

DIGITALIZACIÓN E INNOVACIÓN TECNOLÓGICA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: LA NECESARIA REDEFINICIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS*

INMACULADA MARÍN ALONSO

Profesora Titular Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Sevilla

EXTRACTO

PALABRAS CLAVE: digitalización; innovación tecnológica; derechos de los empleados públicos; Administración Pública

La innovación tecnológica y la digitalización de la Administración Pública plantean numerosos interrogantes sobre el futuro inmediato del empleo público y sobre la necesidad de redefinir o actualizar los derechos y condiciones de trabajo de los empleados públicos. Esto último puede abordarse desde tres perspectivas principales: en primer lugar, desde la organización interna de la AAPP en materia de recursos humanos; en segundo lugar, desde las condiciones de trabajo más vulnerables a la invasión tecnológica como el derecho al descanso -llamado "derecho a la desconexión digital" y el derecho a la protección de la salud de los empleados públicos frente a riesgos emergentes y, por último, respecto a la delimitación de la naturaleza y alcance del poder de dirección de la Administración Pública frente a la posible vulneración de determinados derechos fundamentales de los empleados públicos. Todas estas perspectivas revelan la necesidad de una reforma en profundidad del estatuto del empleado público o, al menos, del establecimiento de reglas legales y convencionales precisas que delimiten el mismo.

ABSTRACT

KEY WORDS: digitalisation; technological innovation; rights of public employees; public administration

Technological innovation and the digitization of public administration raise many questions about the immediate future of public employment and the need to redefine or update the rights and working conditions of public employees. The latter can be addressed from three main perspectives: first, from the internal organization of the Public Administration in terms of human resources; second, from the working conditions that are most vulnerable to technological invasion such as the right to rest -called "right to digital disconnection" and the right to health protection of public employees against emerging risks; and finally, from the delimitation of the nature and scope of the managerial power of the Public Administration against the possible violation of certain fundamental rights of public employees. All these perspectives reveal the need for a thorough reform of the statute of public employees or, at least, the establishment of precise legal and conventional rules that delimit it.

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de titulado "Investigación Desarrollo tecnológico, cambio socio-laboral y trabajo sostenible", Programa Estatal de Generación de conocimiento y fortalecimiento científico y tecnológico del sistema de I+D+I, PGC2018-095263-B-I00.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL IMPACTO DE LA DIGITALIZACIÓN Y LAS TECNOLOGÍAS EN EL EMPLEO: PERSPECTIVA NACIONAL, EUROPEA Y MUNDIAL
3. DIGITALIZACIÓN Y EMPLEO PÚBLICO
 - 3.1. La transformación interna del empleo en la administración pública
 - 3.2. Modelos de vinculación de los empleados públicos con la aapp: trabajo «abierto» y trabajo «cerrado» en el empleo público
4. EL IMPACTO DE LAS TIC SOBRE EL EMPLEO PÚBLICO LABORAL Y FUNCIONARIAL
 - 4.1. Beneficios de la tecnología en el empleo público: eficacia, eficiencia, mejora de servicios públicos, deslocalización y atemporalidad
 - 4.2. Desventajas: el incremento del poder de control por el empleador público, desbordamiento del tiempo de trabajo y riesgos para la salud
5. EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL COMO “NUEVO” DERECHO DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

1. INTRODUCCIÓN

El desarrollo tecnológico de la Administración Pública, conforme a las exigencias innovadoras del Siglo XXI, permite abordar su impacto sobre el empleo público desde distintas perspectivas. Una de ellas es a través de la necesaria e inevitable adaptación del empleador público a los procesos de digitalización que implican una ingente tarea de conversión del formato papel al formato digital para facilitar las gestiones públicas al ciudadano a través de la implantación de aplicaciones *on line* que favorecen la comunicación con la Administración Pública desde cualquier punto y lugar que tenga acceso a internet mediante móvil u ordenador con conexión¹. El Informe del Observatorio de Administración Electrónica (2018) sobre Desarrollo de la Administración Electrónica en la Administración General del Estado² señala que los servicios públicos digitales en España se encuentran cada vez más presentes en los trámites administrativos, alcanzando la penetración de la e-Administración a un 40% de los ciudadanos, que la utilizan, principalmente, para efectuar sus declaraciones de rentas, realizar

¹ Según el Índice de digitalización DESI, que permite comparar la situación y evolución de los países europeos en la materia, señala que España cuenta con la mayor red de fibra hasta el hogar de la Unión Europea, con una cobertura de 4G superior al 99,5 de la población.

