados.

⁹⁸ Una exposición detenida de las ventajas e inconvenientes percibidas desde el principio en esta materia puede verse en Almeida Cerredá, M., “La evaluación del desempeño de los empleados públicos. En particular, el establecimiento de sistemas de evaluación del desempeño en las Administraciones locales”, *Anuario de Derecho Municipal 2009*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2010, pp. 115 y ss.

⁹⁹ “*La inmunidad e impunidad gestora en la que se mueven los empleados públicos no es un capricho de éstos, ni siquiera, en muchos casos, una conquista más o menos corporativamente arrancada, se trata, tan solo de un problema de opciones por modelos de gestión responsables y profesionalizados que respetando las peculiaridades del ámbito público acerquen éste a ámbitos aceptables de gestión, o por modelos en los que la improvisación y la falta de rigor encubren las propias carencias y justifican un ámbito crítico difícilmente justificable*”, Palomar Olmeda, A., *Derecho de la Función Pública*, 10ª ed., Dykinson, Madrid, 2013, p. 356.

¹⁰⁰ Vid. en este sentido por ejemplo el conjunto de consideraciones sostenidas por Padilla Ruiz, P., *Gestión del empleo público. La evaluación del desempeño en la mejora de la eficiencia administrativa*, Bosch, Barcelona, 2016: “*la evaluación del desempeño promete convertirse en el factor de cambio del empleo público y de la Administración que el ciudadano demanda, donde ese necesario control facilitará una gestión del personal más óptima, eficaz y eficiente*” (p. 46).

¹⁰¹ De Miguel Pajuelo, F., *Artículo 20. La evaluación del desempeño*, en Palomar Olmeda, A. y Sempere Navarro, A. V. (dirs.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Thomson Reuters, Pamplona, 2009, p. 233.

contribución a la auténtica modernización de las estructuras administrativas¹⁰², apostando, de verdad, en cuanto al enfoque subjetivo, por la eficiencia, la responsabilidad y la profesionalidad de los empleados públicos¹⁰³, en aras de una mayor motivación, cualificación y mejor servicio a los intereses generales.

Si el teletrabajo va a venir marcado por una mayor flexibilidad, autonomía y responsabilidad personal en la organización del trabajo y en la consecución de los objetivos señalados, es evidente que la implementación de mecanismos de verdadera evaluación del rendimiento y de cumplimiento eficiente de tales objetivos se hace ineludible, a través, como se ha puesto de manifiesto con carácter general, de procedimientos objetivos y adecuados de carácter continuado, sistemático, orgánico y en cascada, capaces de integrar en última instancia los objetivos de la organización con los del empleado público¹⁰⁴.

Dado que lo importante no es la presencia física del funcionario en las dependencias administrativas sino el logro eficiente de los objetivos y la obtención de resultados, a

¹⁰² Aún más. Se ha señalado que la efectiva implantación y desarrollo de estos sistemas contribuiría decisivamente “al proceso de transformación y racionalización permanente de la Administración” (Ortega Álvarez, L., *¿Es posible desarrollar el EBEP en tiempos de crisis?*, en Fuentetaja Pastor, J. A. y Cantero Martínez, J. (dirs.), *Crisis económica y función pública*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2012, pp. 11-20), desde la superación disruptiva de la concepción clásica de la gestión pública en términos de innovación administrativa (Padilla Ruiz, P., “Desafíos pendientes para la definitiva implantación de la evaluación del desempeño”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 109-I, (2017), p. 441).

¹⁰³ Como se ha dicho críticamente, “en lo que afecta al diseño y resultado del trabajo, la dicotomía en la oficina o en casa no es determinante. Todo lo más, el contexto del domicilio (a distancia) hace más complejo el desarrollo de la gestión del trabajo en sus elementos de diseño, seguimiento y evaluación, exigiendo un plus de dedicación y competencias al personal directivo y responsable de las respectivas unidades, así como una disciplina férrea a quien trabaja desde el domicilio. Siempre está en riesgo la productividad y la calidad del trabajo. Por ello es necesario evaluar el desempeño ... [...]. Es más, el teletrabajo no asegura que no haya también presentismo, aunque sea de otro modo. Lo puede haber en casa con el VPN activado y no haciendo nada. También lo contrario. Lo único que pasa es que no es comprobable o evidente. Lo que realmente es un cambio de modelo organizativo es diseñar el trabajo en sí, no el teletrabajo. Algo que no se ha hecho por las Administraciones en las últimas décadas. ¿Serán capaces de hacerlo a partir de ahora?”, Gorriti Bontigui, M. y Jiménez Asensio, R., “Teletrabajo: ¿Aporía o ejemplo?”, disponible en <https://rafaeljimenezasensio.com/2020/05/10/teletrabajo-aporía-o-ejemplo/>

¹⁰⁴ Vid. Hernando Ibáñez, D., “Aproximación a un modelo de evaluación del desempeño para la Administración local”, *Revista digital CEMCI*, núm. 46, (2020). Como bien dice el autor, ha de tratarse de procedimientos de integración de intereses, “donde se combinen las dimensiones de control y seguimiento con las de promoción del potencial de los empleados públicos, buscando una mayor implicación efectiva de estos con la estrategia de la corporación”. En términos similares se ha podido definir de forma nítida la evaluación del desempeño como “el proceso sistemático y periódico de valoración cuantitativa y cualitativa del grado de eficacia con el que las personas llevan a cabo las tareas, cometidos y responsabilidades de los puestos de trabajo”, Álvarez García, F., “Evaluación del desempeño en la Administración pública: propuesta metodológica”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 1, (2011), p. 100. No puede olvidarse, en fin, que realmente, las Administraciones públicas están obligadas, por Ley, a establecer sistemas que permitan esta evaluación del desempeño de sus empleados, obligatoriedad que se ve reforzada por el hecho de que la misma se incardine dentro del derecho a la carrera de éstos, de conformidad con el tenor literal del art. 14 TREBEP.

través de la verificación de indicadores de desarrollo, dejando a aquel la organización diaria de su trabajo y la planificación personal correspondiente, el desarrollo de los sistemas propios de evaluación del desempeño -por parte de cada Administración pública- debería responder a procedimientos administrativos sistemáticos, adaptados y transparentes, con la fijación correspondiente del período temporal a evaluar y el previo análisis funcional del puesto de trabajo¹⁰⁵, de tal forma que se motiven, detallen y expliciten los factores o elementos a evaluar y los niveles y grados a alcanzar en su caso, es decir su baremación o ponderación relativa (y en principio con la propia participación en el diseño de los empleados públicos o sus representantes), a fin de medir y valorar objetivamente, y con las garantías necesarias, tanto el rendimiento (logro de resultados) como la conducta del empleado público¹⁰⁶.

Obviamente, la medición y evaluación de la conducta del empleado público, en el -específico- desarrollo profesional de las competencias propias de su puesto de trabajo¹⁰⁷, resulta el factor más complicado a estos efectos, por la posible discrecionalidad asociada a la misma (en tanto valoración exógena de una forma de comportamiento y actuación)¹⁰⁸. Máxime en el caso del trabajo a distancia, sin relación, contacto diario ni interacción física entre compañeros y superiores jerárquicos (*desempeño contextual*)¹⁰⁹. Deben establecerse y publicarse por ello, con anterioridad, también los criterios o elementos “objetivos” y “cuantificables” para graduar de la manera más objetiva posible tal dimensión¹¹⁰. De hecho, y como bien se ha destacado, “los

¹⁰⁵ Parece claro que la evaluación del desempeño debe realizarse de forma individualizada, aunque los objetivos que se marquen puedan ser tanto de carácter individual como colectivo.

¹⁰⁶ Tal y como señala el art. 20.1 TREBEP, “*la evaluación del desempeño es el procedimiento mediante el cual se mide y valora la conducta profesional y el rendimiento o el logro de resultados*”.

¹⁰⁷ Hay que reseñar, sin embargo, que la jurisprudencia no se ha mostrado uniforme en este sentido, con pronunciamientos más estrictos exigentes de una efectiva correlación entre la evaluación del rendimiento y la conducta y las labores habituales del empleado público y otros más laxos en cuanto a la verificación de tal binomio, como por ejemplo la STS 321/2012, de 24 de octubre. Algún sostiene, en este sentido, que la clave no estaría tanto en la responsabilidad de las tareas -derivada del marco competencial correspondiente-, sino en el “control” o “dominio” del empleado público sobre las mismas, *vid.* Gorriti Bontigui, M., “La evaluación del desempeño: análisis ...”, *op. cit.*, p. 304.

¹⁰⁸ Así por ejemplo, Roqueta Buj, R., “La evaluación del desempeño de los empleados públicos en el EBEP”, *Actualidad Laboral*, núm. 21, (2012). Como se ha dicho, la conducta profesional podría quedar vinculada bien al sistema de factores o bien a la adquisición de competencias. La evaluación por objetivos pretende medir la contribución y grado de implicación del personal público al cumplimiento de los objetivos anuales establecidos para la unidad a la que pertenecen. En cambio, la evaluación por competencias de los empleados públicos se debería realizar en función a los perfiles de exigencias establecidos para sus puestos de trabajo, Pablos Teijeiro, J. M. y Biedma Ferrer, J. M., “La evaluación del rendimiento individual ...”, *op. cit.*

¹⁰⁹ *Vid.* Álvarez García, F., “Evaluación del desempeño en la Administración ...”, *op. cit.*, p. 105.

