

El teletrabajo en la Administración pública: un modelo para el sector público y la comparativa con la regulación del sector privado

JOSEP RAMON FUENTES I GASÓ

Profesor titular de Derecho Administrativo y director de la Cátedra de Estudios Jurídicos Locales Màrius Viadel i Martín, de la Universitat Rovira i Virgili

XAVIER BOLTAINA I BOSCH

Directivo profesional público de la Diputación de Barcelona, y profesor de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la Universitat Oberta de Catalunya

- 1. Aproximación a la regulación del teletrabajo en la Administración pública y en el sector privado**
- 2. Un marco normativo diferenciado: Ley 10/2021 y Real Decreto-ley 29/2020**
- 3. El ámbito de aplicación de la Ley 10/2021 y el Real Decreto-ley 29/2020**
- 4. Elementos básicos de la comparativa de la Ley 10/2021 y el Real Decreto-ley 29/2020**
 - 4.1. Los ámbitos distintos de negociación de los reales decretos leyes y de la Ley 10/2021
 - 4.2. La contradictoria extensión regulatoria en el marco actual de las relaciones de trabajo
 - 4.3. La diferenciación regulatoria de desarrollo: la vaguedad de la regulación jurídica en el ámbito público y las dificultades aplicativas
 - 4.4. El conflicto entre “organización” y “derecho” del “teletrabajo” en la Administración pública versus la regulación en el sector privado
 - 4.5. La diferencia entre la negociación sindical en los sectores privado y público, y la disfunción resultante en la Ley 10/2021 y el Real Decreto-ley 29/2020
 - 4.6. Elementos mínimos del Real Decreto-ley 29/2020 que incorpora el art. 47 bis al EBEP que no asumen igual trascendencia en la Ley 10/2021

Artículo recibido el 10/07/2022; aceptado el 01/08/2022.

5. Una debilidad del art. 47 bis EBEP versus la regulación privada: el acuerdo de trabajo a distancia o teletrabajo
6. Dificultades del teletrabajo en la Administración pública versus el desarrollo del sector privado
7. Paradigmas enfrentados: el debate y la realidad en el sector privado y en la Administración pública
8. A modo de conclusión
9. Bibliografía

Resumen

Este artículo analiza la regulación del teletrabajo y trabajo a distancia para el personal de las Administraciones públicas, prevista en la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, poniendo de relieve los elementos comunes, singulares y ausentes en relación con la regulación del teletrabajo para los trabajadores del sector privado, previstos en el Real Decreto-ley 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, que supuso tan solo la modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre. La comparación de ambas regulaciones pone de manifiesto la amplitud de la regulación pública, frente a la parquedad del art. 47 *bis* TREBEP.

Palabras clave: *Administración pública; sector público; sector privado; teletrabajo; trabajo a distancia.*

Teleworking in the Public Administration: a model for the public sector vis-à-vis the regulation of the private sector

Abstract

The article analyzes the regulation of teleworking and remote work for the personnel of Public Administrations, regulated by Law 10/2021, of July 9, on remote work. The article highlights the shared and none-shared factors with the regulation of teleworking for workers in the private sector, regulated by Royal Decree-Law 29/2020, of September 29, on urgent measures regarding teleworking in public administrations and human resources in the National Health System

for facing the COVID-19 crisis. The Royal Decree-Law only modified the consolidated text of the Law on the Basic Statute of Public Employees, approved by Royal Legislative Decree 5/2015, of October 30 (TREBEP). The comparison of both regulations reveals that public regulation presents a wider scope than the regulation of art. 47 bis TREBEP.

Keywords: public administration; public sector; private sector; teleworking; remote work.

1

Aproximación a la regulación del teletrabajo en la Administración pública y en el sector privado

Es un lugar común afirmar, con gran certeza, que la pandemia a nivel mundial del COVID-19, y las medidas adoptadas en Europa y en España a partir de marzo de 2020, supusieron una importante afectación en las relaciones laborales en el mundo del trabajo, tanto en la prestación de servicios de los trabajadores privados como en la de aquellos que se vinculan con la Administración mediante régimen funcional o contrato de trabajo (Santillán Marroquín, 2020; Boltaina Bosch, 2020b). Prueba de ello es la gran cantidad de doctrina teórica que se ha publicado desde ese año y que sigue en el momento presente (Boltaina y Fuentes, 2022).

No obstante, la regulación –jurídica– de todo tipo del “teletrabajo” no tiene su origen en 2020, si bien es cierto que los estudios, monografías, *papers* y documentos publicados desde ese momento hasta la actualidad se derivan, fundamentalmente, de la aprobación de dos textos normativos: los reales decretos leyes 28/2020 y 29/2020, consecutivamente; y con posterioridad, la tramitación como proyecto de ley del primero de ellos, dando lugar a la Ley 10/2021, de 9 de julio. Sin embargo, el recorrido previo es extenso, aunque mucho más en el ámbito privado que en el público.

Como decíamos, el primero de los textos normativos citados, denominado “de trabajo a distancia”, fue el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, que luego se convirtió en ley aprobada por el Parlamento español –la Ley 10/2021–, en tanto que el segundo asumió una descripción mucho más amplia, de efectos en diversos ámbitos: se trataba 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”. Un Real Decreto-ley 29/2020 que, en la práctica, en cuanto al teletrabajo en la Administración, se redujo a una modificación específica del EBEP, con el añadido de un artículo 47 bis.

Debe destacarse, por tanto, que el Gobierno español fijó dos marcos jurídicos aparentemente bien delimitados, uno para el ámbito privado y otro para el público, aunque este último con matices, y que esta posición de 2020 se consolidó un año después con la nueva Ley 10/2021, de tal manera que la regulación del teletrabajo –o trabajo a distancia– en el sector privado mantiene un corpus normativo distinto al de las Administraciones públicas, en que el originario Real Decreto-ley fue convalidado, no se tramitó luego como ley y, por tanto, pasó a formar parte permanente del sistema del empleo público, al incorporar un nuevo precepto, el 47 bis, al Estatuto Básico del Empleado Público.

Sin embargo, entre la declaración del estado de alarma y la aprobación de ambos reales decretos leyes hubo una “tierra de nadie” en que cada empresa, y en especial cada Administración pública, salvó la situación en la medida que pudo, con algunas luces y muchas sombras (Boltaina Bosch, 2020b), de lo que son buena prueba los trabajos elaborados por Borràs y Moreno (2021)¹ y Molina *et al.* (2021), que han estudiado este periodo de confusión y de “salida al paso”.

Por ello, si fue interesante comparar, en su momento, los dos reales decretos leyes, ahora lo es aún más (en 2022) comparar el EBEP y la Ley 10/2021; al comparar ambas normativas se destacan los elementos comunes, los que son singulares de cada ámbito y los que aparecen ausentes –en especial en la Administración–, siempre desde la perspectiva del ámbito público en relación con la regulación del privado, por ser esta última la que *in extenso* se aprobó a través del Real Decreto-ley 28/2020 y luego mediante la Ley 10/2021, que asume un corpus jurídico mucho más extenso y complejo que el escueto dirigido a la Administración y que, además, no incorpora a todo el sector público, como podremos analizar.

En todo caso, se hace preciso destacar algunos elementos previos para poder llevar a cabo de manera provechosa la referida comparativa:

a) Desde un primer momento del inicio de la pandemia y la declaración del estado de alarma en todo el territorio español, el Gobierno central y el Parlamento asumieron que el trabajo a distancia o teletrabajo era una forma preferente de prestación de servicios para contener la expansión del virus de

1. En el caso del documento de Borràs y Moreno (2021), es muy interesante la reproducción de reflexiones literales de mujeres y hombres en la etapa de confinamiento y teletrabajo, y elementos colaterales que afectan a las relaciones personales, profesionales y familiares.

la COVID-19. Este criterio se ha plasmado en los posicionamientos posteriores y así se ha mantenido durante 2021 y 2022, y parece que seguirá en mayor o menor medida en los próximos años.

Ello se plasmó en el art. 5 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente a la pandemia. Sin embargo, parece que hay concordancia en que las empresas debieron “acelerar algo” que ya conocían que era previsible e inevitable –afirmación que, a nuestro juicio, también debe relativizarse, pues no todos los sectores productivos tenían o sentían la misma necesidad–: la puesta en marcha del teletrabajo.

Como afirman Atienza y Rodríguez (2021: 15), “parece que el teletrabajo era inminente, pero la pandemia lo ha convertido en una obligación [...] esta situación plantea un enorme desafío” para trabajadores y empresas. Santillán Marroquín (2020: 67) se refiere a que el teletrabajo estaba en boca de todos los gestores de recursos humanos años antes, al respecto de “ciertos cargos que en el futuro no requerirían estar dentro de una empresa, oficina o contexto similar”, creando nuevas “prácticas laborales”, como el salario emocional, la responsabilidad social corporativa, la conciliación, que lograrían un mayor equilibrio y funcionalidad entre trabajo y vida personal. Mantenemos dudas sobre si esta inminencia era sentida como tal por la Administración –a nuestro juicio, dado el escaso recorrido que había tenido el proceso de trabajo a distancia, la respuesta podría ser más negativa que positiva–, pero lo cierto es que igualmente debió efectuar el esfuerzo, con algunas luces y muchas sombras, que se prolongan en el momento presente. Un salto que fue de un viernes a un lunes del mes de marzo de 2020.

b) La regulación del teletrabajo –o mejor, expresamente, el trabajo a distancia, siguiendo la dicción laboral del Estatuto de los Trabajadores (ET) y de la Ley 10/2021– no es extraña en el derecho español, y mucho menos en el ámbito de las relaciones laborales, si bien la orientación ha sido siempre hacia el sector privado, aunque no excluyendo al sector público de manera expresa.

Incluso, entre la doctrina, hemos localizado escritos de hace una o dos décadas, generalmente orientados a la Administración General del Estado –aunque con más amplitud para el sector privado², en que se afirma –entre otros, Álvarez Ruiz (2012)– que, tras los primeros acuerdos, las fases de implementación se iniciaron en otoño de 2004, aunque con unos planes piloto realmente reducidos³.

2. Entre los primeros documentos que hemos podido consultar, *vid.* Belzunegui Eraso (2001).

3. En el documento de Álvarez Ruiz (2012) se señala que la primera fase piloto se realizó con 35 funcionarios, y en 2007 con algo más de 60, aunque el autor valora como muy interesantes los resultados de la experiencia.

Villalba Sánchez (2017) se refirió, antes de la pandemia de COVID-19, a los tanteos del denominado “Plan Concilia” de marzo de 2005 en el ámbito de la Administración General del Estado, con un plan piloto orientado a facilitar la conciliación. Una experiencia que, finalizada, se quiso ampliar a otros Ministerios a través de la Orden APU/1981/2006, de 21 de junio. Igualmente, en el ámbito autonómico, Villalba Sánchez también ha señalado que quizá fueron el Decreto 9/2011, de 17 de marzo, en Castilla y León, seguido del Gobierno Vasco (2012), Extremadura (2012) y las Illes Balears (2013), los que abrieron el camino a esta fórmula de prestación de servicios. Un detallado examen de las normas públicas que antes de la COVID-19 fueron aprobadas por las comunidades autónomas puede consultarse en Expósito Gázquez (2021: 126 y ss.). Sin embargo, el recorrido fue escaso, o muy delimitado. Quiérase o no, una mayoría de la ciudadanía requiere la atención personal de sus servicios públicos, y aún más los que conforman el Estado del bienestar: la sanidad⁴ y la educación.

En este sentido, en el año 2012 el Real Decreto-ley 3/2012 –conocido como la reforma laboral del Gobierno Rajoy– modificó –entre otros muchos preceptos– el art. 13 ET, que fijó una regulación, escasa pero cierta, del “trabajo a distancia”, y como subespecie de este, el “teletrabajo”.

En el ámbito público, se ha considerado que la “administración electrónica” ha servido como presupuesto del teletrabajo, una implantación de medios electrónicos que contaba en 2020 ya con un previo largo recorrido, que podíamos situar en casi ya dos décadas, lo que no obvia la resistencia al cambio y los problemas de transformación informática de los organismos públicos, como bien señalan diversos sectores de la doctrina administrativista.

La dificultad del cambio cultural, por lo demás, no debe desdeñarse, sino tenerse muy en cuenta; como señaló en plena pandemia Cabrera Domínguez (2020), es muy complicado cambiar la cultura en las personas de edad cercana a la jubilación, y ello sin duda acontece en España, donde, en la Administración General del Estado, más del 60 por ciento de los empleados tiene más de 50 años, y donde en el empleo público, en 15 años, se jubilará casi la mitad

4. *Vid.* un análisis crítico sobre las deficiencias de la “telemedicina”, que se han puesto aún más en evidencia un año después de la pandemia, en Bejerano (2021).

La siguiente declaración del Sindicato Médico Andaluz es suficientemente expositiva: “así, por ejemplo, cabe preguntarse si es deontológicamente aceptable realizar un diagnóstico o prescribir un tratamiento sin ver y explorar al paciente. ¿No serían necesarios estudios que validasen la seguridad del diagnóstico telemático antes de implantarlo, como se ha hecho con determinadas patologías dermatológicas? ¿Qué responsabilidad tendría el médico en caso de un error diagnóstico? ¿Tiene el paciente derecho a que se le preste asistencia médica de manera presencial? ¿tiene autoridad la Administración sanitaria para determinar la modalidad asistencial sobre la base de principios organizativos y economicistas? ¿Pueden prevalecer estos sobre los criterios puramente clínicos?” (comunicado de 8 de junio de 2020).

de todos los empleados⁵; o, en términos numéricos, entre 2022 y 2023 estas jubilaciones alcanzarán un millón de empleados públicos.

c) Posteriormente, el art. 34.8 ET incorporó el “trabajo a distancia” como una fórmula de ayuda a la conciliación de la vida familiar y laboral. Una norma del derecho del trabajo que puede localizarse, aunque de manera tenue, en el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP).

No debe olvidarse, sin embargo, que hubo Administraciones pioneras que ya hace una década aprobaron normativas específicas y extensas. Entre ellas buen ejemplo fue el Decreto 92/2012, de 29 de mayo, para la Comunidad Autónoma de Euskadi y sus Organismos Autónomos⁶, algunos de cuyos elementos aparecen reproducidos, en 2021 y 2022, en otras normas aprobadas en teoría de forma novedosa.

Todo ello debe señalarse sin olvidar que la negociación colectiva laboral ha permitido todo tipo de regulación del trabajo a distancia, sea en el domicilio privado o bien en otros lugares diferentes a los centros oficiales de trabajo de las empresas privadas, y, por consiguiente, figuras como los denominados *call centers*, no siempre instalados en recintos empresariales, sino que a menudo desvían las llamadas a empleados que trabajan desde su domicilio particular o a sus teléfonos móviles, tienen una larga trayectoria en el derecho del trabajo español.