² Respecto de las Comunidades Autónomas véase el Informe CAE 2018 sobre la Administración Electrónica en las Comunidades Autónomas publicado en el portal de la transparencia de la AGE [transparencia/transparencia_Home/index/MasInformacion/Informes-de-interes/Ciencia_y_tecnologia/eadmonCCAA-CAE2018.html](https://transparencia.transparencia_Home/index/MasInformacion/Informes-de-interes/Ciencia_y_tecnologia/eadmonCCAA-CAE2018.html)

trámites sanitarios o presentar solicitudes, ahorrando a los usuarios, según estimaciones de algunas consultoras, una media de 75 euros por trámite³.

La reducción de los tiempos de espera y la eliminación de tareas manuales repetitivas supondrá importantes beneficios en el funcionamiento interno y externo de la Administración Pública: por un lado, el ahorro de costes en tiempo de trabajo (el 25% del trabajo actual)⁴ y, por otro lado, el incremento de eficacia en la gestión de los servicios públicos. Tales ventajas repercutirán de manera progresiva en el empleo público pues el nuevo reparto del tiempo de trabajo o la disminución de tareas afectará, sin duda, a la oferta de empleo público, a los sistemas de selección de personal –v. gr. mediante la utilización de algoritmos y datos vinculados a la inteligencia artificial (IA) siempre que garanticen los principios de mérito y capacidad–, a la formación –inicial y permanente– de los empleados públicos, a la readaptación de efectivos y, en su caso, a la extinción de contratos de trabajo por causas objetivas, así como a la gestión del conocimiento en las Administraciones Públicas⁵. La reorganización de los recursos humanos en base a la digitalización puede desembocar, incluso, en la modificación radical de las funciones asignadas a determinados puestos de trabajo, el requerimiento constante de nuevas competencias digitales que provoquen la creación de nuevos cuerpos o escalas vinculadas a la digitalización, la implantación de medidas orientadas a la formación y capacitación permanente de los empleados públicos y la actualización continua de las RPT.

Desde otra perspectiva, la tecnología de la información y comunicación plantea también otras cuestiones relativas a las condiciones de trabajo en el empleo público y al carácter neutro de la misma. En este caso, la problemática se presenta en relación al temor de que el uso continuado y permanente de los instrumentos tecnológicos pueda, por un lado, invadir o difuminar la frontera entre el tiempo de trabajo y el de no trabajo al confundir “conectividad” con “disponibilidad”⁶ y, por otro lado, ocasionar daños, psicosociales o no, a los mismos⁷.

³ Véase el Informe Deloitte Consulting sobre El impacto de la digitalización en España, Contribución de las empresas DigitalES a la economía española, 2019, en www.digitales.es.

⁴ Véase la entrevista a W. Eggers, de Deloitte por Pascual, G: “La digitalización va a revolucionar el trabajo de los funcionarios”, El País Economía de 20 de septiembre de 2017.

⁵ Sobre este último aspecto véase Palomar Baget, J.: “El uso de herramientas sociales digitales para la gestión del conocimiento en las Administraciones Públicas”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, nº 7, 2014, pág. 36; del mismo autor, ¿Tienen las Administraciones Públicas personal 2.0? Actitudes, aptitudes y conocimientos del personal público ante el reto del uso de las redes sociales e institucionales”, *Revista Vasca Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, nº 10, 2016, pág. 30.

⁶ Serrano Argüeso, M.: “Digitalización, tiempo de trabajo y salud laboral”, *IUSLabor* 2/2019, pág. 12.