¹¹⁰ Resultan ilustrativas en este sentido las consideraciones del “Modelo de evaluación del desempeño en el marco de la planificación de objetivos y estratégica en las Administraciones

*procedimientos de evaluación están en última instancia destinados a reducir en la medida de lo posible el margen de discrecionalidad en la toma de decisiones en lo relativo a la carrera administrativa del empleado público*¹¹¹. Pero en el caso de la valoración del rendimiento o la consecución de resultados, y tal y como se comentaba en el epígrafe anterior, sí parece claro que la técnica más adecuada al efecto es la denominada “dirección por objetivos”¹¹². No debería tratarse, en cualquier caso, de la mera consecución (competitiva y aislada) por el teletrabajador del máximo número o de la más alta tasa de resultados u objetivos posibles (número de resoluciones, de expedientes, de trámites realizados, etc.), en tanto que, como se sabe, las funciones de gestión administrativa, aún desde la máxima variabilidad de puestos de trabajo y competencias, no deberían venir caracterizadas en verdad -al menos únicamente- por la productividad o el rendimiento cuantitativo del empleado y su desempeño¹¹³. Por ello, las futuras normas de desarrollo, en el caso concreto del teletrabajo, deberían articular un conjunto de criterios de medición y rendimiento de distinta naturaleza y alcance.

En cualquier caso es evidente la importancia que pueden tener estas técnicas e instrumentos de evaluación objetiva no sólo de los resultados sino también de las conductas, sobre la base de una adecuada planificación funcional estratégica y la predeterminación de los objetivos o fines a conseguir, desde la perspectiva de la promoción y el asentamiento del teletrabajo en el seno de nuestras Administraciones públicas, tal y como se está produciendo masivamente en los últimos meses en el ámbito de las empresas privadas.

IV. IGUALDAD (TEÓRICA) DE DERECHOS Y DEBERES

1. Dudas iniciales

De nuevo en términos totalmente genéricos y difusos -no comprometedores-, y con una formulación aparentemente “infundada”, señala el apartado tercero de este nuevo

Públicas”, Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas-Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2015.

¹¹¹ Rastrollo Suárez, J. J., *Evaluación del desempeño en la Administración: hacia un cambio de paradigma en el sistema español de empleo público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 206.

¹¹² Como apunta Almeida Cerredá, M., “La evaluación del desempeño ...”, *op. cit.*, p. 126, aunque tiene sus inconvenientes, la “dirección por objetivos” presenta dos grandes ventajas: por una parte, se trata de un método dotado de gran flexibilidad, ya que el acuerdo entre la organización y el empleado puede ser variado si cambian las circunstancias y, por otra parte, reduce a la mínima expresión la subjetividad del evaluador, ya que la evaluación se circunscribe a una comprobación de hechos y cantidades.

¹¹³ Entendiendo la productividad como la cantidad de *output* obtenido por unidad de factor (mano de obra) utilizada, tal y como se explica en Pablos Teijeiro, J. M. y Biedma Ferrer, J. M., “La evaluación del rendimiento individual ...”, *op. cit.*

artículo que *“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”*. Es evidente que se pretende garantizar ante todo el principio de igualdad y de objetividad de trato en la ordenación “estatutaria” de los empleados públicos, en el ya comentado marco de la configuración no “ordinaria” y “compatible/reversible” del teletrabajo, en relación con la modalidad presencial, pero, a mi juicio, no es incompatible mantener en principio el conjunto de deberes y derechos de todos los empleados públicos -como mínimo legal indisponible además- con la modulación o adaptación de su reconocimiento y/o ejercicio en el caso de los trabajadores a distancia.

Si al hilo de su progresivo desarrollo normativo, la modalidad de teletrabajo se generaliza, como parece, y los “porcentajes” de no presencialidad se “relajan”, parece claro, si no se articulan procedimientos *ad hoc* al respecto, que los trabajadores en modalidad a distancia han de tener los mismos derechos y deberes que sus compañeros pero que será más complicado su ejercicio, en ocasiones y dependiendo de la naturaleza propia de cada uno de ellos, para los mismos. Debería asumirse por tanto la obligatoriedad de dicha normativa de desarrollo para su adaptación, evitando así no sólo tratos desiguales injustificados sino las propias reticencias, por comparación, para la solicitud de trabajo a distancia.

La sistemática de este apartado tercero no es clarificadora en este sentido. Tras el reconocimiento genérico anterior, señala el precepto que tal igualdad de tratamiento será extensible también en relación con la normativa de prevención de riesgos laborales que resulte aplicable (*¿existe una normativa al respecto “diferente” para el trabajo a distancia?*), *“salvo aquellos que sean inherentes a la realización de la prestación del servicio de manera presencial”*. Lo lógico y comprensible, a pesar de la defectuosa subordinación gramatical, sería interpretar (*“aquellos”*) que la matización final no se refiere sólo a la materia de prevención de riesgos laborales, sino al conjunto de derechos y deberes precedente. Si es así, el propio RDLT estaría reconociendo que no existiría una igualdad absoluta de tratamiento. Ese no es el problema: parece claro que no puede haberla, en todos los casos y circunstancias, al menos sin -la omitida- regulación básica al respecto, y a la espera de las -particulares- normas de desarrollo. El problema es que el criterio de “diferenciación” resulta, de nuevo, enormemente ambiguo -y tautológico-. Los teletrabajadores disfrutarán de los mismos derechos y deberes que los trabajadores presenciales a excepción de los que resulten “inherentes” al trabajo presencial. Fórmula impecable, pero vacía de contenido y operatividad. A partir de ello, se presentan varias opciones: optar por una interpretación flexible y amplia de reconocimiento o no, esperar a los posibles pronunciamientos jurisprudenciales (casuísticos), previsibles con el

asentamiento y desarrollo de esta nueva normativa, intentar “descubrir” qué derechos sí son inherentes a la presencialidad y cuáles no (distinción realmente complicada de trazar con el uso masivo actual de las herramientas electrónicas y de intercomunicación), etc. Una rápida revisión por ejemplo de los derechos individuales de los empleados públicos recogidos en el art. 14 TREBEP no parece mostrar con claridad cuáles serían los “no reconocibles” (por su inherencia al trabajo presencial), al margen lógicamente de la necesidad, ya adelantada, de quizás adaptar el desarrollo de alguno de ellos a la modalidad de teletrabajo (por ejemplo, y como mucho, el derecho a la formación continua y a la actualización permanente de sus conocimientos y capacidades profesionales, preferentemente en horario laboral, que perfectamente admitiría modalidades *on line*, y que de hecho debería reforzarse en la modalidad de teletrabajo; el derecho al respeto de su intimidad, orientación sexual, propia imagen y dignidad en el trabajo, quizás mucho más expuesto en dicha modalidad, y que igualmente podría exigir instrumentos o fórmulas de protección y tutela no sólo diferentes, sino incluso más intensas; o el derecho a recibir protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, que igualmente, y tal y como se reseñaba antes, demandaría más bien una cierta adaptación de su normativa de desarrollo). E igualmente, en el caso de los derechos individuales de ejercicio colectivo (art. 15 TREBEP), no parece difícil plantear igualmente la compatibilidad del teletrabajo con su ejercicio -presencial- eventual, o, directamente, la realización del mismo a través de medios electrónicos y telemáticos.

En cualquier caso, y al margen de estas -posibles- adaptaciones, claramente presentan perfiles distintos, y demandan soluciones diferentes, los siguientes derechos, en su traslación a la modalidad de prestación de servicios a través del teletrabajo.

2. Teletrabajo y prevención de riesgos laborales

En primer lugar, y como es lógico, ya se ha adelantado el reconocimiento genérico adicional para la aplicación en esta modalidad de la normativa de prevención de riesgos laborales que resulte aplicable. El derecho a recibir una “*protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo*” (art. 14.I TREBEP) no sólo se mantiene en el caso del teletrabajo sino que quizás, y en ciertos aspectos, debe reforzarse (o al menos adaptarse a la misma, en principio en la normativa específica de desarrollo de este artículo)¹¹⁴.

¹¹⁴ Una situación similar sucede en el caso del teletrabajo privado, aunque aquí el Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, sí que ha consagrado, siguiendo la tónica general en relación con el RDLT, algunas previsiones concretas, puesto que, como se ha dicho, no existe realmente una normativa actualizada y completa de prevención de riesgos laborales en el teletrabajo, por lo que en principio hay que aplicar la normativa genérica. Sin embargo, que las normas correspondientes no hagan matización alguna con relación al cumplimiento de la normativa preventiva en los supuestos de teletrabajo no quita para la subsistencia de determinadas dudas

Se trataría, entonces, de articular los protocolos, medidas e instrumentos necesarios para garantizar la observancia de esta obligación administrativa en las situaciones de trabajo no presencial de los empleados públicos (evaluaciones previas *on line* o telefónicas, teleasistencia, autocomprobación de medidas, disponibilidad y adaptación de medios, etc.), teniendo en cuenta además la necesidad de valoración -y gestión- de aquellos riesgos que de manera más específica pueden recaer o confluir en esta modalidad de trabajo, como los riesgos psicosociales, ergonómicos, riesgos vinculados al lugar de trabajo, *tecnoestrés*, etc. Igualmente debería regularse de forma específica el control de todos los aspectos preventivos relacionados básicamente con la fatiga física y mental, el uso de pantallas de visualización de datos y los riesgos de aislamiento.