En este sentido, es un lugar común afirmar que la normativa de 2020, cuando menos en el ámbito privado, fortaleció la negociación colectiva y le impuso un gran alcance de futuro, con la voluntad de flexibilizar la regulación y adaptarla a cada realidad, esto es, a los sectores productivos y a cada empresa, por lo que han sido y seguirán siendo los convenios y acuerdos colectivos los que podrán incluso fijar porcentajes o periodos de referencia inferiores a los previstos reglamentariamente, lo que obliga a un “constante acuerdo” negociador para aplicar la norma a cada sector específico, en un criterio asumido por la gran mayoría de la doctrina laboralista.

No obstante, también en el ámbito público la negociación colectiva había ya planteado la cuestión, aunque la referencia más significativa lo sea en el ámbito macroeuropeo, a través del Acuerdo Marco sobre el Teletrabajo-AMET de 16 de julio de 2002, revisado en 2009⁷.

5. Cabrera Domínguez (2020). La referencia está en la p. 33, en base a los informes de Catalá y Cortés y de Mikel Gorriti.

6. Decreto 92/2012, de 29 de mayo, del Departamento de Justicia y de Administración Pública, BO del País Vasco, núm. 111, 7 de junio de 2012.

7. Firmado por la Confederación Europea de Sindicatos, la Unión de Confederaciones de la Industria y los Empresarios de Europa, la Unión Europea del Artesanado y de la Pequeña y Mediana Empresa y el Centro Europeo de la Empresa Pública.

Y con ello llegó la pandemia en marzo de 2020 y, fruto de una realidad evidente, el Gobierno debió aprobar la medida de regulación a través de dos reales decretos leyes, uno para el sector privado y otro para la Administración, pues un colectivo significativo de trabajadores privados y de empleados laborales y funcionarios públicos pasaron ya no secuencial o pausadamente, sino de un día viernes para otro lunes-martes, del trabajo diario en dependencias o centros de trabajo a su domicilio. Y luego tramitar el del sector privado como Ley, dando luz a la Ley 10/2021, actualmente vigente.

Santillán Marroquín (2020: 69) destaca cuatro elementos en ese cambio de paradigma radical de un día para otro: implementación de la máxima urgencia, selección de puestos que podían desarrollarse en el domicilio, en el caso de no ser posible implementar más turnos de menos horas y fijar una mal llamada “distancia social” –propriadamente, una distancia “entre personas”– y una revisión general de las pausas de trabajo, turnos, horarios, horas de trabajo y otras modalidades de contratación, vacaciones disponibles y la hipotética revisión del salario.

Una realidad que merece, ya no solo en el futuro, como en ocasiones hemos señalado (Boltaina Bosch, 2020a), sino en el mismo presente, no solo un análisis jurídico y de gestión, sino también en otras esferas, como el psicológico, el organizativo y el económico, pues muchos son los elementos que van más allá del aspecto del empleo del teletrabajo: así, la telemedicina, la robotización del trabajo, las brechas de seguridad –progresivamente alarmantes, como luego señalaremos–, las implicaciones fiscales, los riesgos del teletrabajo para la protección de los datos personales, la monitorización y el control del empresario sobre los datos personales, la desconexión digital o la afectación psicológica del trabajo a distancia en un contexto de progresiva ausencia de socialización laboral.

Cuestión distinta es si será cierto o no que el teletrabajo llegó para quedarse, como algunas voces afirman, aunque exista en 2022 una cierta acción de reflujó. En este sentido, parece que el sistema productivo español encuentra dificultades para ello, y prueba es que en 2022 las cifras del INE sitúan en un 13 por ciento a los trabajadores de toda la economía española que realizan “algún” tipo de teletrabajo a lo largo de la semana, lo que no es una cifra en absoluto elevada ni expansiva⁸, o que en este mismo año el Gobierno central

8. *Vid.* <https://www.economista.es/gestion-empresarial/noticias/11711106/04/22/Espana-echa-el-freno-al-teletrabajo-con-un-descenso-del-4-en-el-ultimo-ano.html>; en esta información de abril de 2022 se señala que son tres los trimestres consecutivos en que el número de teletrabajadores se reduce. A finales de 2021, eran 2,74 millones de trabajadores los que algún día de la semana teletrabajaban, lo que supone algo más del 14 por ciento del empleo público y privado español.

haya aprobado expandir el teletrabajo entre los empleados públicos, para así ahorrar en energía, lo que colisiona –a nuestro entender– con la real finalidad de esta fórmula de trabajo, pues no parece que el trabajo a distancia tenga como objetivo ahorrar costes de energía a las empresas, o cuando menos, no debería ser su razón de ser⁹.

2

Un marco normativo diferenciado: Ley 10/2021 y Real Decreto-ley 29/2020

La normativa vigente en 2022, hundiendo las raíces en la normativa de 2020 y 2021, tiene en cuenta tres elementos diferenciales, que referencian toda la regulación específica del detalle del artículo. En concreto queremos referirnos a estas tres esferas:

a) La propia denominación de los dos reales decretos leyes iniciales de 2020 y luego de la Ley 10/2021: mientras para el sector privado se regula el “trabajo a distancia” y, como submodalidad de este, el “teletrabajo”, la normativa para la Administración se refiere en exclusiva al “teletrabajo”. Así, la Ley 10/2021, de 9 de julio, se titula “de trabajo a distancia”, e inicia su primer párrafo de la exposición de motivos de la siguiente manera: “El trabajo a distancia, entendido como trabajo que se realiza fuera de los establecimientos y centros habituales de la empresa y del que el teletrabajo es una subespecie [...]”.

Esta diferencia, que no es menor, conduce a que la regulación pueda ser coincidente en muchos aspectos, pero también distinta en otros, pues el debate en sede laboral del “teletrabajo” pasará muy a menudo por conceptos como “conexión” y “desconexión”, ubicación física del soporte informático, pago de la compra del ordenador, pago de la conexión de wifi, etc., en tanto que el trabajo “a distancia” incorpora elementos mucho más amplios que, incluso, pueden suponer que no haya “teletrabajo”, sino exclusivamente trabajo a domicilio, quizá con el uso de un soporte informático para redactar textos; pero no necesariamente trabajo a distancia supone teletrabajo, mientras que, a la inversa, teletrabajo sí que lleva implícita la distancia. De hecho, la Ley 10/2021 fija, como hemos indicado, que el teletrabajo es una subespecie del trabajo a distancia.

No necesariamente esta distinción es incorrecta, entre sector privado y Administración –aunque cuestión distinta es que en uno se regule el trabajo a

9. Vid. <https://www.elperiodico.com/es/economia/20220524/gobierno-habilita-teletrabajo-funcionarios-ahorrar-energia-13701642>

distancia y en el otro solo el teletrabajo—, salvo algunos elementos que plantearemos en este estudio que, por lo demás, no son en absoluto menores; la distinción puede justificarse, pero frente a una regulación extensa en el ámbito privado en primer término mediante real decreto ley y luego por ley de las Cortes Generales, en el público —o mejor dicho, la Administración pública— se limita a un precepto, el art. 47 bis EBEP, de contenido poco concreto; la deriva del desarrollo de este artículo a cada Administración es una de las notas más significativas, pareciendo que se limita también la capacidad de las comunidades autónomas, e, igualmente, el exceso de conceptos abstractos o generales del art. 47 *bis*, frente al detalle de la Ley 10/2021 que regula el trabajo a distancia en el sector privado.

b) En segundo término, la regulación del “trabajo a distancia” del ámbito privado es muy extensa, tal como hemos expuesto, frente a la reducida regulación del ámbito público, que supone incorporar un nuevo art. 47 *bis* al EBEP, muy abierto en su desarrollo posterior, pero por ello también peligroso por el uso que puede hacerse en cada Administración, especialmente en la local, bajo la presión sindical, aprobándose acuerdos perjudiciales para el servicio público que luego serán de compleja reversión.

Por esta razón, no es extraño localizar a muchos autores que han analizado el trabajo a distancia que plantean que la voluntad inicial de los dos reales decretos leyes fue diferente entre sí: mientras el Real Decreto-ley 28/2020 era un auténtico “reglamento” de desarrollo de una especialidad —a nuestro juicio, forma de prestación de servicios que roza la relación laboral especial— de trabajo, por el contrario, el Real Decreto-ley 29/2020 incorporó un precepto al EBEP, con unos criterios muy generales, de carácter básico, para, a partir de ahí, fomentar el desarrollo normativo del teletrabajo en cada entidad pública.

Sin embargo, la voluntad del legislador se mantuvo con la Ley 10/2021: más de diez páginas de exposición de motivos, un total de veintidós artículos dedicados en exclusiva al trabajo a distancia, y luego una retahíla de disposiciones de todo tipo, regulando incluso materias absolutamente ajenas al título de la Ley¹⁰; por ello se ha afirmado que con el art. 47 *bis* EBEP se ha desaprovechado la oportunidad “inmejorable” de regular de forma adecuada esta fórmula de prestación de servicios en el ámbito público, de tal manera que lo que hubiera podido ser un “éxito para la mejora de las condiciones laborales de los empleados públicos”, se presenta “como un fracaso por desperdiciar la

10. Así, la disposición adicional sexta regula el régimen fiscal aplicable a la final de la *UEFA Women's Champions League 2020*, y la disposición adicional octava trata sobre el profesorado de formación profesional, con selección de funcionarios de carrera y nombramientos de personal interino.

coyuntura y el clima de necesidad que ha impuesto la crisis de la COVID-19” (Expósito Gázquez, 2021: 120).

Coincidimos en que, en una primera aproximación tanto al que fue el Real Decreto-ley como a la actual Ley 10/2021, ello parece así; sin embargo, es sorprendente que donde la negociación colectiva puede desplegar su mayor eficacia y extensión –el sector privado– el resultado haya sido una norma extensa, mientras que en el ámbito público, en-corsetado por leyes y reglamentos y por límites en la negociación como los que fija el art. 37 del EBEP, se resuelva la cuestión con un carácter reduccionista nominal (“teletrabajo”) y con un añadido *bis* al art. 47 del originario EBEP de 2007 –hoy, texto refundido de 2015–, en vez de establecer un precepto específico, o bien una disposición adicional, con mayor contenido normativo.

Nos lleva ello a que la negociación colectiva laboral parece llamada a reducir el ámbito expansivo del Real Decreto-ley inicial y de la Ley 10/2021 posterior, en tanto que en el ámbito público la situación puede ser la contraria, en donde la negociación vaya mucho más allá de lo que quizá el art. 37 EBEP permite, al incidir en ámbitos como la propia organización de la entidad pública, lo que será objeto de conflicto, permitiendo también una importante normativa reglamentaria, ya sea autonómica o de las entidades públicas que tienen tal potestad, como las entidades locales.

Destaquemos, en este sentido, que el Real Decreto-ley 28/2020 se configuró inicialmente como una norma con once páginas de exposición de motivos, 22 artículos –estructurados en cuatro capítulos–, siete disposiciones adicionales, cuatro disposiciones transitorias y catorce disposiciones finales, grupo normativo este –DA, DT y DF– que aprovechaba que “el Pisuega pasa por Valladolid” para regular todo tipo de cuestiones ajenas al trabajo a distancia, en una nueva mala práctica del uso de las normas con contenidos descontextualizados¹¹. La Ley 10/2021, tal como hemos expuesto, siguió la misma lógica: regulación extensa inicial e incorporación de muchas disposiciones sobre pluralidad de cuestiones.

c) Finalmente, es preciso puntualizar que la distinción *grosso modo* efectuada hasta el momento en este estudio que ahora suscribimos no debe llevarnos a engaño: es cierto que el Real Decreto-ley 28/2020 se dirigió al sector privado y la Ley 10/2021 ha seguido exactamente la misma estela, en tanto que el Real Decreto-ley 29/2020 lo fue hacia el sector público –o más exacta-

11. Sorprende, así, que la disposición adicional sexta regule el régimen fiscal aplicable a la final de la UEFA *Women’s Champions League 2020* –por cierto, en una Ley aprobada en 2021–, o que la disposición final séptima modifique las funciones de la Dirección General de Ordenación del Juego del Ministerio de Consumo.

mente, la Administración pública–, pero con matices de gran importancia que señalamos en los siguientes apartados del presente estudio.

Ello no nos impide efectuar una afirmación sobre la que hemos localizado relativo consenso a lo largo de los documentos consultados y publicados en los años 2020, 2021 y 2022: el teletrabajo ha venido para quedarse definitivamente entre las herramientas de la Administración, y ello obligará a repensar el funcionamiento de la Administración, con derivadas –quizá– interesantes, como la evaluación del desempeño, la modernización de los esquemas de organización administrativa, y la imprescindible necesidad de “voluntad” y de “medios”, por cuanto el soporte legal no es de 2020, sino que viene ya de mucho antes, incluso dos décadas.

Cuestión distinta es que, superada en parte la pandemia del COVID-19 a mediados de 2022, hay muchas sombras en el uso del teletrabajo en la Administración, tal como muchos autores han venido a plantear y como la propia ciudadanía plantea, con quejas constantes, y que posiblemente habrá un debate –o lucha si se quiere– entre una presunta comodidad de teletrabajar desde el domicilio y la necesidad de prestar servicios de formación presencial a la ciudadanía, que los reclama y manifiesta su malestar, en ámbitos tan diversos como la sanidad, la hacienda pública, la atención personal en oficinas municipales o lograr cita personal en dependencias de la Administración¹².

3

El ámbito de aplicación de la Ley 10/2021 y el Real Decreto-ley 29/2020

Se trata de un elemento de gran importancia: si bien el Real Decreto-ley 28/2020 inicialmente y luego la Ley 10/2021 han tenido un ámbito claro y finalista, el de los trabajadores del sector privado, en el Real Decreto-ley 29/2020 en correlación con el anterior los matices son diversos. En concreto nos parece importante resaltar los siguientes elementos:

a) El Real Decreto-ley 29/2020 modificó el EBEP y, por tanto, se aplica al personal previsto en el art. 2 del Estatuto Básico.

Por consiguiente, no se aplica al personal laboral de las entidades públicas empresariales, sociedades de capital íntegramente público y fundaciones del sector público (Roqueta Buj, 2022: 466-467), que se regirán por la Ley 10/2021 –tal

12. En junio de 2022, la media de espera para lograr una cita para renovar el DNI se situaba en dos meses (<https://www.lavanguardia.com/vida/20220623/8358080/colapso-renovacion-dni-cancelar-billetes.html>).

como sucedió también con su antecedente, el Real Decreto-ley–, lo que supone que, a menudo, el gestor público deberá tener presente el marco normativo diferenciado pese a que la Administración matriz, sus organismos dependientes, las empresas y fundaciones que lo conforman, más la complejidad de los consorcios, estén bajo su misma dirección como “grupo único” o interrelacionado.