⁷ El incremento del estrés, dolores de espalda, obesidad, problemas de visión, etc ha generado una imagen del trabajador en unas décadas poco halagüeña sobre las condiciones laborales de tra-

Frente a ello adquiere relevancia, más por su novedosa denominación que por su contenido y alcance⁸, el derecho de los empleados públicos a exigir, por un lado, su derecho al descanso y a la conciliación de la vida familiar y laboral, -que, en el marco de las tecnologías de la información y comunicación, adquieren una novedosa denominación: la desconexión digital-, y por otro lado, el derecho a la salud de los empleados públicos en la medida que el abuso de los instrumentos tecnológicos puede provocar daños a la misma (v. gr. irritabilidad, insomnio, fatiga ocular, falta de concentración, agotamiento mental, infoxicación, obesidad, dolores de espalda...), ya sea por imposición empresarial -llamadas o mensajes fuera del horario laboral o en vacaciones- o por autoimposición⁹ -es decir, en la falsa creencia de que se es libre para decidir su utilización¹⁰-. Los empleados públicos digitalizados prolongan su jornada más allá que los empleados tradicionales sometidos a horario y tareas determinadas, siendo el teletrabajo, incluso, un modo de intensificar las exigencias laborales más que un medio para organizar la actividad mediante el uso intensivo de tecnologías con beneficios para la conciliación laboral y familiar y el medio ambiente. Esta cuestión preocupa en el marco nacional¹¹ y también en el ámbito europeo donde el Proyecto EU-OSHA de la Agencia Europea de Seguridad y Salud de julio de 2019 examina el impacto en el trabajo de la rápida evolución de las tecnologías digitales -incluida la IA y la robótica- y su posible impacto en la seguridad y salud en el trabajo¹² y se propone proporcionar a los responsables políticos de la UE, a los gobiernos de los Estados miembros, a los sindicatos y a los empleadores la información que necesitan sobre tales cambios digitales, su impacto sobre la naturaleza y la organización

bajadores de Francia, Alemania y Reino Unido. El futurista conductual W. Higham ha presentado a Emma, una grotesca muñeca que refleja el futuro aspecto del trabajador. Véase, www.elconfidencial.com el pasado 28 de octubre de 2019.

⁸ Véase, Vallecillo Gámez, MR.: “El derecho a la desconexión: ¿novedad digital o esnobismo del “viejo” derecho al descanso?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, nº 408, 2017, págs. 167 y ss.

⁹ Al respecto, Fernández Avilés, JA.: “NTC y riesgos psicosociales en el trabajo: estado de situación y propuestas de mejora”, *DSL* nº 2, 2017, pág. 70 y ss.

¹⁰ Véase, Fernández Avilés, JA.: “NTC y riesgos psicosociales en el trabajo: estado de situación...” ob. cit., pág. 70 y Serrano Argüeso, M.: “Digitalización, tiempo de trabajo y salud laboral”, *IUSLabor* 2/2019, pág. 11.

¹¹ Véase la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2015-2020, aprobada en Consejo de Ministros el 24 de abril de 2015 que hace referencia expresa a los riesgos emergentes derivados de las nuevas tecnologías en el campo de la información y comunicación.

¹² OSH and the future of work: benefits and risks of artificial intelligence tools in workplaces puede verse en <https://osha.europa.eu/en/publications/osh-and-future-work-benefits-and-risks-artificial-intelligence-tools-workplaces/view>

del trabajo y los nuevos desafíos para la seguridad y la salud en el trabajo que puedan conllevar.