En la normativa autonómica sobre la materia se desarrollan estas previsiones estableciendo, de un lado, la obligatoriedad para la Administración de facilitar al teletrabajador la evaluación de riesgos de su actividad, así como la formación e información necesaria en materia de seguridad y salud laboral, y, de otro, la necesidad del personal que se acoja a esta modalidad de trabajo de acudir a sesiones formativas sobre el acondicionamiento de su puesto “externo” de trabajo y sobre seguridad y ergonomía en los puestos de trabajo con pantallas de visualización de datos y de aplicación propia, y en todo caso, de las medidas específicas previstas en su evaluación de riesgos.

3. Derecho a la obtención de los medios tecnológicos necesarios

Establece en segundo lugar el art. 47 *bis* RDLT que la Administración (*rectius*, cada Administración) ha de proporcionar y mantener, como obligaciones pues específicas -y tanto de medios como de resultados-, y en relación con los empleados públicos (aunque el precepto habla incomprensiblemente de “personas”, en general) que trabajen en esta modalidad (sin porcentajes, reservas o excepciones, pues), “*los medios tecnológicos necesarios para su actividad*”.

La norma parece clara, y en principio soluciona una de las cuestiones más conflictivas inherentes a la regulación -primero sobrevenida, y ahora en principio, normalizada- del teletrabajo o trabajo a distancia, la responsabilidad -y el coste aparejado- de la provisión de los medios tecnológicos necesarios para un desempeño adecuado -aún a distancia- de las funciones públicas correspondientes.

Muchas veces sin embargo el alcance efectivo de las obligaciones legales -cuando se trata de preceptos materialmente “en blanco” como es el caso- sólo puede discernirse

interpretativas, sobre todo en relación al cumplimiento efectivo de muchas obligaciones preventivas y a su control superior, *vid.* Luque Parra, M. y Ginés i Fabrellas, A., *Teletrabajo y prevención de riesgos laborales*, CEOE, Madrid, 2016, p. 56.

realmente a la luz de la normativa correspondiente de desarrollo. Lo cual puede conducir a dos posibles problemas: uno, la asimetría y disparidad de soluciones de provisión y mantenimiento del material según cada Administración pública -y su ambición y apuesta por la e-Administración y el teletrabajo-. Y dos, el efectivo alcance material del derecho, susceptible de ser modulado tanto desde una óptica formal (de exigencia de requisitos, por ejemplo) como sustantiva (reconociendo la obligación pero matizando o condicionando su despliegue efectivo y en todos los supuestos). A todo ello hay que sumar la necesaria intermediación de la negociación colectiva en el desarrollo específico de estas normas.

En principio, no obstante, la solución parece ajustada a la propia naturaleza de esta modalidad de prestación de servicios (otra cosa será su cobertura presupuestaria y la realidad práctica de su implantación). Teletrabajo a distancia, pero de las funciones y tareas propias -y responsabilidad- del órgano y puesto de trabajo correspondiente. Parece lógico entonces, dada la esencialidad en estos casos de los medios tecnológicos e informáticos de trabajo, la obligación administrativa de su provisión y mantenimiento, aunque lógicamente (sólo) los que sean realmente “necesarios” para tal labor.

La provisión pública de los mismos garantizaría, además, la configuración adecuada y segura de los terminales y dispositivos electrónicos facilitados, a fin de garantizar la (ciber)seguridad, la gestión y manejo de datos y la confidencialidad general de los expedientes.

Podría surgir no obstante alguna duda interpretativa al respecto, como por ejemplo el alcance temporal/transitorio de estas previsiones: ¿cuándo será obligación específica, y como tal exigible, de la Administración, desde la entrada en vigor del RDLT, a los seis meses a contar desde su entrada en vigor -plazo teórico máximo de adaptación- o desde la aprobación y publicación efectivas -seguramente más allá de los seis meses- de la normativa reglamentaria de desarrollo, que es cuando, materialmente, estaría concretado su alcance? A mi juicio, una cosa es la adaptación de la normativa correspondiente (previsión de intermediación contenida en la D. F. 2ª RDLT) y otra la exigibilidad inmediata de obligaciones completas (plenas) contenidas ya en la normativa básica, y sin condicionantes¹¹⁵. Un teletrabajador, por tanto, antes de aprobarse la normativa de

¹¹⁵ No cabe olvidar que, al tiempo de escribirse estas páginas, nos encontramos de nuevo bajo el “estado de alarma” (aunque ahora las autoridades competentes son las autonómicas), sin confinamiento domiciliario estricto, pero con diversas medidas en la Administración pública, adoptadas desde hace ya algún tiempo, de rotación de efectivos y flexibilización de las *ratios* de presencialidad a fin de evitar la acumulación de personas y el contacto físico. Esto es también teletrabajo. ¿Por qué normativa se rige, dado que todavía no se ha aprobado, ni siquiera por la Administración General del Estado, la normativa de desarrollo del RDLT? ¿El teletrabajo fuera del RDLT no tiene la misma regulación, en relación por ejemplo a la provisión administrativa de los medios necesarios para llevarlo a cabo? ¿Hay un teletrabajo de “excepción” y otro normalizado,

desarrollo, si es el caso, tendría derecho ya, en virtud de este reconocimiento legal, a que su Administración le provea de los medios técnicos y tecnológicos necesarios para desarrollar su labor. El precepto es claro, en su literalidad ideal al menos, y no subordina la exigencia de dicha obligación a ningún condicionamiento -temporal o material-. El problema es que hay que determinar, para su satisfacción real, cuáles serían los medios tecnológicos necesarios en casa caso. Si para ello hace falta la normativa de desarrollo, las grandes declaraciones legales se difuminan y diluyen. Porque no en todos los casos se necesitarán seguramente los mismos medios y las mismas herramientas tecnológicas.

Ahora bien, lo que seguro hará falta en todos los casos será la conexión a internet (y quizás la línea y llamadas telefónicas). Sobre ella lógicamente no hay pronunciamiento expreso ahora, y cabría dudar si la misma, y su coste, se incluyen dentro del concepto de “medios tecnológicos”¹¹⁶.

La verdad es que tampoco en el Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, se contiene un pronunciamiento específico al respecto, aunque sí se aclara mucho más el alcance del derecho a la dotación suficiente y mantenimiento de medios, equipos y herramientas por parte de los trabajadores. Según su art. 11, *“las personas que trabajan a distancia tendrán derecho a la dotación y mantenimiento adecuado por parte de la empresa de todos los medios, equipos y herramientas necesarios para el desarrollo de la actividad, de conformidad con el inventario incorporado en el acuerdo referido en el artículo 7 y con los términos establecidos, en su caso, en el convenio o acuerdo colectivo de aplicación. Asimismo, se garantizará la atención precisa en el caso de dificultades técnicas, especialmente en el caso de teletrabajo”*. Cabe deducir por tanto que si no se ha incluido en la regulación, mucho más tuitiva y desarrollada, de los trabajadores privados, no se reconoce -implícitamente- como regla general en el caso de los empleados públicos, aunque habrá que estar, de

aunque aún no desarrollado? ¿Si no está desarrollado, no es exigible? ¿Qué pasa si no se desarrolla? ...

¹¹⁶ En alguna normativa autonómica sí se especifica expresamente que los gastos de conexión corren a cargo de la persona que tiene autorizado el teletrabajo (art. 8.2 del Decreto catalán 77/2020, de 4 de agosto) o incluso se configura la propia disponibilidad de conexión, con los requisitos que se marquen por la Administración, como “requisito profesional de acceso” (art. 6.a del Decreto madrileño 79/2020, de 16 de septiembre). En el también reciente Decreto madrileño 79/2020, de 16 de septiembre, se establece, por un lado, que la Comunidad Autónoma ha de facilitar los siguientes recursos para el desempeño del puesto en la modalidad de teletrabajo, ahora bien, *“en función de la disponibilidad tecnológica”*: un ordenador personal, las herramientas ofimáticas, de trabajo en remoto o de trabajo colaborativo y de ciberseguridad, el acceso a las aplicaciones informáticas necesarias y una línea de atención telefónica u *on line* receptora de incidencias sobre el servicio. Pero por otro se establece que cada empleado público se compromete a: a) desarrollar su actividad laboral en régimen de teletrabajo de la forma y con las condiciones que permitan el cumplimiento de las medidas de prevención de riesgos laborales y de protección de datos que estén establecidas y b) aportar conexión a internet que cumpla con las características que defina la Comunidad de Madrid, en su caso.

nuevo, a la normativa correspondiente de desarrollo y a la -imprescindible- intermediación de la negociación colectiva.