Algún autor ha planteado las dudas aplicativas del art. 47 bis al personal eventual de confianza y a los puestos directivos, por nada decirse sobre ellos (Expósito Gázquez, 2021: 124), pero nuestra conclusión es que todo el personal regulado en el EBEP –funcionarios, personal laboral, personal eventual y directivos– queda en el marco aplicativo del citado precepto. No existe razón para su exclusión, pues el personal eventual de confianza o asesoramiento especial se rige por la normativa funcionarial, en todo lo que sea compatible –art. 12 EBEP–, y el personal directivo profesional ostenta un vínculo previo laboral especial o funcionarial –art. 13 EBEP–.

b) Por lo anterior, debemos distinguir entre la normativa del teletrabajo aplicable a los “empleados públicos” y la normativa que regulará el “trabajo a distancia” de aquellos también que son “empleados del sector público”, pero que no son “empleados públicos” *strictu sensu*, según el art. 2 EBEP.

Dicho lo anterior, debemos hacer una doble distinción:

- a) A los empleados del sector público se les aplica la Ley 10/2021 si son “empleados públicos”, art. 2 EBEP.
- b) A los empleados del sector público que no ostentan la anterior condición de “empleado público” se les aplica el art. 47 bis, según el redactado dado por el Real Decreto-ley 29/2020, en su momento.

Así, es clara la disposición adicional segunda de la Ley 10/2021: “Las previsiones contenidas en esta Ley no serán de aplicación al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, que se regirá en esta materia por su normativa específica”.

Esta disfunción implica una indudable complejidad, pues mientras el Real Decreto-ley 28/2020 y desde julio de 2021 la Ley 10/2021 y los convenios colectivos puedan dar pie a una regulación específica en cada empresa, sector productivo o entidad privada, el art. 47 bis EBEP, según redactado dado por el Real Decreto-ley 29/2020, puede conformar otro marco normativo, siendo en no pocas ocasiones empleados todos que dependen de una misma Administración matriz.

Se ha planteado, en este sentido, que habrá un efecto de mimetismo (Jiménez Asensio, 2021: 22), pero ello no es, precisamente, una ventaja, como es bien conocido en el “mimetismo” que ha acontecido entre los acuerdos y pactos de funcionarios y los convenios colectivos de personal laboral, en un *totum revolutum* que a menudo ha incurrido en ilegalidades para ambos

productos normativos, que se basa en la acumulación de derechos al alza, en que cada colectivo de empleados incorpora a su esfera jurídica los derechos del otro colectivo, si es mejor –técnica del “espiguelo”–, y transformando la negociación colectiva en un producto casi irreconocible si se la analiza a la luz del art. 37 del EBEP, especialmente, que es mucho más reducida que las posibilidades que ofrece el Título III del ET.

Otra consecuencia disfuncionada de lo anteriormente dicho es que, siendo un único sector público con una misma Administración o entidad matriz, la normativa aplicable será distinta y nos llevará al siguiente esquema:

- a) La existencia de dos regímenes paralelos para el mismo sector público, tomando como base una Administración o entidad pública matriz. La Ley 10/2021 se aplicará a los funcionarios de la Administración; también al personal laboral y a los empleados de las entidades del sector público que forman parte del ámbito de aplicación del art. 2 EBEP. No hay duda al respecto: el art. 7 EBEP señala que este Estatuto Básico se aplica cuando así se exprese, en cuanto al personal laboral, y el art. 47 bis, en su apartado quinto, fija con meridiana claridad esta aplicación del precepto a los trabajadores con contrato laboral.
- b) La complejidad del personal de las entidades públicas empresariales, sociedades de capital íntegramente público y fundaciones del sector público, que quedan fuera del art. 47 bis EBEP y se incorporan al ámbito de la Ley 10/2021, de “trabajo a distancia” (Roqueta Buj, 2022: 466-467).
- c) Ante otras dudas, debemos plantear que el art. 47 bis EBEP no se aplicará tampoco a empleados, de todo tipo, del sector público, que no forman parte del art. 2 EBEP, lo que supone que este precepto es el eje central del nuevo modelo (Jiménez Asensio, 2021: 22).
- d) La circunstancia especialísima de los consorcios, cuando estos tienen el carácter de públicos según la legislación local.

Al respecto hemos de tener presente que son entidades de derecho público; gozan de una adscripción a una Administración –territorial– que puede variar con el tiempo.

Los autores que al respecto se han pronunciado se inclinan por la aplicación del art. 47 bis EBEP (Jiménez Asensio, 2021, si bien analizado el Real Decreto-ley inicial) y no de la Ley 10/2021 de trabajo a distancia, cuestión que, sin embargo, nos parece compleja, pues sus empleados se rigen por el derecho laboral, tienen sus propios convenios colectivos y su consideración como Administración/entidad pública en donde rige el EBEP es objeto de discusión¹³.

13. *Vid.*, al respecto, el interesante análisis de Aparisi (2016).

4

Elementos básicos de la comparativa de la Ley 10/2021 y el Real Decreto-ley 29/2020

Sin duda debemos afrontar una dificultad evidente: mientras el Real Decreto-ley 28/2020 fue extraordinariamente extenso, incluso excesivo desde la perspectiva del derecho del trabajo, y la Ley 10/2021 ha seguido la misma estela, el nuevo art. 47 *bis* EBEP es –relativamente– breve y con grandes lagunas o conceptos indeterminados. Un precepto que específicamente señala:

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

2. La prestación del servicio mediante teletrabajo habrá de ser expresamente autorizada y será compatible con la modalidad presencial. En todo caso, tendrá carácter voluntario y reversible salvo en supuestos excepcionales debidamente justificados. Se realizará en los términos de las normas que se dicten en desarrollo de este Estatuto, que serán objeto de negociación colectiva en el ámbito correspondiente y contemplarán criterios objetivos en el acceso a esta modalidad de prestación de servicio. El teletrabajo deberá contribuir a una mejor organización del trabajo a través de la identificación de objetivos y la evaluación de su cumplimiento.

3. El personal que preste sus servicios mediante teletrabajo tendrá los mismos deberes y derechos, individuales y colectivos, recogidos en el presente Estatuto que el resto del personal que preste sus servicios en modalidad presencial, incluyendo la normativa de prevención de riesgos laborales que resulte aplicable, salvo aquellos que sean inherentes a la realización de la prestación del servicio de manera presencial.

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

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

En todo caso, señalaremos algunos elementos comparativos que a nuestro juicio, *prima facie*, van en perjuicio de la normativa pública.

Como introducción, destacaremos los ocho elementos clave en que se configura el teletrabajo en la Administración, que desarrollaremos a continuación, según la relación de Roqueta Buj (2022: 466-467):

1.º– El teletrabajo queda condicionado a que las necesidades del servicio lo permitan, por lo que existirán supuestos en los que será imposible, dado el carácter presencial imprescindible del servicio.

2.º– Será compatible con la modalidad presencial, cual modelo híbrido o mixto, con un sistema de rotaciones y de presencia física. Será la Administración la que delimite las horas de jornada presencial y de teletrabajo. No se instituye ningún porcentaje mínimo de jornada para que se considere que hay teletrabajo.

3.º– El teletrabajo debe ser autorizado de forma expresa. Las “necesidades del servicio” no suponen una potestad absoluta para que la Administración niegue el teletrabajo y rechace libremente las solicitudes de los empleados.

4.º– El teletrabajo es voluntario y reversible, salvo supuestos excepcionales que han de ser debidamente justificados.

5.º– El teletrabajo debe contribuir a una mejor organización del trabajo a través de la identificación de objetivos y la evaluación de su cumplimiento, lo que implica que se podrá autorizar y luego revertir en función de las necesidades de la Administración. El teletrabajo, en base a este criterio, es temporal, dada esta reversibilidad.

6.º– Los teletrabajadores gozan de derechos, pero también de deberes, individuales y colectivos, previstos en el EBEP o –para el personal laboral– el ET.

7.º– La Administración debe proporcionar y mantener, a las personas que trabajen en esta modalidad, los medios tecnológicos necesarios para su actividad.

8.º– Finalmente, el teletrabajo debe llevarse a cabo en base a las normas que se dicten en desarrollo del EBEP, que requieren una negociación colectiva en cada ámbito público, y deberán establecerse los criterios objetivos para acceder a la modalidad del teletrabajo.

4.1

Los ámbitos distintos de negociación de los reales decretos leyes y de la Ley 10/2021

En el sector privado, la negociación implicó a empresarios, sindicatos y el Ministerio de Trabajo. Esta negociación fue sólida y extensa y, además, prolongada en el tiempo.

Podemos afirmar que el Real Decreto-ley 28/2020 no fue un texto nacido al albur e improvisado, pese a que se puedan localizar deficiencias –como en toda normativa nacida fruto de la urgencia– que incluso se han trasladado a la

Ley 10/2021. Es más, si recurrimos a los antecedentes europeos antes señalados, en Europa ya fueron los sindicatos y empresarios de ámbito europeo los que acordaron una regulación específica hace ya casi dos décadas.

En el ámbito de las Administraciones españolas, la negociación se resolvió en la Conferencia Sectorial de la Administración Pública y en la Comisión de Coordinación de la Función Pública, así como en la Mesa General de Negociación, que llegó al acuerdo de 21 de septiembre de 2020.

La duración de esta negociación fue más corta, aunque mucho más espaciada, y la impresión generalizada es que se tuvo poco en cuenta la opinión de las entidades públicas más alejadas de la Administración General del Estado, como las entidades locales o las universidades públicas. Con posterioridad, en 2021, se aprobó el acuerdo de aplicación para el ámbito de la AGE. De hecho, mientras el Real Decreto-ley 28/2020 se tramitó luego como ley, no fue el caso del Real Decreto-ley 29/2020, que se ha consolidado como nuevo art. 47 bis EBEP, sin mayor modificación.

Una conclusión parecería darse a ojos del gestor público –y privado– y de los empleados; mientras el Real Decreto-ley 28/2020 fue fruto de una voluntad de creencia en lo que se negoció, el Real Decreto-ley 29/2020 pareció ser mucho más fruto de las circunstancias y de una cierta “salida del paso” ante un problema evidente, pero derivando a otros ámbitos la regulación concreta.

En este sentido, expresiones como que se desarrollará según “los términos de las normas que se dicten en desarrollo de este Estatuto, que serán objeto de negociación colectiva en el ámbito correspondiente y contemplarán criterios objetivos en el acceso a esta modalidad de prestación de servicio”, o también que “la Administración proporcionará y mantendrá a las personas que trabajen en esta modalidad, los medios tecnológicos necesarios para su actividad”, o bien que “el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se regirá, en materia de teletrabajo, por lo previsto en el presente Estatuto y por sus normas de desarrollo”, son afirmaciones de difícil concreción en cada Administración, y aún más cuando la capacidad de negociación de estas es débil o inexistente por no contar con equipos y criterios sólidos ante las peticiones sindicales.

4.2

La contradictoria extensión regulatoria en el marco actual de las relaciones de trabajo

Nos hacemos eco de una afirmación emitida desde la doctrina que nos parece muy acertada, cual es la paradoja regulatoria, que a nuestro entender incluso

es extraña, a la vista de lo que supone el marco normativo laboral frente al público.

Mientras las normativas que regulan el empleo público tienen por costumbre ser extensas, dado que la negociación colectiva –funcionarial– está encajonada por los límites del art. 37 EBEP y las normas en cascada pueden ser aún más extensas –así, normativa sobre régimen disciplinario, régimen de incompatibilidades o de selección o retribuciones–, el criterio general del derecho del trabajo es una regulación básica, de mínimos –con algunas excepciones, como puede ser la del contrato a tiempo parcial, antítesis de lo que señalamos–, y de la que es buena prueba el Estatuto de los Trabajadores, una norma que no supera los cien artículos, que regula gran parte de las relaciones individuales y colectivas en España.

Lo anterior no obsta, sin embargo, para que, a diferencia del modelo de las décadas de 1980 y 1990 orientado en ese sentido al ámbito del derecho del trabajo –de lo que es buen ejemplo no solo el ET, sino también normas de gran significado como la Ley Orgánica de Libertad Sindical–, progresivamente el legislador haya incurrido en la tendencia de normar *in extenso* las relaciones laborales, aunque sin poder soslayar el papel fundamental de la negociación colectiva.

El modelo español se basa en la existencia de un ET por mandato constitucional, pero también en una confianza plena en la negociación colectiva sectorial y de empresa, fruto también del reconocimiento constitucional, que bebe en esta regulación de los modelos comparados como los de Alemania y países nórdicos. En este sentido, la Constitución garantiza la eficacia jurídica de los convenios colectivos y su obligatoriedad *erga omnes* si se trata de convenios colectivos negociados al amparo del Título III del Estatuto, los denominados “convenios colectivos estatutarios”, pero permitiendo también los denominados “extraestatutarios”.

Esta confluencia supone que el ET es la norma básica y, a partir de ahí –pese a la existencia de otras normas laborales–, es en el convenio colectivo e incluso en el contrato de trabajo donde se plasman muchos de los derechos y las obligaciones de las partes afectadas.

En este supuesto del trabajo a distancia o del teletrabajo, sucede lo contrario cuando la entidad es una Administración: el art. 47 bis EBEP situó a las Administraciones públicas ante el abismo, sin apenas límites y con los existentes ambiguos o indeterminados, mientras que en el Real Decreto-ley 28/2020, y ahora en la Ley 10/2021, el marco es mucho más cerrado, evitando los peligros de cualquier tipo de ausencia o vacíos en la regulación.

Por tanto, es muy factible que el resultado lleve a una contradicción: que el resultado de la negociación en el ámbito público vaya más allá que en el

sector privado, especialmente fijando unas condiciones de máximos que tengan poco o nada en cuenta a los terceros afectados: los ciudadanos usuarios de servicios públicos. O el conflicto que se originará si no hay acuerdo negociador y la Administración debe aprobar la norma unilateralmente, posibilidad que el EBEP le permite (Boltaina Bosch, 2020a: 43), pues la obligación en el empleo público es la de negociar en buena fe, pero no necesariamente llegar a un acuerdo.

No olvidemos, en este sentido, que los acuerdos ya asumidos —como el del Estado, en abril de 2021¹⁴— y los posteriores son un remedo de flujo y reflujo contradictorio en algunas ocasiones, con planteamientos diversos; inicialmente, propulsando el trabajo a distancia, luego reduciéndolo y de nuevo fijándolo en de uno a tres días a la semana¹⁵, lo que se ha reconfirmado en mayo de 2022, con la finalidad de ahorrar energía en los centros públicos¹⁶, decisiones con gran repercusión entre la ciudadanía, que debe ser atendida por los servidores públicos.