Por último, no puede olvidarse que la aplicación de las innovaciones tecnológicas puede dar lugar a la violación de derechos fundamentales inespecíficos de los empleados públicos, siendo el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), a la protección de datos (art. 18.4 CE), a la propia imagen (art. 18.1 CE) y el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) particularmente vulnerables frente a herramientas informáticas que desvelan datos personales en el ejercicio habitual de las actividades laborales y que permiten el almacenamiento de información relativa a los empleados y su incorporación a ficheros a disposición del empleador público (ej. firma digital de los empleados que utilizan firma electrónica o utilizan el correo electrónico corporativo o que emplean plataformas digitales internas, etc). La información proporcionada por los propios instrumentos de trabajo, secuencializada y actualizada en tiempo real, pueden provocar no sólo la imposición de sanciones o el despido o la separación del servicio sino, también, un malestar generalizado ante la permanente exposición del empleado a la vulneración de sus derechos fundamentales. Esta realidad ha provocado la inclusión de un nuevo apartado (j bis) en el art. 14 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público, que señala que los empleados públicos tienen derecho “a la intimidad en el uso de dispositivos digitales puestos a su disposición y frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización (...)”. Esta previsión era ya, en realidad, un derecho garantizado constitucionalmente en el art. 18.1 CE pero su inclusión específica entre los derechos de los empleados públicos en el TREBEP confirma la necesidad de reforzar el mismo ante la continua exposición a su vulneración por las innovaciones tecnológicas.

La reforma de la Administración Pública electrónica podría abordarse, por tanto, no sólo como una oportunidad para la modernización e innovación¹³ sino, también, como vía para la redefinición de los derechos de los empleados públicos en relación con el poder de dirección de la Administración Pública y la gestión de los recursos humanos. No obstante, no parece que vaya a acometerse una reforma a corto o medio plazo del empleo público¹⁴, debiendo contentarnos, por un lado, con la implementación de la digitalización cuando el marco jurídico-administrativo así lo permita y, por otro lado, con el establecimiento de límites puntuales y

¹³ Martín Delgado, I (Dir): *La reforma de la Administración electrónica: una oportunidad para la innovación desde el Derecho*, INAP, Madrid, 2017; Ramió, CS.: *La nueva gestión del empleo público. Recursos Humanos e innovación de la Administración*, Tibidabo, 2018.

¹⁴ Arroyo Yanes, LM.: “La digitalización de las Administraciones Públicas y su impacto sobre el régimen jurídico de los empleados públicos”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, nº 15, 2018, pág. 94;

específicos al poder de dirección del empleador público en aras al respeto de los derechos de los empleados públicos, fundamentales o no. Esto último requerirá realizar una labor permanente de integración normativa e interpretación judicial que generará, en no pocas ocasiones, una maltrecha sensación de inseguridad jurídica.

2. EL IMPACTO DE LA DIGITALIZACIÓN Y LAS TECNOLOGÍAS EN EL EMPLEO: PERSPECTIVA NACIONAL, EUROPEA Y MUNDIAL

Son numerosos los pronósticos o advertencias que sobre el empleo futuro pueden acarrear la digitalización e innovación y las tecnologías de la información y comunicación. La doctrina especializada aporta opiniones catastrofistas –pérdida de empleo masivo- o, por el contrario, liberadoras para el trabajador –percepción de rentas universales sustitutivas del salario-¹⁵, pasando por las posturas intermedias que entienden que las tecnologías sólo harán más duro el trabajo para las personas en la medida que las condiciones de trabajo estarán sometidas a mayor control¹⁶. En todo caso, la realidad actual no se sitúa de momento al lado de ninguna de esas posturas pero evidencia la necesidad de adaptación de los sistemas de producción a la tecnología y la digitalización, generando, por un lado, nuevos derechos o, al menos, la reactualización o reformulación de los mismos y, por otro lado, la puesta en marcha de garantías, prevenciones o medidas paliativas frente a la invasión tecnológica en el trabajo, con carácter general o específico para ciertos colectivos¹⁷ o sectores de actividad. La innovación tecnológica y la digitalización afecta por igual al empleo público y privado si bien el primero se orienta principalmente a la obtención de una mayor eficacia y eficiencia en la gestión y prestación de servicios públicos a los ciudadanos que enmascaran más fácilmente las repercusiones sobre el empleo público laboral y funcional.

Las instancias nacionales, europeas y mundiales se limitan, de momento, a intentar resaltar el valor del trabajo humano o, más bien, a plantear la idea de trabajo sostenible desde la perspectiva tecnológica pero no impulsan medidas

¹⁵ Las distintas posturas favorables o contrarias a la tecnología pueden verse clasificadas en Smith, A y Anderson, J.: “AI, Robotics and the future of jobs”, *Internet, Science and Tech, Pew Research Center*, 2014.