4. Derecho a la desconexión digital y a la protección de datos personales e intimidad

Sin duda una de las cuestiones más espinosas de las que se han planteado -y a la que de nuevo no contesta el RDLT- en materia de teletrabajo es la existencia y alcance del derecho a la desconexión digital, al descanso y a la efectiva conciliación personal y familiar. Y en conexión a los mismos, la tutela de la intimidad domiciliaria del teletrabajador y las garantías de protección de los datos personales y de la información restringida en esta modalidad de trabajo.

En el primer caso, se hable o no, en estrictos términos, de jornada laboral, y se siga o no el modelo de fichaje y rendimiento por horas (aunque no presenciales), que entiendo sin embargo que no es el más adecuado, lo cierto es que la conexión remota y la necesidad de utilizar (¿constantemente?) las tecnologías de la información y la comunicación para el desarrollo de esta modalidad de prestación de servicios, suponen seguramente un mayor riesgo de vulneración del derecho a la desconexión digital fuera del horario de trabajo (que, como digo, puede ser diferente, al horario de jornada, o, directamente, no existir desde modelos organizativos centrados más en los objetivos y resultados que en las horas de desempeño)¹¹⁷. En los últimos meses este riesgo se ha incrementado claramente, debido al confinamiento forzoso primero, y a la propia confusión y variabilidad de medidas -gubernamentales y administrativas- después, con distintos turnos y rotaciones de trabajo, modificaciones sobrevenidas de horarios y períodos de descanso, etc¹¹⁸.

Y es que vivimos, como se ha comentado, en la época de la “conexión digital”: ya sea a través de un dispositivo fijo o móvil, prácticamente todos nos encontramos, casi constantemente, “disponibles” y “localizables”. Cuando esa “conexión” es laboral, el problema es, entonces, separar la vida profesional de la vida personal, familiar y social¹¹⁹. Y cuanto esa “conexión laboral” es domiciliaria, dicha separación se vuelve

¹¹⁷ Por ejemplo, González Tapia, M. L., “Derecho a la desconexión digital y teletrabajo”, *Diario La Ley*, núm. 9606, (2020).

¹¹⁸ *Vid.*, en general, las consideraciones de Trujillo Pons, F., *La “desconexión digital” en el ámbito laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

¹¹⁹ Como se ha señalado, “la automatización de los instrumentos de trabajo y el uso de los medios tecnológicos en el ámbito laboral hace que resulte cada vez más difícil delimitar la jornada de trabajo y separar el tiempo de descanso del hecho de estar conectado al trabajo, diluyendo las fronteras entre lo profesional y lo personal”, 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).

obviamente más complicada¹²⁰. Se han roto, así, las fronteras clásicas entre el tiempo de trabajo efectivo y el descanso. El “trabajo digital” multiplica las zonas (temporales) de concurrencia, dando lugar a nuevos tiempos de subordinación e incluso “dependencia *on line*”¹²¹.

Este derecho se encuentra reconocido actualmente con carácter general en el art. 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Como se dice en su primer apartado, “*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*”. Se trata, pues, de un derecho subjetivo pleno (e instrumental), encauzado, a su vez, a la garantía de la observancia de otros derechos y principios superiores (bien jurídico tutelado) como el respeto de los períodos de descanso y permiso y el -constitucionalmente garantizado- de tutela de la intimidad personal y familiar¹²². Aunque no se señala expresamente, quizás el vínculo más intenso se encontraría sin embargo, y con mucha mayor carga de profundidad, con el propio derecho a la salud. No es, sin embargo, una previsión realmente completa (como “regla jurídica”), porque realmente la garantía de la desconexión se hace depender de la propia predeterminación -legal o convencional- del tiempo de trabajo¹²³. Se trata pues de una previsión más bien programática¹²⁴. En este

¹²⁰ Vid., así, 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. 65, aunque, como sostienen los autores, más que de desconexión digital, en la práctica complicada, de lo que habría que hablar sería de “libertad personal”, es decir, de la libertad para estar conectado o desconectado, articulándose entonces medidas e instrumentos eficaces para su garantía.

¹²¹ 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).

¹²² Aún más: “*la ley cumple una función no ya «garantizadora» del concreto derecho, sino «garantista» de un conjunto de ellos relacionados, como son los relativos a la conciliación de la vida personal, familiar y profesional, al descanso o a la seguridad y salud en el trabajo*”, Megino Fernández, D. y Lanzadera Arencibia, E., “El derecho ...”, *op. cit.*, p. 66.

¹²³ Y en este sentido se ha señalado críticamente que a pesar del reconocimiento del derecho, su ejercicio efectivo queda supeditado a un pacto previo entre los sujetos implicados, por lo cual, aisladamente, su eficacia quedaría relegada a la condición de mero principio o norma directriz (más que de expresa obligación), sobre todo de tener en cuenta la ausencia de normas mínimas aplicables en defecto de pacto o la inexistencia de sanciones previstas ante un incumplimiento, *vid.* Igartúa Miró, M. T^a., “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”, *CEF Legal*, núm. 432, (2019); Pazos Pérez, A., “El derecho a la desconexión ...”, *op. cit.*, p. 274); Baylos Grau, A., “Los derechos digitales y la negociación colectiva”, *Diario La Ley*, núm. 9331, (2019); etc. Más positivamente se ha entendido que el legislador realmente realiza un llamamiento a la negociación colectiva en este punto, lo cual parece lógico “*porque solo la negociación colectiva puede modular o matizar el disfrute del derecho atendiendo a la naturaleza y objeto de la relación laboral*”, Trujillo Pons, F., *La “desconexión digital” en el ámbito ...*, *op. cit.*, p. 91.

sentido, cabe entender que el precepto no se refiere sólo a la modalidad de jornada u horario de trabajo, presencial o no, sino a cualquier otra modalidad o sistema de “tiempo de trabajo” que se acuerde, pacte o establezca (bien es verdad que en principio se piensa, en términos tradicionales, en personas empleadas con una jornada establecida en un horario fijo)¹²⁵. Como dice el propio art. 88.2 de esta Ley Orgánica, las modalidades de ejercicio de este derecho atenderán, en última instancia, a la naturaleza y objeto de la relación laboral (o de empleo público, hay que entender). Lo que sí está claro es que, fuera de dicho “tiempo”, el teletrabajador tiene derecho a desconectar digitalmente, en sentido material o físico lógicamente, aunque también -aunque parezca más complicado- en sentido intelectual o mental, y ello con la finalidad última de potenciar -y preservar- el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar. Y en particular, termina el precepto comentado, “*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*”.

Ahora bien, este derecho a la desconexión o “descanso” digital, que en teoría no tendría por qué coincidir realmente con los períodos de descanso laboral¹²⁶, no implica sólo, y desde la primera perspectiva, el derecho del teletrabajador a “desconectar” y “desconectarse” fuera del horario, jornada o “tiempo” de trabajo establecido, sino, desde la complementaria, la interdicción del uso o disposición de los medios tecnológicos por parte de la Administración durante dichos períodos, sin posibilidad de requerimientos o imposiciones de conexión fuera del período u horas de trabajo de ejercicio profesional (deber de respeto de las medidas de flexibilización reconocidas, autorizadas o acordadas

¹²⁴ Rodríguez Hernández, J., “El derecho a la desconexión digital”, *Diario La Ley*, núm. 9631, (2020).

¹²⁵ En este sentido, por ejemplo, Igartua Miró, M. T^a., “El derecho a la desconexión ...”, *op. cit.* Como señalan por ejemplo Megino Fernández, D. y Lanzadera Arencibia, E., “El derecho ...”, *op. cit.*, p. 69, “*la garantía (eficacia del derecho a la desconexión) no alcanza solo a los períodos de efectivo tiempo de trabajo, delimitados por la jornada y el horario. [...] también actuará fuera de tales parámetros o, en su caso, en los supuestos de flexibilidad horaria donde quede a criterio de la persona trabajadora organizar su actividad laboral en orden a la conciliación de las esferas individual, familiar y profesional, lo que es tanto como señalar que, respetando siempre los límites establecidos en cuanto a su duración mínima, quedará al contenido del acuerdo, pacto o convenio la aplicación del derecho durante las vacaciones, los períodos de descanso diario y semanal e, inclusive, las pausas dentro de la jornada*”.