Así, la Orden de 25 de mayo de 2022, aprobada en el Consejo de Ministros¹⁷, estableció, bajo una cierta expresión eufemística, en el apartado tercero, denominado: “Medidas orientadas a la facilitación de la prestación de los servicios públicos por las empleadas y empleados públicos mediante diferentes fórmulas organizativas que garanticen plenamente la atención a la ciudadanía”, lo siguiente: “El refuerzo de la modalidad de trabajo a distancia, a fin de reducir el impacto energético producido, tanto por los desplazamientos al lugar de trabajo, como por el consumo de energía en el propio centro de trabajo, asegurando la atención presencial a la ciudadanía”.

Es relevante, en este sentido, que mientras documentos sindicales han afirmado que el teletrabajo en el ámbito público debe ser limitado, pues debe prevalecer la atención al ciudadano, la práctica a nivel de cada Administración ha ido —especialmente en los años 2020 y 2021, pero también en 2022— desfigurando el modelo hasta un punto que se nos antoja peligroso para la prestación de servicios públicos, ante una generalización de días de teletrabajo semanal que oscilan entre uno y tres, incluso cuatro, según qué circunstancias, o basándose en criterios de reducción del coste energético, lo que es casi una antítesis de la finalidad del trabajo a distancia.

14. Acuerdo de 12 de abril de 2021 sobre aplicación del art. 47 bis EBEP al teletrabajo en la Administración General del Estado.

15. Disposición 15 del Acuerdo: “La modalidad general de teletrabajo, en cómputo semanal, consistirá en dos días en modalidad presencial y tres en modalidad de teletrabajo”.

16. Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de mayo de 2022.

17. Orden PCM/466/2022, de 25 de mayo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 24-5-2022 aprobando el “plan de medidas de ahorro y eficiencia energética de la Administración General del Estado y las entidades del sector público institucional estatal”.

En este sentido, el documento de julio de 2020 de criterios de negociación colectiva que elaboró CCOO, señalaba que era preciso valorar previamente el impacto que el teletrabajo pudiera tener sobre los servicios públicos, “garantizando, en cualquier caso, la prestación presencial en los servicios públicos de atención a la ciudadanía”, y calificando el teletrabajo como “opción excepcional y complementaria” a la prestación presencial¹⁸.

Por el contrario, las empresas privadas, si optan por regulaciones osadas, repercutirán en ellas –en beneficio o perjuicio–, y, por consiguiente, deberán desregular o modificar aquello que pactaron, a riesgo de perder clientela, como por ejemplo ha supuesto la política de las entidades bancarias.

Sin embargo, si las oficinas de la Administración tributaria, del Servicio Público de Empleo o de los ayuntamientos permanecen semiabiertas –o semi-cerradas–, la capacidad de queja o de búsqueda de soluciones del ciudadano es muy compleja¹⁹. Prueba de ello son las quejas generalizadas tras el inicio de la pandemia, habiendo resultado la cita previa una solución con grandes dificultades, siempre en perjuicio de la ciudadanía. Los ciudadanos se ven desatendidos, los servicios telefónicos muy a menudo están colapsados y muchas atenciones presenciales son de imposible traslado a la distancia, como es el supuesto de la atención médica.

4.3

La diferenciación regulatoria de desarrollo: la vaguedad de la regulación jurídica en el ámbito público y las dificultades aplicativas

De lo dicho con anterioridad, es evidente que el ámbito privado que regula la Ley 10/2021 sitúa la regulación del “trabajo a distancia” en tres esferas jurídicas: el Estatuto de los Trabajadores –regulación escasa–, el propio Real Decreto-ley al inicio y en la actualidad la citada Ley, y el desarrollo a través de convenio colectivo sectorial o de empresa.

Por lo tanto, el sector privado –y no lo olvidemos, las fundaciones públicas y las empresas públicas– conoce el marco y, además, tiene amplia

18. CCOO (2020: 12).

19. Ejemplo evidente de ello son muchas noticias de prensa y consultas al público. Así, el cierre de muchas oficinas de gestión tributaria de la AEAT mediante cita previa ha supuesto el desvío de la atención a medios electrónicos, pero también la presentación por correo postal administrativo de muchos recursos y reclamaciones, en cantidad superior a antes de la pandemia; en el supuesto de los centros de asistencia primaria, en que mucho personal administrativo teletrabaja, se ha optado por solicitudes *online* que producen disfunciones tales como que para un contacto con el médico de primaria el retorno lo efectúa un médico de urgencia, lo que supone una falla en el modelo, de graves consecuencias.

experiencia negociadora confrontando intereses. En todo caso, el resultado de una buena o mala negociación a partir del Real Decreto-ley 28/2020 y luego de la Ley 10/2021 recaerá exclusivamente sobre la empresa afectada, sus clientes, sus accionistas y los propios trabajadores.

Por el contrario, el reducido redactado del art. 47 bis EBEP conlleva diversas dificultades.

En concreto:

– El art. 47 bis es una norma de rango legal, de carácter básico. Una escasa regulación, no obstante, que como hemos señalado ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina teórica (Expósito Gázquez, 2021).

– A diferencia de otros preceptos del EBEP, que derivan a un desarrollo legal, ya sea estatal o autonómico, el art. 47 bis no indica que la regulación de desarrollo deba tener rango de ley. Ello, a nuestro entender, es un defecto importante, pues hubiera sido conveniente una deriva a la ley autonómica para los funcionarios y trabajadores en cuyos casos la ley autonómica goza de competencia, o a una ley estatal para los restantes empleados.

No se trata de que tengamos una especial confianza en la ley autonómica o cualquier otra que desarrolle el art. 47 bis EBEP, pero en todo caso supondría marcar mejor el terreno de aplicación en cada Administración, como ha acontecido con la normativa de medidas de conciliación de la vida familiar y profesional o la de incompatibilidades.

El art. 47 bis EBEP no incorpora ninguna referencia a una ley de desarrollo y ello puede sorprender, pues el trabajo a distancia –o el “teletrabajo”– forma parte del estatuto jurídico de los funcionarios públicos y, sin duda, del tronco de la relación laboral del empleado contratado. Al contrario, el art. 47 bis se refiere a “normas de desarrollo”.

No parece, a nuestro juicio, que el redactor del art. 47 bis haya tenido en cuenta la capacidad normativa de los Parlamentos autonómicos. Buen ejemplo de lo anteriormente dicho es el preámbulo del Real Decreto-ley 29/2020, con las siguientes consideraciones: “Será en cada ámbito y en la normativa reguladora que a tal efecto se dicte por cada Administración competente [...]”; “El objeto es, por tanto, configurar un marco normativo básico, tanto desde la perspectiva del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, como desde el punto de vista más específico de los derechos y deberes de los empleados públicos, suficiente para que todas las Administraciones Públicas puedan desarrollar sus instrumentos normativos propios reguladores del teletrabajo en sus Administraciones Públicas”. Es más, también se afirma que “el desempeño concreto de la actividad por teletrabajo se realizará en los términos de las normas de cada Administración Pública”.

Sin embargo, a nuestro juicio, deberíamos apostar por un encaje más estricto de este posible desarrollo, y en este sentido consideramos necesario apuntar lo siguiente:

– Si bien la negociación colectiva laboral goza de amplias facultades, estas deberían limitarse en el ámbito público de las Administraciones. En este sentido, el “todo no vale” debería ser asumido por las autoridades autonómicas y dictar leyes de desarrollo, pues nada lo impide, *strictu sensu*. Como medida supletoria, sin embargo, la vía reglamentaria puede ser una opción razonable, y en este sentido puede acreditarse que muchas comunidades autónomas han aprobado normas reglamentarias para regular el teletrabajo en sus Administraciones, en una línea de actuación que no parece discutirse.

– Apostamos por esta solución en vista de que el art. 47 bis indica que el desarrollo lo será en base a “las normas que se dicten en desarrollo de este Estatuto” (art. 47 bis, segundo apartado) o “por sus normas de desarrollo”.

Es evidente, sin embargo, que la disposición final segunda del Real Decreto-ley 29/2020 frena un desarrollo legislativo autonómico excesivo, al indicar que estas “normas de desarrollo” deben ser las de la potestad reglamentaria de cada Administración, y que hay un plazo de adaptación al Real Decreto-ley de seis meses –que ya finalizó–, pero, a nuestro entender, ello no priva a una legislación autonómica de que marque con mayor detalle la tierra abonada al descontrol extensivo que el art. 47 bis EBEP puede poner sobre la mesa negociadora de cada una de las miles y miles de Administraciones públicas, y, en especial, en el mundo local, donde no hay convenio colectivo ni acuerdo de funcionarios sectorial, y en cada una de ellas, de gran, mediano, pequeño y micro tamaño, no siempre puede constituirse una mesa de negociación de materias comunes.

En este último sentido, es cierto que una solución –que algunas entidades municipalistas iniciaron en el mismo año 2020– es la de firmar acuerdos supramunicipales entre las entidades mencionadas y los sindicatos más representativos, a fin de que cada entidad local incorpore en todo o en parte estos acuerdos, siguiendo una lógica anterior, que es la de firma de acuerdos para los ayuntamientos sin convenio colectivo, que pueden incorporarlos a su marco jurídico por decisión del pleno. Valga como ejemplo el documento de la Federación Aragonesa de Municipios, Comarcas y Provincias, que plantea un texto de “reglamento municipal” de 2021 para regular el teletrabajo en los ayuntamientos que deseen incorporarlo²⁰.

20. <https://www.famcp.es/wp-content/uploads/Modelo-Reglamento-Famcp-Teletrabajo.pdf>.

4.4

El conflicto entre “organización” y “derecho” del “teletrabajo” en la Administración pública versus la regulación en el sector privado

El Real Decreto-ley 28/2020, inicialmente, y en la actualidad la Ley 10/2021, han regulado el trabajo a distancia y su submodalidad, que es el teletrabajo. La larguísima exposición de motivos –en ambos textos jurídicos– se refiere a muchos elementos justificativos, incluso de manera excesiva.

En todo caso, su finalidad es la aplicación de la norma a las relaciones de trabajo (art. 1), y define el “trabajo a distancia”, el “teletrabajo” y el “trabajo presencial” (art. 2). No puede negarse que la Ley 10/2021, siguiendo la estela del Real Decreto-ley del que trae origen, incide especialmente en los derechos y en los límites a los abusos derivados de la implantación del trabajo a distancia, pero tiene en cuenta también las necesidades organizativas.

En concreto, es interesante la afirmación del punto IV de la exposición de motivos de la Ley 10/2021: “El objetivo es proporcionar una regulación suficiente, transversal e integrada en una norma sustantiva única que dé respuestas a diversas necesidades”, para luego indicar que es preciso “equilibrar” las nuevas formas de prestación del trabajo por cuenta ajena, sus ventajas tanto para las empresas como para los trabajadores.

La Ley califica al trabajo a distancia como una “forma de organización del trabajo” y deriva a la negociación colectiva, que considera como “instrumento imprescindible para completar la normativa aplicable en cada uno de los sectores específicos, estableciendo criterios propios” (punto IV, segundo párrafo).

La ausencia de regulación en profundidad del art. 47 bis EBEP y la dificultosa –posiblemente ausente en el futuro– regulación autonómica de desarrollo, nos llevan a que el conflicto entre derecho y organización en el ámbito de la Administración se nos antoje presente desde el primer momento. Sin duda, debemos tener en cuenta diversas cuestiones, que en el ámbito laboral privado aparecen claras, pero que en el art. 47 bis EBEP no lo están con el mismo rigor:

- El teletrabajo es un derecho que podrán gozar los trabajadores y no tanto una imposición o una forma obligatoria. Por ello el EBEP fija su voluntariedad, y por tanto, siendo así, nos hallamos ante un derecho del funcionario o trabajador público.
- Sin embargo, debe analizarse la contraparte, esto es, un teletrabajo que debe insertarse en la organización pública de la entidad.

Cualquier regulación que se dé en una Administración pública afectará al funcionamiento de la misma y, por extensión lógica, a los ciudadanos.

Si los reglamentos de cada entidad que se aprueben inciden exclusivamente en el aspecto del derecho y no en el organizativo, o este queda diluido o incluso ambiguo o en abstracto, el resultado será una consecuencia no prevista. Por consiguiente, normas propias que otorguen el derecho al funcionario o trabajador y que la limitación corresponda al respectivo jefe o responsable supondrá una auténtica quiebra de la finalidad de la regulación. Y ante ello no podemos expresar más que temor, como ha sucedido con la negociación colectiva funcionarial y laboral, que ha imitado una a otra siempre en una base de máximos, en la clásica política de espiguelo.

Por lo demás, es preciso preguntarse si el ciudadano tiene derecho al trato presencial, aunque pueda haber alternativas factibles a distancia. Es un debate en donde generalmente se acaba imponiendo la Administración por la vía de los hechos, pero no es ni saludable ni propio de un Estado social. Prueba de ello es la grave crisis de imagen que ha sufrido la banca al imponer horarios de oficinas muy reducidos, también disminuir el número de empleados presenciales, y cómo, por el impulso de un solo ciudadano mayor, todo el sector debió recular frente a lo que era una crisis de imagen ante la ciudadanía²¹.

Por todo ello, nuestra conclusión es que mientras en el sector privado la extensa regulación de la Ley 10/2021 permite un marco seguro de la negociación colectiva, el art. 47 bis EBEP es excesivamente escueto y puede dar pie a excesos difícilmente luego reversibles.

Entendemos que la ley autonómica —o la que corresponda en cada ámbito— o incluso el reglamento autonómico debería optar por desarrollar el art. 47 bis EBEP pese a las cortapisas que el Real Decreto-ley fija cuando incorporó el “bis” al EBEP. El teletrabajo en la Administración deberá tener en cuenta que la autoorganización y la prestación de servicios públicos no deben quedar soslayadas por el derecho del funcionario o del trabajador, bajo su estricta voluntad, como se deduce del art. 47 bis EBEP, en una lógica completamente distinta a la que se da en el ámbito de las relaciones laborales privadas.

Con ello se evitaría lo que se ha afirmado desde la doctrina más solvente: “miles de marcos normativos de desarrollo diferenciados en materia de teletrabajo, con consecuencias muchas veces no deseables, menos aún para la siempre sufrida ciudadanía, en la que al parecer nadie piensa, menos aún el legislador excepcional y quienes han urdido esa regulación para atender a sus intereses propios, sean políticos o sindicales” (Jiménez Asensio, 2021: 25).

21. La campaña “Soy mayor, no idiota”, impulsada por el médico jubilado Carlos San Juan, es posiblemente el hecho más relevante de este movimiento ciudadano, que obligó incluso a intervenir al Gobierno central y a hacer recular las malas prácticas, abusivas y autoritarias, del sector bancario.