¹⁶ Los resultados de un Estudio elaborado por la Universidad de Illinois, Chicago, encargado por UC Berkeley Labor Center and labor advocacy organization Working Partnerships USA en 2019, señala que “The next decade is a story not about job loss, but more so about changes in job quality,” sobre todo porque “Technology has led to workers being pushed harder and also their privacy getting violated.”

¹⁷ Véase, La brecha digital en España, Estudio sobre la desigualdad postergada, UGT, 2015, pág. 34. Un estudio desde la perspectiva de la igualdad entre mujeres y hombres puede verse en De la Puebla Pinilla, A.: “El trabajo de las mujeres en la era digital”, *Trabajo y Derecho*, 2019.

eficaces para contrarrestar el efecto contrario. El posible impacto deshumanizador de las tecnologías sobre el empleo en España se aprecia, por ejemplo, en la Memoria sobre la situación socio-económica y laboral de 2017¹⁸, que ya advirtió sobre las importantes repercusiones que la digitalización, globalización y transición energética podían tener sobre la forma de producción de bienes y servicios en todos los sectores productivos; en el marco europeo se ha hecho un llamamiento por el Comité Económico y Social Europeo (CESE) en su Dictamen de 10 de mayo de 2019¹⁹ a la adaptación al proceso de digitalización para que “las nuevas formas de organización digitalizada del trabajo (...) mejoren, en lugar de deteriorar, la calidad del trabajo” y reclama nuevos enfoques que involucren a un mayor número de trabajadores en procesos de innovación y desarrollo. Este dictamen señala que “la digitalización es un motor de innovación fundamental”, la cual “brinda un enorme potencial en ámbitos como la automatización, las tecnologías de procesamiento, el aumento de la productividad y la flexibilidad”, siendo la inversión en enseñanza y formación inclusiva “una importante herramienta para reducir las desigualdades y aprovechar las ventajas de este potencial para todos, en los lugares de trabajo y la sociedad en su conjunto”. Advierte, además, que “al sector público incumbe una responsabilidad crucial en cuanto a la modernización de la enseñanza pública y el fomento de las capacidades necesarias, así como para contribuir a crear un entorno empresarial de alta calidad” y que las empresas y la industria “también deberían asumir su papel y contribuir a facilitar a los trabajadores el acceso a la formación profesional y al aprendizaje permanente”. No señala, sin embargo, los aspectos a abordar para impedir el deterioro que la economía digital puede suponer a la calidad del trabajo, ni establece, quizá porque no es su papel, medidas concretas que eviten tal resultado, limitándose a ofrecer una visión institucional favorable a la transformación que supone, según la doctrina²⁰, una visión equilibrada “tanto transaccional (que el resultado final, a medio y largo plazo, beneficie tanto a empresarios como a trabajadores) cuando transicional (que las instituciones aseguren un proceso de adaptación justo e inclusivo, que los costes y sacrificios a cargo de los trabajadores tengan compensaciones a corto plazo)”.

El Parlamento Europeo, por su parte, en su reciente Resolución de 12 de febrero de 2019 sobre política industrial global en materia de inteligencia artificial y robótica apela a un tratamiento ético en la digitalización al objeto de “garantizar el desarrollo de una inteligencia artificial centrada en el ser humano” que

¹⁸ Véase <http://www.ces.es/memorias>.

¹⁹ Titulado “El diálogo social para la innovación en la economía digital (DOUE C 159/1).