¹²⁶ Asistimos realmente en los últimos tiempos, tal y como se ha estudiado, a una nueva reconfiguración de equilibrio entre los tiempos de trabajo y los tiempos de descanso del empleado. Puede hablarse incluso de un nuevo “modelo de bienestar”, desde la aparente fusión de ambas dimensiones (“*blending*”), pero desde la necesaria preservación también del derecho a la salud en el trabajo, con su fundamental manifestación del “*right to disconnect*”, *vid.* Ushakova, T., “De la conciliación a la desconexión tecnológica. Apuntes para el debate”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 192, (2016).

y de abstención de cualquier tipo de comunicación profesional, directa o indirecta)¹²⁷ y de cualquier tipo de intromisión ilegítima. La matización es evidente, aún desde la ya comentada flexibilidad organizativa de esta modalidad (aunque desde la propia prevención y conciencia de la dificultad del traslado a la práctica de estas consideraciones teóricas)¹²⁸: que el teletrabajador esté todo el día en casa no significa que esté todo el día conectado (“*always on*”) o que, fuera del horario o “tiempo” de trabajo, pueda recibir llamadas y correos electrónicos (o, al menos, contestar a ellos), o realizar cualquier otro tipo de actuaciones o actividades profesionales. La versatilidad y la ductilidad del trabajo a distancia no pueden significar la “conectividad” permanente de los trabajadores, con el riesgo consiguiente de “disponibilidad excesiva”. Aunque también es verdad que, a veces, la elasticidad virtual de la jornada puede extenderse durante todo el día (y a lo mejor, parte de la noche).

Con algo de más claridad entonces queda recogido este derecho, en lo que respecta específicamente a los empleados públicos, en el art. 14.j *bis* TREBEP, después justo del reconocimiento de las medidas que favorezcan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral (en virtud de la D. F. 14ª de la propia Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre): 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*”. Se amplía, así, tanto el bien jurídico protegido (intimidad física y digital, localización personal y desconexión digital) como las finalidades objetivas de tutela¹²⁹, aunque con una formulación de reenvío internormativo algo

¹²⁷ Aún más. Termina el citado art. 88 señalado, en términos positivos de acción, que “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”. Como se ha recordado en este sentido, insistiendo en ambas vertientes, la desconexión digital está vinculada al derecho a la intimidad, a la dignidad de la persona y a la prevención de riesgos laborales, bienes jurídicos de absoluta relevancia y protección, Herráiz Martín, Mª. S., “El impacto de la digitalización del trabajo ...”, *op. cit.*

¹²⁸ De hecho, existe ya un supuesto cercano resuelto recientemente por el TC, relativo al régimen de comunicaciones electrónicas procesales, que parece matizar de alguna forma el carácter -pretendidamente- más o menos absoluto de dicho derecho a la desconexión o, al menos, a la no recepción de “notificaciones laborales” fuera del horario y períodos de trabajo. Según el TC, las notificaciones electrónicas de Lexnet en período de vacaciones no vulneran el derecho al descanso y a la salud de abogados y procuradores (Auto del TC de 22 de septiembre de 2020, rec. 4833/2019).

¹²⁹ En este sentido, pueden citarse también definiciones mucho más completas y ambiciosas de esta realidad. Así por ejemplo se entiende la desconexión como un “derecho de inversión y reversión que confiere a los trabajadores la posibilidad de decidir, con carácter transitorio o permanente, su disponibilidad conectiva con los dispositivos técnicos digitales, respetando los

confusa, y sin mención a otros aspectos correlacionados como el derecho al secreto de las comunicaciones y a la intimidad informática¹³⁰.

En segundo lugar, el reconocimiento de este derecho a la desconexión digital se enmarca y relaciona precisamente con el derecho más amplio a la intimidad en el uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral, así como con el derecho a la protección de datos personales y la obligación de no divulgación de los datos, documentos e informaciones administrativas sometidos a limitaciones de disposición.

Es evidente, en primer término, que el teletrabajo, y la posible dilución consecuente de la separación entre la vida laboral y la vida personal, pueden “facilitar” actos de intromisión (digital) ilegítima en la intimidad, seguridad y privacidad del empleado público, y ello tanto en relación con las facultades de control e inspección en su caso de la propia Administración como de actividades ilícitas de terceros¹³¹. El trabajo a distancia, la autonomía de actuación y la facilitación de equipos personalizados pueden plantear posibles conflictos de intromisión o invasión por ejemplo en los supuestos de fiscalización remota del ordenador, de la actividad de navegación o de los correos electrónicos, tal y como se ha planteado en ocasiones en el ámbito privado¹³², así como en aquellos casos de utilización de sistemas de geolocalización -instalados en los propios equipos- o control biométrico de los empleados (huella digital) en su acceso electrónico. El RDLT no contiene una mención expresa en su articulado al respecto, pero sí, como se ha reseñado, el art. 14.j *bis* TREBEP, así como alguna de las normas

derechos dignitativos básicos e integrando, en su caso, las condiciones que puedan estipularse al efecto a título individual y en instrumentos de naturaleza colectiva”, Alemán Páez, F., “El derecho a la desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la Loi Travail n° 2016-1088”, *Trabajo y Derecho*, núm. 30, (2017).

¹³⁰ Más ampliamente, Roqueta Buj, R., “Derechos laborales en la nueva LOPD”, *Revista de Jurisprudencia*, 15 de septiembre de 2019.

¹³¹ *Vid.* desde una perspectiva general, Poquet Catala, R., “La protección del derecho a la intimidad del teletrabajador”, *Lex Social*, Vol. 8, núm. 1, (2018), p. 113 y ss.

¹³² Como ha señalado la jurisprudencia, en estos casos existiría lesión de la vida privada y la confidencialidad de las comunicaciones de los empleados al quebrantarse su “expectativa de intimidad”, salvo que existiera una advertencia previa sobre la prohibición del uso personal de los dispositivos y la posibilidad de su control por parte del empleador, *vid.* Arrúe Mendizábal, M., “Los derechos a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de datos de los empleados públicos vs. el control por parte de la Administración: un estudio a partir de la regulación del sector privado/similitudes y (pocas) diferencias en comparación con los trabajadores por cuenta ajena”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 54, (2019), comentando más adelante la importante Sentencia del TEDH de 5 de septiembre de 2017 (*Bârbulescu II c. Rumanía*), y sus tres grandes consideraciones al respecto: a) la necesidad de una información previa y clara tanto de la política de uso de los instrumentos tecnológicos como de la naturaleza y el tipo de controles que se van a efectuar; b) la exigencia de una causa legítima que justifique el control; y c) la adecuación, necesidad y proporcionalidad en la aplicación efectiva de la medida fiscalizadora instaurando un juicio real más riguroso y garantista en el que se valoren entre otros extremos el alcance y grado del control, la existencia de medidas alternativas menos intrusivas, el interés legítimo justificativo, la intensidad en la afectación a los derechos del trabajador y el uso al que se destinan los resultados del control.

autonómicas aprobadas, en algunos casos antes de la crisis pandémica, sobre la materia. Se establece así en ellas que debe respetarse en todo caso el derecho (fundamental) a la intimidad, privacidad e inviolabilidad de las comunicaciones de la persona teletrabajadora¹³³, y en algunos casos la obligatoriedad del desarrollo y establecimiento de mecanismos específicos para su consecución¹³⁴. Parece necesario en cualquier caso, y así debería quedar reflejado en la normativa de desarrollo, que estas posibilidades de intervención o control, en su caso, estuvieran rodeadas de unas mínimas garantías y reservas, en favor de los empleados públicos, como la previa, detallada y expresa información al trabajador, y en algunos casos la necesidad de su consentimiento explícito¹³⁵, su utilización específica -y exclusiva- enfocada a los fines informados (idoneidad de medios) y en base a objetivos igualmente concretos y predeterminados (necesidad de fines y existencia de un interés legítimo suficiente), uso proporcional y motivado, respeto en cualquier caso de determinados tiempos, franjas horarias o espacios temporales, etc¹³⁶.

En segundo término debe establecerse igualmente una protección efectiva del derecho a la protección de los datos personales en los casos de la prestación de servicios a través de la modalidad de teletrabajo. La mayor vulnerabilidad del trabajador en estos casos es evidente, aun dependiendo de la facilitación (programada en su caso) o no de los equipos y sistemas informáticos por parte de la propia Administración de adscripción. En el caso de las relaciones laborales privadas, sí señala expresamente el art. 17.1 del Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, que 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. En la Exposición de Motivos del RDLT simplemente se señala (o recuerda), como límite internormativo de respeto, que el teletrabajo no podrá suponer en ningún caso

¹³³ Art. 8.7 del Decreto 1/2018, de 10 de 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.

¹³⁴ Art. 18 del Decreto 79/2020, de 16 de septiembre, del Consejo de Gobierno, por el que se regula la modalidad de prestación de servicios en régimen de teletrabajo en la Administración de la Comunidad de Madrid.

¹³⁵ Vid. Mercader Uguina, J. R., "Datos biométricos en los centros de trabajo", *Trabajo y Derecho*, núm. 1, (2020).

¹³⁶ Vid., por ejemplo, Molina Navarrete, C., "Poder de geolocalización, intimidad y autodeterminación digital en las relaciones de trabajo: ¿un nuevo orden eficaz de garantías y límites?", *Diario La Ley*, núm. 9319, (2018).

incumplimiento de la normativa en materia de protección de datos de carácter personal. Lo cual es evidente y palmario -sea cual sea la forma de prestación de los servicios-. Será necesario entonces, de nuevo, desarrollar esta vacua formulación en la normativa de desarrollo correspondiente, no sólo asumiendo en principio las exigencias y parámetros generales ya desarrollados en el ámbito privado, sobre la base no obstante del delicado equilibrio entre estos derechos de los trabajadores y los poderes de dirección, control y vigilancia de los empleadores¹³⁷, sino asumiendo la “especialidad” de los datos, informaciones y documentos administrativos en su relación con los propios datos personales de los empleados públicos.