Una consecuencia, por lo demás, que lleva a supuestos extremos, especialmente sobre quién goza del derecho y a quién se limita, con previsiones tales como que cualquier empleado puede solicitarlo, frente a otras que imponen cortapisas o prohibiciones por algunas razones que pueden parecer lógicas, pero otras extrañas, como no autorizarlo a quien tenga reconocida una compatibilidad para ejercicio de una segunda actividad, a los que ocupen puestos de libre designación, a las secretarías de altos cargos (Xunta de Galicia), a los directivos o a quienes tengan reconocido un nivel 30²², o fijando unos criterios de prioridad en caso de exceso de peticiones²³.

Igualmente, existe el riesgo de descripciones generalistas, como la no posibilidad del teletrabajo en “puestos con unas funciones que exijan necesariamente la prestación de servicios presenciales, entendiéndose por tales los que su prestación efectiva solo quede plenamente garantizada con la presencia física”²⁴, lo que permite concluir que aunque nada excluye el teletrabajo de un directivo o jefe con responsabilidad, las funciones directivas de organización, control, reuniones o interlocución son de difícil implementación mediante el teletrabajo (Boltaina Bosch, 2020a: 51)²⁵.

Almonacid Lamelas (2020) señaló con agudeza –dos meses antes del inicio de la pandemia, en enero de 2020– que el teletrabajo, en este ámbito, no debe confundirse con el denominado *smart-working*, esto es, la posibilidad de que el trabajar sea desde donde sea y cuando el trabajador quiera, posible-

22. Aunque contempla excepciones, la normativa de la Generalitat Valenciana estableció lo siguiente: “Los puestos de estructura clasificados con el nivel de complemento de destino 30, [...] o el nivel competencial máximo que pueda establecerse, atendiendo a su especial responsabilidad, a las funciones de dirección y coordinación que les puedan corresponder, así como por la posición que ocupan en la estructura organizativa, tampoco podrán ser susceptibles de ser desempeñados mediante teletrabajo salvo cuando el órgano proponente del correspondiente programa haga constar de forma expresa y justificada en el mismo, que las funciones concretas del puesto y su incardinación dentro de la estructura organizativa son compatibles con esta modalidad de prestación de servicios”. Art. 3.4 del Decreto 49/2021, de 1 de abril, del Consell de la Generalitat Valenciana, DOGV núm. 9059 de 12-4-2021. Sobre la dificultad del teletrabajo en las funciones directivas, *vid.* Boltaina Bosch (2020a: 51). Analizando las posibilidades e inclinándose por la posibilidad del teletrabajo directivo, puede consultarse el análisis de Martín Castaño (2020).

23. Art. 11 de la Orden de 14 de diciembre de 2020 de Acuerdo sobre la prestación de servicios en la modalidad de teletrabajo en la Administración de la Xunta de Galicia, DOG num. 3, 7 de enero de 2021: los criterios de prioridad, en el supuesto de exceso de peticiones, serán: a) personas víctimas de violencia de género; b) trabajadoras embarazadas; c) personas con discapacidad; d) personas mayores de 60 años; e) personas con necesidades de conciliación de la vida familiar y personal; f) tiempo y distancia de desplazamiento del domicilio al lugar de trabajo; g) no tener autorizada compatibilidad para el desempeño de un segundo puesto de trabajo, cargo o actividad en el sector público o privado.

24. Art. 3.1 de la Orden de 14 de diciembre de 2020 de la Xunta de Galicia, antes citada.

25. “La ausencia de directivo crea una confusión permanente, no solo para sus empleados sino para él mismo y sus colegas [...] un auténtico directivo no tramita expedientes, no gestiona solicitudes, no redacta demandas o respuestas a recursos”.

mente aceptable en algunas profesiones, pero difícil de aplicar en el sector público, *a priori*.

Como las normas deben aplicarse de manera coherente, debemos acudir sin duda al preámbulo del Real Decreto-ley 29/2020, que se autocalifica como “disposición normativa mixta en cuanto a su objeto, pues no solo se regulan aspectos autoorganizativos (importantes, como se verá), sino que también se delimita el ejercicio de una serie de derechos [...] como también –y este punto es muy importante– en la prestación de los servicios públicos dirigidos a la ciudadanía”.

4.5

La diferencia entre la negociación sindical en los sectores privado y público, y la disfunción resultante en la Ley 10/2021 y el Real Decreto-ley 29/2020

Este elemento no es nada menor, todo lo contrario. Hay una larga experiencia al respecto, desde que en 1987 y especialmente en 1990 se permitió la negociación colectiva funcionarial, por cuanto la laboral ya existía en base al ET también para el personal laboral.

La negociación colectiva se concretó a través de la Ley de 1987 de Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas –comúnmente conocida como LORAP–, reformada en 1990 –en que se dio el gran impulso a la negociación pública– y con reformas posteriores, como la de 2006, que creó la Mesa de Negociación de Materias Comunes, todo ello luego incorporado en el EBEP de 2007 y su posterior texto refundido de 2015. Una Ley que, pese a todo, mantiene algunos preceptos vigentes en 2022.

La experiencia de más de tres décadas de negociación funcionarial puede ser valorada de muchas formas distintas, pero lo cierto es que los límites que, en 2022, fija el art. 37 EBEP han sido a menudo ignorados o sorteados con mayor o menor inteligencia torticera por acuerdos o pactos de condiciones que se han ido asimilando a los convenios colectivos del personal laboral, o incluso, sin resquemor, yendo más allá de las previsiones legales, como ha sido la práctica nada inusual durante la década de 1990 y entre 2000 y 2012 de obviar los incrementos salariales fijados en la Ley de Presupuestos, o creando pagas, suplementos, disminución de la jornada de trabajo, permisos, licencias y nuevos derechos estatutarios –nunca, obligaciones– *contra legem*, política que en algunos elementos ha llegado hasta la tercera década del siglo XXI.

La negociación del sector privado, fundamentalmente la que se asienta en los sindicatos más representativos, ha ido consolidando criterios de racionalidad, en gran medida por la propia realidad del mercado. Los debates que afrontan los sindicatos en la pequeña, mediana y gran empresa son generalmente complejos, y a menudo deben tratar y acordar actuaciones que incorporan no solo derechos, sino también medidas quirúrgicas, como los ERTE, el despido definitivo, el traslado de instalaciones, o medidas de jubilación anticipada que son, a menudo, despidos encubiertos. Cuestión distinta es que se pueda calificar, tanto en el ámbito privado como, especialmente, en el público, tal negociación colectiva como “desmesurada”, y que no permitirá crear un marco homogéneo de tratamiento de algunos aspectos del teletrabajo y la digitalización en todo el territorio español (Expósito Gázquez, 2022: 163).

El art. 47 bis EBEP nació en 2020, sin embargo, bajo dos elementos que limitaron su mayor concreción.

En primer término, el temor de las comunidades autónomas a que la ley estatal les dejara escaso margen de maniobra legislativa. Sin duda, el recuerdo de normas básicas como las que regulan la selección en las entidades locales, claramente expansivas, introduce un sesgo de desconfianza importante y, por lo demás, comprensible.

Sin embargo, aun comprendiendo esta posición, lo cierto es que el redactado del art. 47 bis EBEP parece más bien limitar casi por completo la competencia legislativa de desarrollo. Si las comunidades tenían temor a una norma amplia y básica, el resultado es una norma escuálida, pero impidiendo —en una interpretación estricta— un desarrollo legislativo autonómico, que debemos considerar reconducible con una interpretación factible de las competencias autonómicas sobre función pública.

Esta problemática, por el contrario, no se ha dado en la negociación del Real Decreto-ley 28/2020, ni luego en la Ley 10/2021 que lo ha sustituido: han sido las organizaciones empresariales las que han negociado en primera línea y, por tanto, conocedoras también de sus necesidades, posibilidades y ventajas e inconvenientes.

Por el contrario, la negociación del art. 47 bis EBEP ha sido entre bambalinas, entre el Estado —y acaso con una tímida posición de las comunidades y la FEMP— y los sindicatos.

Las organizaciones sindicales, mirando hacia el sector público, han intentado abrir el máximo posible de agujeros en la regulación a aprobar. Los términos usados por la doctrina de “abrir el mayor número de boquetes”, “marco [...] endeble”, y la voluntad última de fragmentar la negociación colectiva en cada nivel de Gobierno, “con la estrategia de conquistas acumuladas en términos comparativos” frente a “empleadores débiles”, describen con

toda claridad los déficits del art. 47 bis EBEP (Jiménez Asensio, 2021: 26), los riesgos de los textos que deberán negociarse y el resultado de los mismos. Unos riesgos que en absoluto acontecerán en el sector privado, pero que en el público pueden suponer que los límites del art. 37 EBEP en la negociación quiebren ante lo que permite el art. 47 *bis* EBEP.

Por ello, como conclusión, pese a que el art. 37 EBEP pueda parecer superado por la fragilidad del art. 47 bis EBEP, ello no debe ser así. En concreto:

– Las normas deben interpretarse de manera coherente, y los preceptos de un mismo texto legal, de forma coherente. No es posible que el art. 37 limite la negociación colectiva cuando afecta a la autoorganización de cada Administración y el art. 47 bis permita quebrar esta frontera. No es una interpretación lógica.

Por ello, nos parece –como nota de ejemplo– que dejar con carácter general el ejercicio del derecho de funcionarios y trabajadores al teletrabajo en manos de cada uno de los empleados y fijar un límite o prohibición posterior a cargo de su jefe o superior es una de las peores medidas factibles, que en cambio parece generalizarse en los acuerdos ya existentes al cierre de este estudio.

A nuestro juicio, el art. 47 bis debe interpretarse según el art. 37. El “teletrabajo” es un derecho, pero también es una forma de organización, o más propiamente, es una forma de organización que, en todo caso, se interrelaciona con algunos derechos, pues no puede imponerse de manera forzosa. Las normativas que se aprueben serán normas de organización, y en este caso consideramos que no hay negociación posible, o bien es una negociación de muy baja intensidad, sobre tal capacidad organizativa de las entidades públicas, lo que no impide que un sector doctrinal considere que los derechos de los empleados públicos han sido “uno de los grandes perjudicados por la implantación de la administración electrónica” (Expósito Gázquez, 2022: 166) y que esta situación se agravará en los próximos años, impresión que los autores de este documento no compartimos, pero que en todo caso debe tenerse en cuenta.

Hemos consultado documentos diversos, y en este sentido, las áreas o servicios que deben mantener servicios presenciales y de atención directa a los ciudadanos son ámbitos de organización, ajenos a la negociación colectiva pública.

Igualmente, qué tareas, funciones o actividades deben ser prestadas a distancia o no, también es organización y no factible de ser negociado obligatoriamente. El resultado es una pluralidad de concepciones muy diversas, incluso subjetivas, en función del mayor grado de adhesión o desapego del gestor público al teletrabajo en el sector público.

– Claro está que la dificultad fronteriza se dará entre los derechos de cada trabajador o funcionario y sus condiciones de trabajo, por un lado, y la organización de la Administración. Aquí sí que la negociación colectiva tiene opciones, por previsión expresa del art. 37 EBEP. Ahora bien, ello no debe suponer una quiebra del sistema y que a través del teletrabajo la negociación pueda tratar de aspectos que, con el trabajo presencial, tenga vetados o muy modulados, y por ello no compartimos el criterio de que con la digitalización se han perdido muchos derechos de los empleados públicos, aunque sí concordamos en que, en algunas esferas y estratos de empleados públicos –especialmente, los directivos–, el derecho a la desconexión digital –por ejemplo– se ha convertido “en una completa utopía”, al pasar a ser un derecho “indefinido, abstracto y abierto”, que se concreta según la voluntad de cada Administración (Expósito Gázquez, 2022: 167).

4.6

Elementos mínimos del Real Decreto-ley 29/2020 que incorpora el art. 47 bis al EBEP que no asumen igual trascendencia en la Ley 10/2021

Comparar los dos textos es muy complejo, dada la extensión de uno y la brevedad del otro. Sucedió al comparar los dos primeros reales decretos leyes y acontece de nuevo entre el art. 47 bis EBEP y la Ley 10/2021. Sin embargo, queremos destacar los siguientes elementos que en el ámbito privado no aparecen con tanta claridad en la Ley 10/2021, por razones obvias.

– Como ya hemos mencionado, la organización y gestión del trabajo. El empresario privado es conocedor de esta circunstancia, de sus límites y necesidad. El gestor público adolece a menudo de conocimientos o incluso es tan débil en la negociación que compra la paz social del presente sin tener en cuenta el futuro. Ello es predicable tanto del gestor público como del legislador, de lo que es buena prueba la Ley 20/2021 de reducción de la temporalidad en el empleo público.

– Poner el centro de cualquier medida en los servicios a los ciudadanos. No son estos los que están al servicio de la Administración, sino al revés. Mientras en el sector privado la libertad de mercado –por lo general, pues pueden existir ámbitos casi de monopolio– resitúa cualquier error, en el público ello no es así. Prueba es el caos que en muchos servicios médicos, Seguridad Social, Hacienda, entidades locales, etc., está aconteciendo, con jornadas semanales de teletrabajo de tres o cuatro días, que han llevado al colapso la atención ciudadana.

El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo han fijado el derecho de los ciudadanos a la “buena administración”, y han considerado, así, que respuestas a peticiones o recursos tras tres o cuatro años son un ejemplo intolerable en un Estado de derecho. Lo que es inverosímil en el sector privado, no lo es en el público. El trabajo a distancia o el teletrabajo deben subordinarse, siempre, a los servicios a la ciudadanía.

– La complejidad de los derechos a la protección de datos y los derechos digitales. La Administración, en este sentido, va a distancia aún del sector privado. Mientras la Ley 10/2021 tiene en cuenta la importancia de este elemento –y también la tuvo el Real Decreto-ley antecedente–, el art. 47 bis EBEP lo deriva en exclusiva al desarrollo en cada Administración. Ello supone una materia con sustancia propia que debe ser estudiada en profundidad (*vid.*, al respecto, Expósito Gázquez, 2022)²⁶.

5

Una debilidad del art. 47 bis EBEP versus la regulación privada: el acuerdo de trabajo a distancia o teletrabajo

Se ha afirmado que uno de los ejes fundamentales del inicial Real Decreto-ley –y por extensión, de la Ley luego tramitada en las Cortes Generales– es el “acuerdo de trabajo a distancia o teletrabajo”²⁷ que se regula en los arts. 6 y 7 de la norma vigente en 2022. En este sentido, es indudable que el acuerdo aporta seguridad y publicidad para todas las partes, y que los elementos que destacan al respecto –en que nada indica el art. 48 bis EBEP, por el contrario– son:

- a) La formalización por escrito, con anterioridad al inicio del teletrabajo, documento al que tiene acceso la representación de los trabajadores, salvo a los datos privados.
- b) El acuerdo incorporará un contenido mínimo, entre el que localizamos la mención de los medios, equipos e instrumentos para desarrollar el teletrabajo, así como los bienes consumibles y los elementos muebles.