²⁰ Molina Navarrete, C.: “«Esencia» y «existencia» de las relaciones de trabajo y de su derecho en la «era digital»: ¿y si el «futuro» estuviera en lo «clásico»?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF 432, 2019, pág. 7.

permita la creación de empleo digno y de calidad²¹. El Parlamento propugna el establecimiento de normas éticas para garantizar el desarrollo de una inteligencia artificial centrada en el ser humano, la rendición de cuentas y la transparencia de los sistemas algorítmicos de toma de decisiones, así como unas normas claras en materia de responsabilidad y equidad²². Esta norma, no vinculante, expresa su preocupación por el empleo de aplicaciones de inteligencia artificial, incluido el reconocimiento facial y vocal, en los llamados programas de «vigilancia emocional» que permiten realizar un seguimiento de las condiciones mentales de los empleados y los ciudadanos, con el fin de obtener un incremento de la productividad y destaca, además, la necesidad de incluir a la Administración Pública en el proceso de desarrollo de la inteligencia artificial, pidiendo a la Comisión que publique todos los algoritmos, herramientas o tecnologías financiados o cofinanciados como fuente abierta. Resulta evidente que la mencionada resolución del Parlamento europeo da un paso más allá que el Plan de acción sobre la Administración Electrónica de la UE 2016-2020 -aprobado por Resolución del Parlamento Europeo de 16 de mayo de 2017²³- que limitaba su papel a advertir sobre el ahorro de costes que la digitalización supone para las AAPP, pero no deja de ser una respuesta tímida a la problemática en el empleo que presenta la digitalización parapetadas bajo las numerosas capas del beneficio que presenta para el empleador, público o privado.

Es, por último, la OIT la que en su Informe de 2019 anual sobre Perspectivas sociales y del empleo en el mundo y el Informe Trabajar para un futuro

²¹ Señala este Informe que “La ejecución del mandato de la OIT de promover el trabajo decente e impulsar la justicia social requiere de mercados laborales inclusivos y eficaces. Ello se debe a que el trabajo remunerado es la principal fuente de ingresos de la amplia mayoría de los hogares del mundo, y a que la organización del trabajo puede reforzar los principios fundamentales de igualdad, democracia, sostenibilidad y cohesión social. En 2019, año del centenario de la OIT, esta noción se ve reforzada por la fuerte visión planteada en el informe de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo titulado Trabajar para un futuro más prometedor, en el que se insta a centrar el programa sobre el futuro del trabajo en las personas y a renovar el interés en el abanico de capacidades de las personas, y en el potencial de las instituciones del mercado de trabajo, así como en la urgencia de invertir en ámbitos de la economía desaprovechados en los países desarrollados y en desarrollo. Atendiendo a esta nueva visión, al exponer y analizar las tendencias del mercado de trabajo es preciso centrar la atención en los aspectos de la igualdad, la sostenibilidad y la capacidad de inclusión”.

²² Señala, además, que las normas europeas en materia de inteligencia artificial deben basarse en los principios de la ética digital, la dignidad humana, el respeto de los derechos fundamentales, la protección de datos y la seguridad, contribuyendo así a generar confianza entre los usuarios; destaca la importancia de aprovechar el potencial de la Unión en la creación de una infraestructura sólida para los sistemas de inteligencia artificial basada en unas normas rigurosas en materia de datos y de respeto de los seres humanos; señala que es necesario integrar la transparencia y la explicabilidad en el desarrollo de la inteligencia artificial (149).

²³ DO C 258 E de 7.9.2013, p. 64.

más prometedor²⁴, y en línea con el Programa de Trabajo Decente, conmina a centrar el futuro de todo trabajo en el ser humano potenciando la igualdad, la sostenibilidad y la capacidad de inclusión ante el fenómeno tecnológico. Tales previsiones, sin embargo, no dejan de ser meros deseos que escapan de la posibilidad real de imposición y del avenir tecnológico, trasladando la pelota a los ámbitos más descentralizados de actuación.

3. DIGITALIZACIÓN Y EMPLEO PÚBLICO

La Administración Pública española, en parecidos términos a lo que sucede en otros países²⁵, se encuentra inmersa desde hace años en un proceso de digitalización profundo que afecta, por un lado, a la manera de relacionarse el ciudadano con la misma y, por otro lado, a la forma de trabajar de los empleados públicos y de quienes ofertan un servicio público vinculado a determinadas Administraciones Públicas (v. gr. sector judicial -abogados, procuradores-, sector sanitario -médicos...-, sector educativo -profesores-, etc), replanteando además, como veremos, el posible sistema futuro de acceso a la función pública. La digitalización en la Administración Pública tiene soporte legislativo en las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo, y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, las cuales habilitan trámites básicos para gestionar telemáticamente cuestiones como la renovación del documento de identidad, facturar, declarar ingresos, matricular vehículos de manera telemática, etc²⁶.