Y precisamente el último elemento a tener en cuenta sería, en este sentido, la necesidad de concretar -o adaptar, quizás- los mecanismos y garantías de protección de la no divulgación por los teletrabajadores de la información sensible, protegida o especialmente relevante de la que tengan conocimiento, aún en remoto, durante el desempeño de sus funciones, en particular los datos puestos de manifiesto o aportados por los ciudadanos¹³⁸. Aún en la amalgama de deberes (jurídicos), principios de conducta y principios éticos que acoge en su seno el TREBEP (arts. 52 a 54), es evidente que los empleados públicos tienen el deber específico de confidencialidad, guardando “*secreto de las materias clasificadas u otras cuya difusión esté prohibida legalmente*”, y manteniendo “*la debida discreción sobre aquellos asuntos que conozcan por razón de su cargo, sin que puedan hacer uso de la información obtenida para beneficio propio o de terceros, o en perjuicio del interés público*”. Deberes obviamente trasladables al trabajo a distancia, pero quizás más exigibles tanto por el uso intensivo en el mismo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (y el uso masivo por tanto de datos e informaciones y su intercambio constante) como por la mayor “independencia” o “autonomía de gestión” en estos casos (y su consecuente alejamiento no sólo físicamente de las oficinas administrativas sino orgánicamente de las facultades de control interno en esta materia).

¹³⁷ Cabe recordar simplemente que según el TC, el derecho a la intimidad no es, evidentemente, absoluto, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, como es, incluso, la libertad de empresa y la tutela del ejercicio y defensa de la productividad, siempre que se trate de un fin legítimo y el recorte del derecho fundamental en cuestión sea proporcionado y respetuoso con su contenido -irreductible- esencial (STC 70/2002, de 3 de abril, F. J. 10º). A pesar de que el art. 17.3 del Real Decreto-Ley 28/2020 establece que en la utilización de los dispositivos digitales las empresas deben respetar la intimidad de los trabajadores de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos legal y constitucionalmente, no se puede afirmar, se ha dicho, que, en caso de conflicto entre libertad de empresa y derecho a la intimidad, vaya a prevalecer necesariamente este último, Fernández Nieto, L. A., “El teletrabajo: de actor secundario ...”, *op. cit.*

¹³⁸ Sobre esta cuestión pueden verse por ejemplo las consideraciones de Terradillos Ormaetxea, E., “El derecho a la protección de datos de los empleados públicos: similitudes y peculiaridades en comparación con los trabajadores por cuenta ajena”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 54, (2019).

Una última mención, para concluir este apartado, a la también ineludible relación entre la defensa de la intimidad -personal y familiar- y los objetivos de conciliación anudados, como se ha comentado desde el principio en este estudio, a la prestación del trabajo público en régimen de teletrabajo. No se desarrolla el tema, dada la extensión e importancia transversal del mismo, pero sí conviene dejar claro, al menos, dos ideas: una, que, técnicamente hablando, la conciliación no puede ser un fin del teletrabajo, y dos, que obviamente sí que existe una intensa relación entre el trabajo domiciliario, la posibilidad de conciliación familiar y los riesgos de invasión de los espacios privados de intimidad durante el mismo.

Parece claro así, como se viene comentando, que en el actualidad el *factor cuantitativo* del tiempo de trabajo, aunque se siga teniendo en cuenta en muchos aspectos, puede encontrarse quizás ya superado por su *dimensión cualitativa*, porque si bien la duración de la jornada sigue siendo objeto de una preocupación -y regulación- constante, su forma de distribución deviene imprescindible en el logro del equilibrio de la vida profesional y la privada¹³⁹. Por ello, el derecho a “*la adopción de medidas que favorezcan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral*” (art. 14.j TREBEP) no es sólo una previsión propia del -mucho menos reservada al- teletrabajo, sino un valor hoy inherente a cualquier modelo de organización de recursos humanos. El teletrabajo “facilita” la conciliación, pero como derecho genérico. No obstante, a mi juicio, a pesar de ciertos enfoques actuales, no debería ser su finalidad principal. Básicamente porque, se organice como se organice, el tiempo de trabajo debería ser tiempo de trabajo. La mayor conciliación devendría entonces, como resultado o factor añadido (o parte, como se ha insistido, del denominado “salario emocional”¹⁴⁰), y ahí sí es innegable, de la optimización, racionalización y “ahorro” (posibles) de tiempo gracias a la autoorganización, la flexibilidad horaria (ahorrando sobre todo en desplazamientos) y la mayor rentabilización del esfuerzo teóricamente inherentes al teletrabajo. Debe evitarse por tanto, y en este mismo orden de consideraciones, en línea con la posible, y ya reseñada, difuminación entre el tiempo de trabajo y el tiempo de familia o de descanso al estar teletrabajando, no sólo confundir, en este sentido, el trabajo a distancia con las actividades específicas de conciliación, sino, lo que es más grave, la propia afección al rendimiento laboral a causa de la realización -paralela o coetánea- de tareas o labores

¹³⁹ Vid. Herraiz Martín, M^a del S., “El impacto de la digitalización del trabajo ...”, *op. cit.*

¹⁴⁰ Es decir, retribuciones no económicas que la persona trabajadora puede percibir y que mejoran su percepción sobre el ambiente laboral, incrementan su productividad y satisfacen necesidades profesionales, personales o familiares, de tal modo que supone un incentivo en forma de tiempo que repercute en la calidad de vida y en la motivación, *vid.* Campos Acuña, C., “La nueva regulación del teletrabajo en el sector público: claves para su traslación al ámbito local”, *Revista digital CEMCI*, núm. 47, (2020).

familiares o domésticas. La conciliación no es, así, la compaginación entre trabajo y cargas familiares, sino el posible resultado beneficioso para el trabajador (y su familia), en distintas manifestaciones, de una forma distinta -y en principio más óptima- de organización del trabajo (sin jornada rígida pero sí con objetivos a conseguir), corrigiendo además, en lo posible, la conocida perpetuación de roles y estereotipos de género en nuestra sociedad¹⁴¹.

La mejor conciliación sería entonces uno de los resultados más destacados de la inversión de la -tradicional- relación entre tiempo de trabajo y resultados o productividad. Y, a su vez, el catalizador, seguramente, de una mayor motivación personal en dicha optimización y rentabilización del desempeño propio y de la jornada laboral.

Y en esta ecuación además, y como segunda idea basilar, es necesario proteger intensamente los espacios propios de intimidad del teletrabajador, seguramente con instrumentos y medidas más versátiles y actualizados que los previstos normalmente y con referencia fundamental al uso adecuado y responsable de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación¹⁴².

V. CONCLUSIONES

La nueva ordenación básica del teletrabajo en el sector público adolece de una visión estratégica, coordinada e integrada, en un escenario de legislación de urgencia y de -por otro lado inevitable- priorización de decisiones políticas.

El RDLT es una norma abierta y flexible, de mínimos y articulada desde una amplia deslegalización, cuya aplicación puede acarrear, fácilmente, una inadecuada desagregación normativa y operativa.

La Administración Pública es, hoy, sin discusión, electrónica, mientras que la presencialidad no es, *per se* sinónimo de eficacia y eficiencia. El teletrabajo no es sólo, pues, una opción, ni mucho menos una -mera- respuesta coyuntural a la crisis sanitaria, sino una oportunidad, de auténtica modernización, en todos los sentidos, de la acción pública.

Su implantación requiere, entonces, una serie (suficiente) de previsiones, aún a completar en cada instancia territorial vía capacidad de autorregulación organizativa, que doten de estabilidad y seguridad a una visión de la función pública en nuestro país.

¹⁴¹ Vid. Fernández Nieto, L. A., "El teletrabajo: de actor secundario ...", *op. cit.* Como se ha dicho, "debe salvarse el equívoco de vincular el teletrabajo a una medida de conciliación que puede conducir al efecto inverso, y generando una involución en la igualdad de oportunidades", Campos Acuña, C., "La nueva regulación del teletrabajo ...", *op. cit.*

¹⁴² Pueden verse por ejemplo en este sentido las consideraciones contenidas en el estudio *Risk at home: privacy and security risks in telecommuting*, Center for Democracy and Technology, 2006, disponible en https://cdt.org/wp-content/uploads/privacy/20080729_riskathome.pdf.

Se hace necesario por tanto un auténtico replanteamiento de la propia relación jurídico-funcionarial, desde un necesario equilibrio entre las indudables ventajas asociadas al teletrabajo y los posibles riesgos, sobre todo desde el punto de vista de la garantía de la libertad ciudadana de relación con las Administraciones Públicas, derivados de su implantación generalizada.