26. El trabajo de la profesora Expósito Gázquez (2022) es especialmente interesante por sus reflexiones críticas y el análisis de los derechos digitales del personal empleado público.

27. Empiezan a ser numerosos; entre otros, en www.rceleven.com: “Anexo al contrato de trabajo. Acuerdo de teletrabajo [según RD Ley 28/2020 de 22 de septiembre, de Trabajo a Distancia]”. También, adaptado a la Ley 10/2021, *vid.* <https://www.grupo2000.es/modelo-de-acuerdo-de-teletrabajo-obligatorio-segun-la-ley-de-teletrabajo/>. Y por último: <https://www.iberley.es/formularios/acuerdo-trabajo-distancia-teletrabajo-actualizado-ley-10-2021-9-julio-5471>

- c) Igualmente, se prevé la cuestión –crucial– de los gastos del teletrabajo, la compensación que debe abonar la empresa e incluso los efectos en la cotización a la Seguridad Social de esta compensación.
- d) El documento debe incorporar el horario de trabajo y las reglas de disponibilidad, así como el porcentaje de distribución entre trabajo presencial y trabajo a distancia.

Este elemento es importante: para la Ley 10/2021 se entiende que es “regular” el teletrabajo que se presta, en un periodo de referencia de tres meses, un mínimo del treinta por ciento de la jornada, o la proporción equivalente en función de la duración del contrato (art. 1, segundo párrafo). Así pues, si no se alcanza el treinta por ciento no es un teletrabajo regulado por la Ley 10/2021, si bien los convenios colectivos o acuerdos de igual naturaleza podrán regular una jornada mínima presencial, el ejercicio de la reversibilidad al trabajo, un porcentaje o periodo de referencia inferiores a los que indica la Ley, “a los efectos de calificar como ‘regular’ esta modalidad de ejecución de la actividad laboral” (disposición adicional primera.2). Ninguno de estos límites –tan importantes– ni ninguna opción se incorporan al art. 47 bis EBEP.

- e) Otros elementos del acuerdo firmado nos parecen relevantes, como la adscripción del trabajador a un “centro de trabajo” presencial, donde deberá acudir para ese trabajo presencial, lo que supone un dato muy importante porque implica ejercer derechos colectivos y también, a nuestro entender, elementos de socialización, completamente ausentes en la redacción del art. 47 bis EBEP. El marco de derechos colectivos e individuales en el trabajo a distancia o teletrabajo –que se diluyen, quíerese o no– está previsto en la Ley 10/2021, pero está completamente ausente en la normativa pública.

Uno de los elementos que debemos destacar es que la normativa laboral regula *in extenso* otros muchos aspectos, y ello nos merece una doble consideración:

- a) En primer lugar, la Ley 10/2021 ofrece una intensa seguridad jurídica y trata muchos elementos que en el art. 47 bis EBEP ni tan solo constan.
- b) No es difícil detallar estas diferencias. En todo caso, destacaremos las siguientes, que son ignoradas por el art. 47 bis EBEP²⁸:

28. Puede verse un resumen detallado en la web de *Notarios y Registradores*, de 3-10-2020: “Resumen Real Decreto Ley 28/2020, de 22 de septiembre: trabajo a distancia”.

- El lugar donde se llevará a cabo el teletrabajo –aspecto este que debe incorporarse en el acuerdo escrito–.
- Los derechos vinculados a la carrera profesional y la formación. La Ley 10/2021 dedica una especial atención a ello, lo que permite concluir que hoy por hoy la perspectiva casi siempre es el trabajo presencial y el nuevo modelo supone un cambio importante de paradigma.
- El derecho a la dotación de medios telemáticos y el abono y compensación por gastos.
- La regulación del tiempo de trabajo, que se concreta en los arts. 13 y 14 de la Ley 10/2021, como sección específica sobre “derechos con repercusión en el tiempo de trabajo”, divididos en “derecho al horario flexible” y “derecho al registro horario adecuado”, y sobre lo que el art. 47 bis nada señala.
- La desconexión digital, ausente en el art. 47 bis y prevista en el art. 18 de la Ley 10/2021, y que será un elemento importante en las negociaciones públicas, pero también cohonestado con otro elemento: la “conexión digital”, esto es, que frente a las peticiones constantes de las organizaciones sindicales para que se reconozca el derecho a la desconexión, será preciso también fijar elementos de conocimiento o control de la conexión. En todo caso, “conexión” y “desconexión” deberán también ser reguladas en la normativa de desarrollo en cada Administración, y parecen elementos muy débiles de la realidad presente, hasta el punto de que se ha afirmado que la procrastinación²⁹ va muy a menudo ligada al teletrabajo, pero también la ansiedad y la falta de concentración³⁰.

29. *Vid.* el interesante artículo de Phillips (2022), en donde claramente se observa que la multitud de inputs, aplicativos en marcha, canales de comunicación, etc., crean o una procrastinación en el trabajo importante a realizar o bien un elevado grado de ansiedad. Como señala, en dicho artículo, Clara Roo: “También tiene que ver con una cultura organizativa. Trabajé en empresas bastante tóxicas en este sentido, en las que todo era para ayer y no había límites entre lo personal y lo profesional, y también en otras donde eran mucho más respetuosas con tu tiempo y buscaban este balance de vida privada y profesional”. Para Eva Rimbau: “Las empresas tienen que ser muy conscientes de que la exigencia de la respuesta automática o casi inmediata, sea por canales tipo WhatsApp o por reuniones, lo que hace es restar tiempo a la persona trabajadora para poder avanzar con tareas más complejas de esfuerzo intelectual que, en el fondo, probablemente es donde aporte más valor”.

30. En el citado artículo de Phillips (2022) se cita el Informe *From work chaos to zen: How application overload redefines the digital workplace* (2020), en donde el 70 por ciento de los trabajadores encuestados en EE. UU., Reino Unido y Australia afirmaban que el volumen de sus comunicaciones en el teletrabajo era un reto para realizar su actividad, y más del 65 por ciento afirmaban que perdían hasta una hora diaria de su jornada “navegando entre aplicaciones”.

- La complejísima regulación de la prevención de riesgos laborales. El art. 15 de la Ley 10/2021 trata de tal ámbito, y en mayor detalle el art. 16 concreta la evaluación de riesgos laborales. Este elemento será fundamental, pues parece que las líneas que se aprueban comportan que la Administración deberá comprobar las condiciones de trabajo del domicilio, así como facilitar la mesa, la silla adecuada y algunos elementos más. Sin duda, además, ello supondrá una reconfiguración de la figura del técnico de prevención de riesgos laborales en el ámbito público.
- Los derechos colectivos, un elemento básico de la relación laboral. Así, el art. 19 de la Ley 10/2021, bajo el frontispicio de “derechos colectivos de las personas que trabajan a distancia”. Esta regulación podría ser aplicable a la Administración pública, pero ante la ausencia de regulación en el art. 47 bis EBEP, corresponderá a cada entidad pública aplicar o modular estos derechos.

Las organizaciones sindicales –aunque no todas–, sin embargo, en un cierto afán de generalizar el teletrabajo a nivel de cada Administración, no han parecido tener en cuenta el progresivo desapego que supone el trabajo a domicilio en relación con el sindicalismo, lo que acredita la bajísima tasa de participación en elecciones sindicales en entidades públicas donde la prestación de servicios es de algunas horas en determinados días a la semana, como sucede entre el profesorado de las universidades.

Nos parece muy interesante el análisis que sobre tales riesgos el sindicato CCOO formuló en su documento de mayo de 2020, y que incide en las siguientes referencias (FSC-CCOO, 2020, 3-4):

- a) El teletrabajo, si es continuado, impide la intervención sindical cotidiana, y por lo tanto puede suponer una pérdida de influencia para el sindicalismo de clase. En aquellos espacios donde no hay intervención sindical las condiciones de trabajo del personal se deterioran. Es lo que se ha denominado la puesta en riesgo de las relaciones de empleo (Molina *et al.*, 2021: 68).
- b) El teletrabajo, si no es amparado por un ámbito de negociación colectiva, favorece la individualización de las relaciones de producción, y por tanto consolida las premisas neoliberales de mercados de trabajo desregulados.
- c) El teletrabajo puede acabar derivando en fórmulas de trabajo autónomo, puede facilitar procesos de externalización o privatización, y por lo tanto favorecer la precarización, en aquellos ámbitos donde la

negociación colectiva sea muy débil o donde la correlación de fuerzas sea muy desfavorable para la parte social. Y en caso de no llegar a esta situación, se acentúa un control del trabajo en base al modelo de “gestión resultadista”, donde la productividad es eje central, con la conversión de los empleados en corresponsables de la justificación del trabajo (Molina *et al.*, 2021: 68).

- d) El teletrabajo tendrá una doble relevancia: una por el porcentaje dentro del mercado de trabajo que adquirirá como modalidad de prestación laboral, y –la más importante– su distorsión del concepto “centro de trabajo” y del carácter sociosindical del mismo, que plantea un reto adicional para la acción sindical y para la protección de los derechos de las personas trabajadoras. Por ello, su regulación no puede limitarse a una materia adicional de la negociación, sino que debe ser nuclear de la misma.
- e) El teletrabajo puede significar para las mujeres una vuelta al hogar, con el aislamiento del mundo laboral y de la sociedad, o la vuelta al trabajo precario, al no prever medidas de igualdad, o el definitivo aislamiento de quien sufre violencia de género.
- f) Finalmente –aunque no mencionado en el referido informe–, un descontrol sobre la jornada, tal como plantean los autores antes citados (Molina *et al.*, 2021) cuando señalan que acontece un aislamiento de los trabajadores, una mayor dificultad de la organización colectiva y sindical, un pretexto de las entidades para deshacerse de costes fijos no solo en oficinas, sino también en gastos de personal, y externalizar el trabajo, de tal manera que se extienda la “plataformización”, pero también graves problemas de desconexión digital.

Estas consideraciones, formuladas al inicio mismo de la pandemia de 2020 y en 2021, se mantienen –a nuestro juicio– en el momento presente, y la Ley 10/2021 y el art. 47 bis EBEP difícilmente podrán revertirlas en positivo: “Ante la desvirtuación del centro de trabajo debemos salvaguardar la capacidad de la acción sindical, ante el riesgo a la individualización de la relación laboral, la invisibilidad del colectivo en teletrabajo y la pérdida de conciencia de colectivo, estableciendo las herramientas que garanticen la acción sindical y la negociación colectiva en igualdad, la comunicación con el colectivo en teletrabajo, su información y participación en la representación colectiva sindical y su elección, al igual que en las decisiones de la propia negociación colectiva” (FSP-CCOO, 2020, 5). En este sentido, frente al art. 47 bis EBEP, la Ley 10/2021 lleva a cabo por vez primera una regulación específica de los derechos colectivos, pero con un largo recorrido que, en el ámbito público, puede ser más complejo (Pastor Martínez, 2021).

6

Dificultades del teletrabajo en la Administración pública versus el desarrollo del sector privado

Nos parece muy interesante el elemento que ha sido denominado “resiliencia y continuidad en la prestación de los servicios públicos”, que es un eje fundamental que debería tenerse en cuenta en la interpretación del art. 47 bis EBEP y su desarrollo, y que afecta a la Administración y a sus empleados. Frente a ello, muchas entidades privadas tienen bien controladas estas cuestiones, en la resiliencia y continuidad en la prestación de servicios privados.

En este sentido, la doctrina ha planteado el incremento de riesgos, aunque ya existían en el trabajo presencial. Sin embargo, los riesgos para la seguridad en un centro público presencial guardan un contorno muy diferente al del riesgo que puede sufrir el ordenador de un funcionario o trabajador en su domicilio.

Los ejemplos que hemos consultado nos parecen de gran interés. El Centro Nacional de Inteligencia (CNI) alertó que el paso de un día para otro al teletrabajo para las instituciones públicas, en marzo de 2020, obligó a abrir “las puertas” sin haber evaluado los riesgos ni la existencia de medidas técnicas y organizativas mínimas para reducir al máximo el peligro en materia de seguridad y privacidad.

Ello acontece también en el sector privado, pero es evidente en el público. Así, durante 2020, veinte servidores de ayuntamientos catalanes fueron atacados, y fue paralizada toda su actividad. A partir de un ciberataque se paralizan e infectan los servidores locales, se secuestran para solicitar un rescate monetario, se amenaza con divulgar o vender datos privados; entre los atacados también están hospitales públicos y universidades, y por extensión, sus empleados. La paralización del Servicio de Empleo Estatal en 2021³¹ o la de la Universidad Autónoma de Barcelona también en 2021 son otros buenos ejemplos, con un coste económico inasumible por el ente universitario y que estuvo a cargo del Gobierno catalán³². En el ámbito público, en 2020 se

31. El ataque informático al SEPE paralizó su actividad precisamente cuando mayor necesidad del servicio se tenía, en tramitación de ERTE, perjudicando claramente a los ciudadanos afectados. El ataque tuvo origen en un *ransomware*, un estilo de ataque que ya ha afectado a otras organizaciones y empresas nacionales y que compromete los sistemas informáticos. El resultado fue que el SEPE perdió miles de solicitudes de ERTE y otras solicitudes de desempleo, hasta el punto de que en una provincia española se perdieron todas las solicitudes de desempleo y todos los ERTE entre el 4 y el 9 de marzo. El ataque aconteció el 9 de marzo y se tardó más de dos semanas en poder iniciar la recuperación, imposibilitando el pago de nóminas.

32. El Gobierno catalán acordó transferir a la Universidad una ayuda de 3,5 millones de euros con el fin de poder recuperar la normalidad tras el ciberataque que sufrió el 11 de octubre

registraron 82 530 incidentes de ciberseguridad, y en 2021, 69 202. De ellos, más de la mitad afectaron a las Administraciones regionales o locales, que en 2021 sufrían el triple de ataques que en 2016 (39 483 por 11 991), según datos del Ministerio de Defensa, que reflejan que el peor momento para estos organismos fue la pandemia (43 091 incidentes en 2020)³³.

El Centro Criptológico Nacional, dependiente del CNI, señala que el aumento del uso de soluciones en la nube, conexiones VPN, servicios de escritorio remoto virtual VDI, redes de confianza cero y gestión de identidades, servicios y tecnologías para el acceso remoto, herramientas colaborativas, aplicaciones de videoconferencia, etc., generará que los ataques a estos entornos, en especial a los sistemas públicamente expuestos, sigan creciendo. Así, el CNI indicó, en abril de 2022, que la sanidad pública española había recibido en casi cuatro meses un total de cuarenta ciberataques “muy peligrosos” (128, en todo 2021). El número total de incidentes detectados en el sistema público español en 2021 y los tres primeros meses de 2022 ascendió a 3393³⁴.