²⁴ https://www.ilo.org/safeward/events/safeday/wcms_686762/lang-es/index.htm.

²⁵ En Francia, el Centre de recherche pour l'étude et l'observation des conditions de vie (CREDOC) realizó un Barómetro numérico en 2017 que reveló que los franceses hacen un uso creciente de los trámites administrativos digitalizados con la Administración Pública, reflejo del uso creciente de internet en otros ámbitos. En concreto, en 2017, el 67% de los franceses efectuó sus trámites fiscales en línea, cifra que aumenta año a año. El Estado francés lanzó en 2013 una plataforma ergonómica denominada France Connect que los ciudadanos utilizan para acceder con un clic a servicios históricamente independientes, simplificando al máximo las relaciones con los servicios públicos y, en 2016, el GIP-MDS (Modernisation des déclarations sociales) que propone a las empresas efectuar sus cotizaciones sociales en línea sobre una aplicación móvil que alerta en tiempo real y continua a los organismos de protección social del estado de la plataforma. En Luxemburgo existe desde diciembre de 2018, un Ministerio de Digitalización, señalando Marc Hanse, Ministro delegado de Digitalización, en el Debat de Consultation La Transformation digital du Luxemburg que el Gobierno manifiesta su voluntad de hacer un Ministerio « facilitateur » et un coordinateur pour les ministères et autres partenaires” teniendo en cuenta el el fenómeno de la digitalización es transversal. Señala que “Il s’agit d’accompagner et promouvoir la digitalisation de la société là où cela s’avère nécessaire, de faire avancer le développement technologique dans les domaines importants pour notre économie et de développer de nouvelles stratégies permettant au pays d’avancer”.

²⁶ En el ámbito autonómico pueden verse normas específicamente dedicadas a la Administra-

Tales facilidades son consecuencia de una serie de factores políticos, económicos y técnicos entre los que destaca la capacidad de computación de los aparatos digitales y el progresivo aumento de usuarios conectados (los aparatos digitales incrementan la capacidad de almacenamiento de la información, la velocidad de procesamiento, la velocidad de descarga, etc, y su utilidad se incrementa a medida que aumenta el volumen de información procesada digitalmente y el número de usuarios conectados). La implantación y el uso de internet crece cada año y se incrementan con ello las gestiones que se pueden realizar con la Administración Pública desde la pantalla de un ordenador o un móvil o viceversa. Téngase en cuenta que España, según los datos del Índice Europeo de la Economía y la Sociedad Digitales (DESI) –que proporciona una evaluación general de la situación de la Unión Europea, en comparación con las economías no pertenecientes a la UE, en su progreso hacia una sociedad y economía digital-, es el cuarto país de la Unión Europea en ofertar servicios públicos digitales y obtiene una nota de 94% en Electrónica²⁷ -estando en peor situación, según el mismo índice, el sector privado-; además, el Plan de Transformación Digital de la Administración General del Estado (Estrategia TIC 2015-2020)²⁸, en la misma línea que el Plan de Acción sobre Administración Electrónica 2016-2020 de la Unión Europea, señala que el objetivo principal del mismo es el incremento de la productividad y eficacia en el funcionamiento interno de la Administración Pública y que la digitalización de la Administración General del Estado permite aumentar la eficiencia de los procesos, mejorar la atención, los tiempos de gestión y la comunicación con la ciudadanía.

La innovación digital, por tanto, no sólo transforma *ad intra* a la Administración Pública, sino que, además, introduce el debate sobre nuevos posibles modelos de vinculación con la misma desde la perspectiva de los empleados públicos.

ción digital como, por ejemplo, la Ley 4/2019, de 17 de julio, de Administración Digital de Galicia, BOE nº 229, de 24 de septiembre.