La gestión inteligente del empleo público, y no sólo -ni primariamente- la gravísima situación sanitaria que padecemos, debe sustentarse definitivamente en una efectiva optimización de los recursos personales del sector público, superando visiones clásicas - y casi anacrónicas- basadas en la presencialidad, en el papel y en la rigidez organizativa. Se imponen, al contrario, los resultados, la eficiencia, la valoración efectiva del esfuerzo y del desempeño y la organización versátil y adaptable de dichas estructuras administrativas.

El RDLT no contiene un mínimo común normativo de la ordenación del teletrabajo público en nuestro país -en llamativo contraste con la coetánea regulación del trabajo privado a distancia-, ni desde la propia perspectiva del empleo público ni mucho menos desde la óptica de la relación externa de servicio.

La conceptualización del teletrabajo en el RDLT conduce a una equiparación - genérica e inmotivada- entre el mismo y el trabajo a distancia (y entre la no presencialidad y la conectividad constante), desde una visión omnicomprensiva de la diversidad -funcional y territorial- de situaciones y de la propia naturaleza jurídica de la relación de empleo público.

La nueva relación jurídico-pública de teletrabajo consiste realmente en una “modalidad” común -y contextual- de la actividad de todos los empleados públicos (pero según el Preámbulo del RDLT no “ordinaria”), como posibilidad organizativa y, en principio, vigencia indefinida, pero sin carácter “preferente” a nivel básico. El teletrabajo debe ser expresamente autorizado, y debe ser compatible con la modalidad presencial. La indeterminación legal precisa, pues, una necesaria motivación a la hora de aplicar estas previsiones (fundamentalmente la incidencia sobre las necesidades del servicio).

Es necesario garantizar la presencialidad de aquéllos servicios esenciales y necesarios, pero no parece contradictorio mantener el carácter relativo del teletrabajo y asumir su naturaleza “materialmente” ordinaria o común.

La nueva regulación tiene un ámbito subjetivo general de aplicación, incluyendo expresamente al personal laboral (al contrario que la normativa autonómica ya existente, que ha venido exigiendo determinados requisitos adicionales a los empleados públicos para optar por el teletrabajo).

Se exige en cualquier caso para su desempeño previa autorización expresa, en tanto modalidad voluntaria (y reversible) de desempeño, que deberá basarse exclusivamente

en principio en las necesidades (reales) organizativas del servicio público de que se trate y en la necesaria -aunque ambigua- compatibilidad con la modalidad presencial.

La regulación de mínimos del RDLT conlleva necesariamente una atomización y asimetría del modelo, con la decisiva intermediación además de la negociación colectiva. Su posible desarrollo reglamentario, sobre la base de criterios objetivos no explicitados a nivel básico, a fin de posibilitar su despliegue en el ámbito local, choca sin embargo con la posible afección, y limitación, de auténticos derechos subjetivos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración.

El teletrabajo debe contribuir obviamente a la mejor organización del empleo público, a través de la previa y necesaria identificación de objetivos y de la efectiva evaluación del desempeño, aunque no se trata -o no debería tratarse- de una simple modalidad de prestación del servicio ni revela una mera opción organizativa. Implica más bien una reconsideración de dos de los elementos básicos de la relación laboral: el lugar y el tiempo (de trabajo).

El RDLT pretende garantizar la igualdad genérica en derechos y deberes de los empleados públicos con independencia de la modalidad de prestación del servicio, aunque ello hubiera sido realmente compatible con la posible modulación o adaptación de su reconocimiento y/o ejercicio en el caso de los trabajadores a distancia (precisamente por las dificultades de su propio desarrollo en este caso). En todo caso, requerirán seguramente una atención especial -y específica- los derechos relacionados con la prevención de riesgos laborales, el derecho -y sus límites- a la obtención de los medios tecnológicos necesarios para el desarrollo de las propias competencias y el derecho a la desconexión digital y a la protección de datos personales y la intimidad. Y en relación con estos derechos y garantías, es evidente, en fin, que la conciliación no es realmente, a pesar de la insistencia de la norma, un fin del teletrabajo, o no debería serlo de forma directa, aunque evidentemente existe una intensa relación -de instrumentalidad- entre el trabajo domiciliario y la -mayor- posibilidad de conciliación familiar del empleado público.

BIBLIOGRAFÍA

Alemán Páez, F., "El derecho a la desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la Loi Travail nº 2016-1088", *Trabajo y Derecho*, núm. 30, (2017).

Almeida Cerrada, M., "La evaluación del desempeño de los empleados públicos. En particular, el establecimiento de sistemas de evaluación del desempeño en las Administraciones locales", *Anuario de Derecho Municipal 2009*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2010.

Almonacid, V., “El teletrabajo en la Administración: horas eficientes versus horas de sillón”, disponible en <https://www.cositcaceres.org/el-teletrabajo-en-la-administracion-horas-eficientes-versus-horas-de-sillon/>

Almonacid, V., “El teletrabajo en la Administración: horas eficientes versus horas de sillón”, *Capital Humano*, núm. 349, (2020).

Alonso Ibáñez, M. R., “Repensar la acción pública local desde nuevos modelos de gestión administrativa”, *REALA*, núm. 14, (2020).

Álvarez García, F., “Evaluación del desempeño en la Administración pública: propuesta metodológica”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 1, (2011).

Antelo Martínez, A. R., “El teletrabajo en la Administración local”, *La Administración práctica: enciclopedia de Administración municipal*, núm. 1, (2018).

Arrúe Mendizábal, M., “Los derechos a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de datos de los empleados públicos vs. el control por parte de la Administración: un estudio a partir de la regulación del sector privado/similitudes y (pocas) diferencias en comparación con los trabajadores por cuenta ajena”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 54, (2019).

Baylos Grau, A., “Los derechos digitales y la negociación colectiva”, *Diario La Ley*, núm. 9331, (2019).

Belzunegui Eraso, Á., “Teletrabajo en España, Acuerdo Marco y Administración Pública”, *Revista Internacional de Organizaciones (RIO)*, núm. 1, (2008).

Blanquer Criado, D. (coord.), *Covid-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

Buira, J., *El teletrabajo. Entre el mito y la realidad*, Editorial UOC, Barcelona, 2012.

Campos Acuña, C., “La dialéctica entre teletrabajo y desescalada: Comentarios al Auto del Juzgado de lo Contencioso nº 2 de Toledo”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 6, Junio 2020.

Campos Acuña, C., “El futuro del teletrabajo en la era post-covid”, disponible en <https://concepcioncampos.org/el-futuro-del-teletrabajo-en-la-era-post-covid/>

Campos Acuña, C., “Teletrabajo en las Administraciones públicas, de las musas al teatro: 5 claves para su aplicación”, disponible en <https://concepcioncampos.org/teletrabajo-en-la-aapp-de-las-musas-al-teatro-5-claves-para-su-aplicacion/>

Campos Acuña, C., “La nueva regulación del teletrabajo en el sector público: claves para su traslación al ámbito local”, *Revista digital CEMCI*, núm. 47, (2020).

Carrodegua Méndez, R., “La nueva regulación jurídica del teletrabajo en España y su incidencia en el ámbito de la Administración Pública”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, 24 de septiembre de 2020.

Cotino Hueso, L., *Derechos del ciudadano*, en Gamero Casado, E. y Valero Torrijos, J. (coords.), *La Ley de Administración Electrónica*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008.

Dávora Rodríguez, M. Á., “Un acercamiento al teletrabajo”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 5, Marzo de 2009.

Dávora Rodríguez, M. Á., El teletrabajo, *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 18, (2012).

De las Heras García, A. y Martín Rodríguez, M. O., “El teletrabajo de los empleados públicos en las Universidades”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 54, (2019).

De Miguel Pajuelo, F., *Artículo 20. La evaluación del desempeño*, en Palomar Olmeda, A. y Sempere Navarro, A. V. (dirs.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Thomson Reuters, Pamplona, 2009.

Díez Sastre, S., “La formación de conceptos (dogmáticos) en el Derecho público”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 31, (2015).

Díez Sastre, S., *La formación de conceptos en el Derecho público. Un estudio de metodología académica: definición, funciones y criterios de formación de los conceptos jurídicos*, Marcial Pons, Madrid, 2018.

Fernández de Gatta Sánchez, D., “Los problemas de las medidas jurídicas contra el coronavirus: las dudas constitucionales sobre el estado de alarma y los excesos normativos”, *Diario La Ley*, núm. 9634, Mayo de 2020.

Fernández Nieto, L. A., “El teletrabajo: de actor secundario a protagonista en el escenario del Covid-19”, *Diario La Ley*, núm. 9703, 24 de septiembre de 2020.

Fernando Pablo, M. M., “Alarma en el Derecho del Estado (Una nota sobre creación, conceptualización y aplicación del derecho de emergencia en la nueva legalidad)”, disponible en <http://www.aepda.es/AEPDAEntrada-2918-Alarma-en-el-derecho-del-Estado.aspx>

Gamero Casado, E., *Desafíos del Derecho Administrativo ante un mundo en disrupción*, Comares, Granada, 2015.