Ello conlleva, en la práctica, cuestiones no menores en cuanto a las obligaciones de los empleados públicos. La norma presume que el teletrabajo se prestará siempre desde el mismo lugar –por lo general, la vivienda habitual–, lo cual se ha demostrado claramente falso.

Debería, por ello y en teoría, comunicarse a la Administración cualquier variación del lugar en donde se teletrabaja, a fin de proteger la seguridad y la privacidad de los datos, pues el desarrollo de la actividad fuera del centro de trabajo público requiere unas licencias y permisos tecnológicos asociados a un dispositivo y una localización geográfica concreta (Expósito Gázquez, 2021: 125), lo cual implica –imprescindible medida– que los empleados públicos reciban formación y herramientas adecuadas para proteger los sistemas de las ciberamenazas, y un protocolo de actuación caso de ciberataque (Moro Cordero, 2021: 87 y ss.). Una formación que es vital en doble sentido: para poder seguir avanzando en la carrera profesional con las mismas oportunidades que el resto de empleados públicos presenciales, y el correcto desempeño

de 2021, que dejó fuera de servicio un total de 1200 servidores, 10 000 ordenadores, y afectó a más de 50 000 usuarios. Además, el Departamento de Investigación y Universidades aportó 300 000 euros para completar los 3,79 millones de euros que necesitaba la universidad para hacer frente a las investigaciones tecnológicas necesarias para garantizar la seguridad e integridad de sus sistemas informáticos.

33. Vid. Segura (2022).

34. Declaraciones de Luis Jiménez, Director del Centro Criptológico Nacional, en el foro “Salud digital y ciberseguridad sanitaria”, organizado por la Fundación España Salud.

https://www.elespanol.com/invertia/observatorios/sanidad/20220422/alerta-cni-sanidad-publica-espanola-ciberataques-peligrosidad/666683412_0.html.

del trabajo a distancia para no incurrir en faltas disciplinarias y errores que supongan riesgos para la entidad pública (Álvarez Cuesta, 2020: 183).

7

Paradigmas enfrentados: el debate y la realidad en el sector privado y en la Administración pública

Uno de los elementos repetidos es el de localizar y fijar las ventajas e inconvenientes del uso del teletrabajo –o del trabajo a distancia, en un sentido más amplio–.

Sin embargo, los diferentes documentos consultados adolecen casi siempre de optar por una perspectiva privada y, aún más, un contraste de paradigmas, en donde las ventajas para la empresa no se trasladan a la Administración en términos generales, pero sí los inconvenientes, en tanto que las ventajas e inconvenientes de los empleados sí pueden ser bastantes similares.

Si tomamos como referencia el documento del Grupo de Psicología del Trabajo del Colegio Oficial de Psicología de Castilla y León de 2020 (Consuelo Cuenca, 2020), nos permite visualizar –como uno más de los documentos que han analizado la cuestión– este paradigma contradictorio. Así, podemos listar la siguiente relación de “ventajas para la empresa” y su hipotética extensión a la Administración:

1. Menor infraestructura.
2. Reducción de costos fijos.
3. Mayor productividad ante un trabajo por objetivos preestablecidos.
4. Reducción del absentismo.
5. Acceso a nueva fuerza de trabajo desde diferentes lugares.
6. Eliminación de control horario.
7. Atracción y retención de talento.
8. Incremento de la conciencia ambiental con el uso de las TIC.
9. Apertura del mercado laboral para nuevos profesionales.
10. Potenciación de nuevas formas de negocio, como el *telemarketing*, tele compra, telemedicina o teleinformación.

Si analizamos esta relación, podemos destacar que, de estos diez elementos, muy pocos pueden favorecer a la Administración pública, a nuestro juicio. En concreto:

1. La reducción de infraestructuras es escasamente viable a corto o medio plazo en la Administración, y también la reducción de costes fijos. Las instalaciones quizá, a largo plazo, puedan reutilizarse o venderse, pero en general muchas Administraciones no podrán obtener grandes

- ventajas de los puntos 1 y 2. No obstante, en 2022 el Estado sí ha considerado que puede reducir costes propios en su Acuerdo de mayo, si bien parece que trasladando tal coste a los empleados en su domicilio.
2. Los puntos 3 y 4 son dos de las grandes dificultades del sector público, caballo de batalla de las reformas legislativas, que no han obtenido gran repercusión.
 3. El acceso de fuerza de trabajo desde diferentes lugares es incompatible, en gran medida, con el estatuto funcional y laboral, en que en todo caso el Real Decreto-ley 29/2020 requerirá que determinados días sean de trabajo presencial, si seguimos el ejemplo del Acuerdo del Estado de abril de 2020, que como máximo fija tres días a la semana de trabajo a distancia, criterio mantenido en 2022, para reducir costes. Por lo demás, acceder a fuerza de trabajo lejos de los centros de la Administración no es, en la gran mayoría de los supuestos, un objetivo que aporte un plus a la actividad de la Administración, salvo en ámbitos muy concretos.
 4. La eliminación del control horario es especialmente relativa en la Administración, cuando precisamente el absentismo es uno de los males que sufren muchas entidades, por lo que es complejo, en términos generales, que esta eliminación sea un beneficio *per se* para la Administración.

De hecho, no puede desecharse la realidad de que con el teletrabajo la Administración podría alcanzar un “control cuasi absoluto”, que si posiblemente es factible en el ámbito privado –y con matices– se nos antoja complejo en el público, si bien es cierto que, con la actual tecnología, es fácil no solo rastrear, sino incluso controlar los datos masivos generados por el empleado público, “dejando a quien teletrabaja en situación de completa ‘transparencia’, no solo respecto a su labor, sino a su personalidad íntima” (Álvarez Cuesta, 2020: 188).

5. La atracción y retención de talento en la Administración gira en torno a ejes distintos al sector privado. No afirmamos que sean completamente diferentes, pero cierto es que el acceso a la Administración se basa en elementos distintos a los que pueden prevalecer en el acceso al empleo privado, y en cuanto a la retención, esta adolecerá en el futuro de los mismos problemas precisamente entre el personal más cualificado, que si acaso pasa al sector privado es por las mayores retribuciones o el mayor margen de carrera, y no por un trabajo a distancia en su domicilio. Este trabajo a distancia quizá favorezca a los niveles profesionales de los grupos inferiores, y quizá también al

trabajo femenino, lo cual no parece tampoco una opción acorde con los actuales tiempos.

6. Las ventajas en favor de nuevas formas de negocio son de compleja traslación a la Administración. Al contrario, los ejemplos mencionados por los documentos consultados no parecen los más necesarios, y precisamente algunas de las funciones que quizá sí podrían ser interesantes en muchas Administraciones han sido externalizadas, como los denominados *call centers* o teléfonos de atención al ciudadano, contribuyente, emergencias o asistencia médica.

Por el contrario, si se fijan en cuatro las principales desventajas (Consuelo Cuenca, 2020: 5-6) para la “empresa” privada, podemos observar que el modelo se traslada, aquí sí, a la Administración: riesgo de pérdida del sentido de cultura de la entidad, riesgo en el control de la calidad y dificultades de supervisión y control de la relación con la ciudadanía, la problemática aplicación de la normativa de riesgos laborales, y finalmente la inversión económica en TIC, que en este supuesto sí puede ser muy significativa, al partir muchísimas Administraciones de niveles muy inferiores al sector privado. Una exhaustiva relación puede localizarse en Santillán Marroquín (2020: 71-75), con muchas ventajas para trabajadores, empresarios y empresas, al igual que beneficios generales y también para la sociedad, así como un listado de desventajas tampoco nada menor.

En cuanto a las ventajas y desventajas de los empleados, estas pueden ser muy similares en el sector privado y en el público, aunque no son miméticas. En concreto, y entre otros, en el primer grupo, la mayor independencia personal, la reducción de gastos en desplazamientos, el manejo personal del tiempo de trabajo y el tiempo libre, la flexibilidad espacio-temporal, la reducción del estrés laboral, el mantenimiento de iguales derechos que los trabajadores presenciales, la conciliación familiar-laboral y la posibilidad de vivir en zonas rurales o aisladas.

En cambio, las desventajas pueden ser casi exactamente las mismas: reducción de la socialización y de la interacción con compañeros, sensación de pérdida de identidad con el sector público e interferencia en la vida laboral ante el desequilibrio de reparto de responsabilidades domésticas y familiares, desapego o desconexión con la vida sindical. Acaso uno de los elementos que se considera una desventaja para el trabajador privado no se traslada al público: la posible reducción en las normas de seguridad ocupacional.

En este último sentido, es cierto que, frente a los riesgos de deslocalización, contratos temporales, subcontratación, contratos mercantiles u otras formas de huida de la protección que otorga el derecho del trabajo, en el ámbito de la Administración, el requisito de la condición de funcionario o personal

laboral supone que la debilidad señalada para el sector privado sea muchísimo menor en el público, o cuando menos, muy mitigada.

A ello debemos añadir un elemento que quizá no es tan visible en el ámbito privado: las consecuencias negativas en la economía productiva de pequeños y medianos autónomos.

A nadie se le escapa que hay localidades o provincias en que una parte significativa de sus empleados son públicos. El caso de Madrid es significativo, pero también otras zonas del territorio español, en las capitales o grandes o medianas ciudades de la “España vaciada”. Estos empleados generan unos gastos en los centros de las ciudades que pueden desaparecer. Los datos en EE. UU. destacan que, dado que muchos teletrabajadores son los mejor pagados, en el centro de muchas ciudades el descenso de gasto diario en bares, restaurantes y otros establecimientos puede ser del 50 por ciento, lo que puede suponer un declive a largo plazo del centro de estas ciudades.

Por ello, creemos que la aplicación de la Ley 10/2021 y del Real Decreto-ley 29/2020 debe basarse en elementos forzosamente distintos, pues el cuadro de ventajas y perjuicios para las dos partes es en gran medida diferente también. No se daría, así, *prima facie*, desde una perspectiva económica y laboral, que el teletrabajo es “una modalidad flexible” que “plantea resultados positivos para patronos y trabajadores” (Consuelo Cuenca, 2020: 6). Más bien, podemos deducir que la reducción de costes no se producirá, al contrario, en un primer momento, y que la necesidad de mantener las instalaciones abiertas al ciudadano, el trabajo presencial, aunque sea dos o tres días a la semana, y otras circunstancias propias del servicio público, sitúan a la gran mayoría de las Administraciones en un paradigma alejado del sector privado.

Ello nos lleva a las denominadas “barreras” de la implantación del art. 47 bis EBEP y de los reglamentos que lo desarrollen.

El listado es amplio y es fruto del escaso recorrido que con anterioridad a 2020 había tenido el teletrabajo en la Administración pública, pese a que estaba reconocido, incluso en sede judicial³⁵. Las preguntas que se formulan por parte de algunos analistas inciden especialmente en el “cambio cultural” que requiere, y el art. 47 bis EBEP poco o nada aporta al respecto, de ahí que cualquier desarrollo, teniendo en cuenta el sector privado, deberá hacer frente a las dudas sobre la carrera profesional, los costes, el control de la Administración sobre el trabajo, la forma de interacción con los órganos directivos, los puestos que no puedan adaptarse al teletrabajo, la definición futura de los puestos en las RPT, entre otros elementos.

35. Vid. STSJ de Castilla-La Mancha 537/2017, de 29 de diciembre de 2018, FJ 4.º.

Otro elemento a tener en cuenta es lo que se ha denominado “el perfil de los empleados”. Esta descripción ya se localizaba en documentos académicos de hace dos décadas y resaltaba que el teletrabajo se escindía en dos perfiles: el “teletrabajo no cualificado” y el “cualificado”. Aunque Belzunegui Eraso (2001: 83) lo planteaba para el sector privado, lo cierto es que esta lógica puede trasladarse, en la tercera década del siglo XXI, al público, quebrando algunos principios que la Administración había superado.

Así, Belzunegui Eraso, a principios del presente siglo, señalaba que el teletrabajo no cualificado recaía en mujeres, en tareas rutinarias –como sería la atención telefónica–, los puestos de escasa remuneración, la introducción de trabajo por objetivos y la ausencia de sindicación. Por el contrario, en el trabajo cualificado, el predominio se daría en hombres, en tareas de programación, análisis, diseño, traducción, en los intervalos más elevados de remuneración, con horarios más flexibles, trabajo por objetivos con gran autonomía y una progresiva ausencia de sindicalización. La cuestión clave es si pasados veinte años la conclusión es la misma.

8

A modo de conclusión

Hay dos elementos fundamentales a tener en cuenta y que deben resaltarse en cualquier estudio. Es importante, previamente, valorar los resultados de los dos primeros años de teletrabajo bajo la pandemia.

Los datos parecen claros sobre que las grandes empresas implantaron el teletrabajo, a partir de marzo de 2020, en porcentajes que alcanzaron el 94 por ciento, que disminuyó a un nada despreciable 72 por ciento en las pequeñas y medianas empresas. Los cálculos *ad futurum* sitúan el teletrabajo en el 18 por ciento en las microempresas, y señalan la reubicación de los dos primeros tipos de empresas en cifras más bajas: el 50 por ciento en las grandes empresas y el 36 por ciento en las pymes. De hecho, en 2022, las cifras van claramente a la baja, en un retroceso muy significativo.

Por su parte, la Administración pública calcula que, tras la pandemia, el porcentaje de teletrabajadores públicos será de algo más de la mitad, el 55 por ciento, frente a algo más del 91 por ciento que se alcanzó entre marzo-diciembre de 2020, bajo el periodo más crítico de la pandemia³⁶.

36. Datos extraídos del Informe de Vodafone, un resumen del cual se puede localizar en *La Vanguardia* del 21 de abril de 2021.

En primer término, la normativa de 2020 fue fruto de la necesidad, y no de la reflexión previa a largo plazo. Los dos reales decretos leyes nacieron en el contexto de la pandemia del COVID-19, y la Ley 10/2021, en cierta medida, es un trámite parlamentario de uno de ellos, más que una norma novedosa. Posiblemente, nada de lo que pueda decirse sobre el futuro del trabajo a distancia y el teletrabajo en el mundo privado y público en la actualidad (2022-2023) se concretará en el futuro, o las derivadas serán muy diversas, por ciudades, regiones, áreas específicas e incluso países.

Las predicciones a medio y largo plazo acostumbra a errar casi siempre, y más aún en un mundo en que el cambio en el ámbito de las TIC es constante; además, la realidad de Barcelona y Madrid no será idéntica a la de las zonas de la “España vacía”, ni la de España será idéntica a la de países que, por su extensión territorial, quizá opten mucho más por el teletrabajo, como Canadá o Australia. De hecho, compartimos el criterio de Cabrera Domínguez (2020: 32) cuando afirma que el teletrabajo obligatorio bajo la pandemia no ha sido “verdadero teletrabajo”, sino una “adaptación forzada a una realidad que nos ha obligado a hacer lo mismo de siempre” (Boltaina y Fuentes, 2022).

Es difícil aventurar si habrá un cambio de paradigma o si finalmente, como en otras tantas experiencias, el tiempo resituará lo que para muchos era una realidad llegada a quedarse –un futuro de “teletrabajo”, incluso en la Administración–; algunos autores norteamericanos consideran que el teletrabajo será una parte importante de la economía pos-COVID, pero planteando una reversión del teletrabajo creciente en torno a 2022/2023 –lo que ha así ha sido en la práctica en algunos ámbitos productivos españoles–, y alertando sobre los posibles inconvenientes, también en el ámbito económico: no todos los trabajadores serán candidatos al teletrabajo, y pervivirán la falta de instalaciones y condiciones para teletrabajar en el domicilio y el desequilibrio del teletrabajo en favor de los empleados con mayor formación y nivel, lo que llevará, posiblemente, a “la existencia de una bomba de tiempo de desigualdad” (Bloom, 2021).

En segundo lugar, sin duda el teletrabajo experimentará, tras la pandemia, una reubicación, pero es imposible determinar en qué porcentaje. Y aún más, creemos que los modelos privados no nos orientarán sobre lo que acontecerá en el sector público. Si bien la diferencia normativa entre la Ley 10/2021 y el art. 47 bis EBEP es constatable, posiblemente las normas que se aprueben en desarrollo del precepto del Estatuto Básico deberán rescribirse, como quizá también el desarrollo de los convenios colectivos del sector privado.

No nos parece que sea sostenible en el tiempo el art. 47 bis EBEP si las comunidades autónomas no llevan a cabo un desarrollo normativo. Son miles las entidades públicas –especialmente, las locales– que carecen de represen-

tantes de los trabajadores y funcionarios, y los acuerdos que se firmarán por entidades municipalistas y sindicatos tendrán grandes dificultades para aplicarse, por cuanto la diferencia de soporte informático y digitalización en los miles de municipios españoles es abismal entre unos y otros.

El Real Decreto-ley 28/2020 en primer término, y luego la actual Ley 10/2021, han llevado a cabo una regulación extensa, y parece que hay acuerdo en que es completa o, cuando menos, acertadamente amplia, frente al marco normativo reducido del art. 47 bis EBEP, que ha supuesto concluir que se trata de un régimen insuficiente, con ausencia de mayores garantías de las ya preexistentes antes de la vigencia de este precepto (Expósito Gázquez, 2021: 132). Y aunque la Ley 10/2021 puede ser desarrollada por convenio colectivo, el art. 47 *bis* EBEP deja prácticamente en blanco la hoja, que debe escribirse desde casi cero.

No negaremos, como corolario final, que frente al teletrabajo, y aún más en el sector público, se han expresado opiniones distintas y distantes, posiblemente porque su implantación en 2020 y 2021 fue forzosa y en un contexto, además, desagradable y profundamente incómodo, como era el de la pandemia. Cuestión distinta es ya en 2022 y posiblemente en los años venideros, si es que la situación sanitaria se normaliza.

En el futuro –un futuro que quizá ya es presente al término de redactar estas líneas a mediados de 2022– será difícil olvidar que, para muchos empleados públicos, el primer contacto con el teletrabajo aconteció en marzo de 2020 y fue bajo un estado de alarma que por segunda vez en la historia de la democracia española se aprobó, pero con una dimensión diametralmente opuesta a la del 3 de diciembre de 2010, en que el Gobierno lo declaró por un problema de seguridad aérea, cuando hubo una huelga fraudulenta por parte de los controladores aéreos.

Voces a favor son mayoritarias, y así lo recogen muchos documentos. Como afirma Almonacid Lamelas (2020): “nos guste o no, es innegable que la posibilidad de trabajar a distancia existe, es legal, es tecnológicamente viable, y sólo quedaría analizar si es mejor”, a lo que responde afirmativamente.

Por contra, hemos mostrado también nuestro escepticismo entre otros autores, dada la evolución de los textos normativos aprobados desde marzo de 2020 que se han hecho públicos y que, en no pocas ocasiones, ponen la incidencia más en los derechos de los empleados que en los de los ciudadanos³⁷. Prueba de ello es la encuesta llevada a cabo por Molina *et al.* (2021: 65), en donde se demuestra que durante el confinamiento el teletrabajo fue un campo libre al descontrol: algo más del 25 por ciento de los trabajadores

37. *Vid.* Boltaina Bosch (2020a). También en Cabrera Domínguez (2020).

decían ser objeto de algún tipo de control de su productividad, solo el 6 por ciento realizaban un registro horario –pese a su obligatoriedad– y el 15 por ciento afirmaban no rendir cuentas de ningún tipo. Solo las evaluaciones de resultados y objetivos parecieron ser los elementos fundamentales para seguir un control del desempeño laboral.

Por ello, nos parece razonable entender, siguiendo precisamente el esquema que formula Roqueta Buj (2022), que la Administración pública debe incidir en algunos elementos para corregir los problemas y dificultades que el teletrabajo ha comportado en el sector público, quizá por una cierta indolencia o bien por la dificultad de su negociación y, en último extremo, la dificultad también de imponer criterios que son rechazados por las organizaciones sindicales o los mismos empleados.

En concreto, consideramos que las normas o reglamentos que regulen el teletrabajo deben asumir y trasladar a los empleados públicos, a los puestos de jefatura y a los directivos las siguientes consideraciones:

- a) que se trata de un trabajo condicionado a las necesidades del servicio y no a la unilateral opinión de cada afectado;
- b) que el modelo híbrido o mixto es imprescindible, pero también que determinados puestos –muchos o pocos– nunca podrán acceder al teletrabajo porque el servicio público requiere la presencialidad;
- c) que la autorización final del teletrabajo corresponde a la Administración y no a comisiones paritarias en las que haya participación sindical;
- d) la voluntariedad del teletrabajo y su reversibilidad por ambas partes, salvo supuestos excepcionalmente justificados;
- e) que siempre y en todo caso el teletrabajo debe contribuir a una mejor organización del trabajo a través de la identificación de objetivos y la evaluación de su cumplimiento; y
- f) que deberán respetarse los derechos individuales y colectivos de los trabajadores cuando teletrabajen, pero también deberá exigirse el cumplimiento de deberes.

En todo caso, sea cual sea la opinión inicial que pueda tenerse, deberá pasar un tiempo significativo para conocer si el resultado aplicativo en el sector privado y público será parejo o irán progresivamente distanciándose, y, sobre todo, si los servicios públicos aumentarán o mantendrán su calidad, o acontecerá un debilitamiento al prevalecer los derechos sobre la organización de estos servicios. Tal como afirmó Jiménez Asensio (2021: 27), de la articulación de las tres piezas del modelo (organización, regulación normativa y gestión) “dependerá el éxito o fracaso del empeño, y, en consecuencia, que el teletrabajo en la Administración tenga larga vida

o existencia efímera o adjetiva”, pudiendo ser una salida al paso, una nueva gratificación indirecta para los empleados públicos, una pérdida de derechos de los ciudadanos o un equilibrio entre todo ello. Lo cierto es que, al cierre de la redacción de este documento, los autores observan unas tendencias en donde no siempre el servicio público prevalece y se detectan también pérdidas en la calidad de la prestación del servicio presencial, siguiendo la frase de la profesora Ayala del Pino (2022), en el sentido de que el “trabajo a distancia no es la panacea”, especialmente para la ciudadanía que se relaciona con Hacienda, la Seguridad Social, su ayuntamiento, la Administración del Estado, su comunidad autónoma u otras entidades públicas.

9

Bibliografía

- Almonacid Lamelas, V. (2020). El teletrabajo en la Administración: horas eficientes versus horas de sillón. *COSITAL Cáceres*, 27-1-2020. Disponible en: <https://www.cositacaceres.org/el-teletrabajo-en-la-administracion-horas-eficientes-versus-horas-de-sillon>.
- Álvarez Cuesta, H. (2020). Del recurso al teletrabajo como medida de emergencia al futuro del trabajo a distancia. *Lan Harremanak*, 43, 175-201.
- Álvarez Ruiz, A. (2012). La introducción del teletrabajo en la Administración General del Estado. *Sociología del Trabajo*, nueva época, 75, 73-92.
- Aparisi, M.^a C. (2016). Los Consorcios locales tras la LRSAL y la determinación de sus regímenes financiero y contable. *ElDerecho.com*, 28-11-2016. Disponible en: <https://elderecho.com/los-consorcios-locales-tras-la-lrsal-y-la-determinacion-de-sus-regimenes-financiero-y-contable>.
- Atienza Macías, E. y Rodríguez Ayuso, J. F. (2021). Prólogo. En E. Atienza Macías y J. F. Rodríguez Ayuso (dirs.). *El nuevo marco legal del teletrabajo en España*. Barcelona: Bosch-Wolters Kluwer.
- Ayala del Pino, C. (2022). La nueva regulación del trabajo a distancia no es la panacea. *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, LV, 115-140.
- Bejerano, P. G. (2021). Las deficiencias en telemedicina en la sanidad pública que ha destapado la pandemia. *El País*, 9-3-2021. Disponible en: <https://elpais.com/tecnologia/2021-03-08/las-deficiencias-en-telemedicina-en-la-sanidad-publica-que-ha-destapado-la-pandemia.html>.

- Belzunegui Eraso, Á. (2001). El teletreball, una nova lògica organitzativa? *Revista Catalana de Sociologia*, 15, 69-86.
- Bloom, N. A. (2021). Cómo el teletrabajo cambiará el centro de las ciudades (y sus ascensores). *La Vanguardia*, 6-5-2021. Disponible en: <https://www.lavanguardia.com/internacional/vanguardia-dossier/revista/20210506/7310742/como-teletrabajo-cambiara-centro-ciudades-ascensores.html>.
- Boltaina Bosch, X. (2020a). Zonas oscuras del teletrabajo en la Administración local: ¿por qué no funciona y qué debemos mejorar? *El Consultor de los Ayuntamientos*, especial diciembre 2020, 37-55.
- (2020b): Función Pública Local, riesgos laborales y Covid-19: una regulación para lo imprevisto. *La Administración Práctica: enciclopedia de administración municipal*, 6, 101-112.
- Boltaina i Bosch, X. y Fuentes i Gasó, J. R. (2022). La regulación del teletrabajo para el personal de las Administraciones públicas (Real Decreto-ley 28/2020): elementos comunes, singulares y ausentes en relación a la regulación del teletrabajo para los trabajadores del sector privado (Real Decreto-ley 29/2020). En Á. Belzunegui-Eraso, A. Erro-Garcés, J. R. M. Fuentes-Gasó, I. Pastor-Gosálbez y A. Romero Burillo. *El teletrabajo en las Administraciones Públicas. Presente y claves para el futuro* (pp. 303-333). Madrid: INAP.
- Borràs Català, V. y Moreno Colom, S. (2021). La crisis de la covid-19 y su impacto en los trabajos: ¿Una oportunidad perdida? *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, 7, 187-209.
- Cabrera Domínguez, J. M.^a (2020). El año que tele(trabajamos) peligrosamente. Debilidades y fortalezas del teletrabajo desde la experiencia en dos entidades locales. *El Consultor de los Ayuntamientos*, especial diciembre 2020, 30-36.
- CCOO. (2020). *Orientacions per a la regulació del teletreball en la negociació col·lectiva*. Disponible en: https://www.ccoo.cat/pdf_documents/2020/guia_teletreball_negociacio_collectiva.pdf.
- Consuelo Cuenca, M.^a del C. (2020). Contextualización del teletrabajo. *Grupo de Psicología del Trabajo. Colegio Oficial de Psicología de Castilla y León*, 15-4-2020. Disponible en: <https://www.copcyl.es/wp-content/uploads/2020/04/15-04-2020-articulo-teletrabajo-Consuelo.pdf>.
- Expósito Gázquez, A. (2021). El marco normativo del teletrabajo en el empleo público. *RE-ALA*, 16, 118-133.
- (2022). Los derechos digitales del personal empleado público: ¿realidad plausible o utopía imposible? *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 22, 156-169.

- Federación de Servicios a la Ciudadanía de CCOO. (2020). *El teletrabajo: perspectiva sindical de FSC-CCOO*. Madrid: Federación de Servicios a la Ciudadanía de CCOO. Disponible en: <https://fsc.ccoo.es/b55170264054b2c6630f76ad86d7376a000050.pdf>.
- Jiménez Asensio, R. (2021). El marco regulador del teletrabajo en la Administración pública y en las entidades de su sector público. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 4, 18-39.
- Martín Castaño, R. (2020). Teledirección. Trabajo a distancia de las personas directivas. *El Consultor de los Ayuntamientos*, especial diciembre 2020, 78-90.
- Molina Romo, O., Godino Pons, A. y Molina Serrano, A. (2021). El control del teletrabajo en tiempos de Covid-19. *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, 7, 57-70.
- Moll Noguera, R. (2022). El teletrabajo en la Administración pública. Un análisis crítico de la regulación en la Administración General del Estado. *Temas Laborales*, 162, 183-216.
- Moro Cordero, M. A. (2021). Seguridad y protección de datos (también) en el teletrabajo. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 4, 76-91.
- Pastor Martínez, A. (2021). Trabajo a distancia y derechos colectivos en el Real Decreto-ley 28/2020 de trabajo a distancia. *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, 7, 101-121.
- Phillips, A. (2022). ¿Procrastinas? Es culpa del teletrabajo. *La Vanguardia*, 2-7-2022. Disponible en: <http://hemeroteca.lavanguardia.com/preview/2022/07/02/pagina-24/453916169/pdf.html?search=procrastinas>.
- Roqueta Buj, R. (2022). *Derecho del empleo público*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Segura, P. (2022). El teletrabajo dispara el riesgo de sufrir un ciberataque en España. *El País*, 28-5-2022. Disponible en: <https://elpais.com/espana/2022-05-28/el-teletrabajo-dispara-el-riesgo-de-sufrir-un-ciberataque-en-espana.html>.
- Santillán Marroquín, W. (2020). El teletrabajo en el COVID-19. *CienciAmérica*, 9 (2), 65-76.
- Villalba Sánchez, A. (2017). El teletrabajo en las Administraciones públicas. *Lan Harremanak*, 36, 216-246.