García Jiménez, M., “Las Administraciones Públicas ante el reto de la «transformación digital»: la normalización del teletrabajo como vía de modernización, aunque también como pilar para el bienestar de los empleados y las empleadas públicas”, disponible en línea en <https://www.transformaw.com/blog/las-administraciones-publicas-ante-el-reto-de-la-transformacion-digital-la-normalizacion-del-teletrabajo-como-via-de-modernizacion-aunque-tambien-como-pilar-para-el-bienestar-de-lo/>

García Romero, M^a. B., *El teletrabajo*, Civitas, Madrid, 2012.

Godino Reyes, M. (coord.), *La nueva regulación del trabajo a distancia y el teletrabajo*, Ediciones Francis y Taylor, Madrid, 2020.

González Tapia, M. L., “Derecho a la desconexión digital y teletrabajo”, *Diario La Ley*, núm. 9606, (2020).

Gorriti Bontigui, M., “La evaluación del desempeño: análisis, retos y propuestas. Una aplicación a la Comunidad Autónoma de Aragón”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. Extra 13, (2011).

Gorriti Bontigui, M. y Jiménez Asensio, R., “Teletrabajo: ¿aporía o ejemplo?”, disponible en <https://rafaeljimenezasensio.com/2020/05/10/teletrabajo-aporía-o-ejemplo/>

Gray, P., “The virtual workplace”, *OR/MS*, Vol. 22, núm. 4.

Hernández Jiménez, H. M., “Control horario y Administración Pública: ¿y el teletrabajo «pa» cuando?”, *Diario La Ley*, núm. 9461, (2019).

Hernando Ibáñez, D., “Aproximación a un modelo de evaluación del desempeño para la Administración local”, *Revista digital CEMCI*, núm. 46, (2020).

Herráiz Martín, M^a. S., “El impacto de la digitalización del trabajo en el empleo público y el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 54, (2019).

Igartúa Miró, M. T^a., “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”, *CEF Legal*, núm. 432, (2019).

Jiménez Asensio, R., “Teletrabajo (a la carta) en las Administraciones Públicas”, disponible en <https://rafaeljimenezasensio.com/?s=a+la+carta>

Jiménez Asensio, R., “La Administración híbrida (presencialidad, trabajo a distancia y rotación)”, disponible en <https://rafaeljimenezasensio.com/2020/04/22/la-administracion-hibrida-presencialidad-trabajo-a-distancia-y-rotacion/>

Jiménez Asensio, R., “La trastienda del teletrabajo”, disponible en <https://rafaeljimenezasensio.com/2020/05/17/la-trastienda-del-teletrabajo/>

Luque Parra, M. y Ginés i Fabrellas, A., *Teletrabajo y prevención de riesgos laborales*, CEOE, Madrid, 2016.

Martín Delgado, I., *Identificación y autenticación de los ciudadanos*, en Gamero Casado, E. y Valero Torrijos, J. (coords.), *La ley de administración electrónica: comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008.

Martínez Gutiérrez, R., “Carácter esencial y consolidación de la e-Administración en los Ayuntamientos en tiempos del covid-19”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 6, Junio 2020.

Matías, G., “El trabajo en el espacio y el tiempo digital”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 11, (1998).

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. (dir.), *El teletrabajo en España: aspectos teórico-prácticos de interés*, Wolter Kluwer, Madrid, 2017.

Mella Méndez, L., *El nuevo trabajo a distancia en España: configuración general*, en Mella Méndez, L. (coord.), *Conciliación de la vida laboral y familiar y crisis económica: estudios desde el derecho internacional y comparado*, Delta Publicaciones Universitarias, Madrid, 2015.

Mercader Uguina, J. R., “Datos biométricos en los centros de trabajo”, *Trabajo y Derecho*, núm. 1, (2020).

Molina Navarrete, C., “Poder de geolocalización, intimidad y autodeterminación digital en las relaciones de trabajo: ¿un nuevo orden eficaz de garantías y límites?”, *Diario La Ley*, núm. 9319, (2018).

Montalvo Romero, J., “Teletrabajo: modalidad en expansión”, *Enfoques Jurídicos*, núm. 2, (2020).

Moreu Carbonell, E., “Nuestro lenguaje: el giro lingüístico del Derecho”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, Vol. 1, (2020).

Muñoz Pinto, T., “La administración electrónica y la implantación del teletrabajo tras el COVID-19 (Primera parte)”, disponible en <https://www.administracionpublica.com/la-administracion-electronica-y-la-implantacion-del-teletrabajo-tras-el-covid-19-tercera-parte/>

Navarrete Rojas, J., “El teletrabajo, ventajas e inconvenientes”, *ICADE. Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 93, (2014).

Ortega Álvarez, L., *¿Es posible desarrollar el EBEP en tiempos de crisis?*, en Fuentetaja Pastor, J. Á. y Cantero Martínez, J. (dirs.), *Crisis económica y función pública*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2012.

Ortiz Chaparro, F., *El teletrabajo. Una nueva sociedad laboral en la era de la tecnología*, McGraw-Hill, Madrid, 1995.

Pablos Teijeiro, J. M. y Biedma Ferrer, J. M., “La evaluación del rendimiento individual. Un instrumento válido para lograr la eficiencia en la gestión de recursos humanos en las Administraciones Públicas”, *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, núm. 10, (2013).

Padilla Ruiz, P., “Desafíos pendientes para la definitiva implantación de la evaluación del desempeño”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 109-I, (2017).

Padilla Ruiz, P., *Gestión del empleo público. La evaluación del desempeño en la mejora de la eficiencia administrativa*, Bosch, Barcelona, 2016.

Palomar Olmeda, A., *Planificación del empleo público e instrumentos de flexibilización y racionalización*, Lex Nova, Valladolid, 2015.

Palomar Olmeda, A., *Derecho de la Función Pública*, 10ª ed., Dykinson, Madrid, 2013.

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).

Pérez Agulla, S., *El teletrabajo en la era digital*, en Monreal Bringsvaerd, E.; Thibault Aranda, X. y Jurado Segovia, Á. (coords.), *Derecho del Trabajo y nuevas tecnologías. Estudios en homenaje al profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (en su 25º Aniversario como Catedrático de Derecho del Trabajo)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

Pollos Calvo, C., "El teletrabajo debe quedarse para siempre", *Diario La Ley*, núm. 9655, Junio de 2020.

Poquet Catala, R., "La protección del derecho a la intimidad del teletrabajador", *Lex Social*, Vol. 8, núm. 1, (2018).

Poves Paredes, J. y Carro Estradé, D., "Teletrabajo e inserción laboral: hacia el cambio de paradigma", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 11, (1998).

Rastrollo Suárez, J. J., "La evaluación del desempeño en la normativa autonómica sobre función pública", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 108, (2017).

Rastrollo Suárez, J. J., *Evaluación del desempeño en la Administración: hacia un cambio de paradigma en el sistema español de empleo público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

Rivero Ortega, R., "Gestión pública inteligente, innovación e información: oportunidades y riesgos del Big Data administrativo", *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 86, (2017).

Rodríguez Hernández, J., "El derecho a la desconexión digital", *Diario La Ley*, núm. 9631, (2020).

Roldán Martínez, A., "El marco jurídico del teletrabajo", *Boletín jurídico de la Universidad Europea de Madrid*, núm. 7, (2004).

Roqueta Buj, R., "La evaluación del desempeño de los empleados públicos en el EBEP", *Actualidad Laboral*, núm. 21, (2012).

Roqueta Buj, R., "Derechos laborales en la nueva LOPD", *Revista de Jurisprudencia*, 15 de septiembre de 2019.

Ruiz, A., "La introducción del teletrabajo en la Administración General del Estado. Mejoras profesionales y personales", *Sociología del Trabajo*, núm. 75, (2012).

Sáez Soro, E., *El teletrabajo del siglo XXI*, en Querol, V. A. y Sáez E. (eds.), *Ideas, tendencias y nuevas formas de trabajo para la economía del conocimiento*, Gobierno de La Rioja, Logroño, 2018.

Serrano García, J. M., “El teletrabajo parcial como instrumento para la conciliación en la negociación colectiva”, *Revista de Derecho Social*, núm. 45, (2009).

Sierra Benítez, E. M., “Valoración crítica y propuesta de mejora de la regulación del trabajo a distancia en la normativa estatal y autonómica”, *Trabajo y Derecho*, núm. 29, (2017).

Terradillos Ormaetxea, E., “El derecho a la protección de datos de los empleados públicos: similitudes y peculiaridades en comparación con los trabajadores por cuenta ajena”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 54, (2019).

Thibault Aranda, X., “Aspectos jurídicos del teletrabajo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 11, (1998).

Trujillo Pons, F., *La “desconexión digital” en el ámbito laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

Trujillo Pons, F., “Camino a una nueva Ley sobre el trabajo a distancia (teletrabajo) y el derecho a la desconexión digital en el trabajo”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, (2020).

Ushakova, T., “De la conciliación a la desconexión tecnológica. Apuntes para el debate”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 192, (2016).

Villalba Sánchez, A., “El teletrabajo en las Administraciones Públicas”, *Lan Harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm. 36, (2017).

VV. AA., *Teletrabajo. Vivir y trabajar mejor*, Profit, Barcelona, 2020.