²⁷ Conforme al mencionado índice, España se sitúa en la 5ª posición de la UE en la utilización de servicios de salud y atención sanitaria electrónica (el 29% de los españoles utiliza dichos servicios). No obstante, las diferencias entre Administraciones y territorios es importante. Al respecto, el Informe de “La Administración Digital en España” elaborado por EY señala que el País Vasco, Galicia y Cataluña encabezan el ranking de digitalización de la administración autonómica, con un índice de madurez del 94,7%, el 94,2% y el 93,5%, respectivamente, mientras que Aragón, con un índice de 51,2%, y Extremadura, con un 47,9%, se sitúan a la cola. Por su parte, el Ayuntamiento más digitalizado es el Valencia, seguido del de Hospitalet y el de Málaga.

²⁸ Según el Informe CAE 2018, en el ámbito autonómico diez CCAA han elaborado planes de transformación digital y cinco CCAA y Ceuta y Melilla tienen un nivel alto-muy alto en la gestión de documentos y expedientes electrónicos.

3.1. La transformación interna del empleo en la Administración Pública

La documentación en formato digital y su consiguiente procedimentalización no sólo facilita el incremento de la inmediatez, rapidez y ahorro de costes de la Administración Pública (e-factura, e-registro, e-tramitación...) sino que, además, favorece al medio ambiente y permite un ahorro considerable de tiempo de trabajo de los empleados públicos. Este ahorro permitirá dedicar más tiempo a tareas encaminadas a incrementar el valor del servicio público prestado pero, también, provocará la reducción de las plantillas de personal. Esta inevitable reducción de puestos de trabajo debe coexistir, paradójicamente, con el hecho de que sólo un tercio de las Administraciones Públicas dispone de personal propio especializado en digitalización y deben recurrir a personal externo o a empresas especializadas para poner en marcha dicha tarea²⁹.

Así, desde la perspectiva estratégica de gestión de personal, la digitalización plantea, más allá del acomodo a nuevos instrumentos procedimentales o tecnológicos, la necesidad de adoptar nuevas políticas de gestión de personal con impacto inmediato sobre la organización administrativa, así como previsiones realistas sobre las necesidades de personal plasmadas en las relaciones de puestos de trabajo (RPT) o sobre los procedimientos de estabilización de personal interino o temporal en puestos instrumentales o de tramitación que son o serán prescindibles con la introducción, extensión e intensificación de la innovación tecnológica y la digitalización. En tal sentido, se plantea la necesidad de establecer una planificación estratégica acorde con la tecnificación, la polivalencia y la flexibilidad requerida en el ámbito público, la supresión de ofertas de empleo público que tardan años en concluirse o el mantenimiento de sistemas de selección o de promoción inadecuados ante los requerimientos del cambio digital.

Pero, como hemos indicado, estos cambios organizativos conviven actualmente con la permanente asignación de funciones digitales a los actuales puestos de trabajo (utilización de plataformas digitales y firmas electrónicas o digitales, actualización de páginas web...), los cuales son ya obligatorios para los empleados públicos en la medida que el Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, (TREBEP) estableció, en la redacción original de 2007, que “las Administraciones Públicas podrán asignar a su personal funciones, tareas o responsabilidades distintas a las correspondientes al puesto de trabajo que desempeñen, siempre que resulten

²⁹ Véase el Estudio de Digitalización del Observatorio Vodafone2018 en <https://www.observatorio-empresas.vodafone.es/> donde señala que el 35 por ciento de las Administraciones Públicas encuestadas en España afirma encontrarse en una fase de implementación o mejora de su proceso de digitalización, un 13 por ciento afirma estar en una fase de seguimiento y control, un 10 por ciento aún no valora acometerlo mientras un 4 por ciento se encuentra en una fase inicial y un 3 por ciento en una fase de estudio.

adecuados a su clasificación, grado o categoría, cuando las necesidades del servicio lo justifiquen sin merma de las retribuciones” (art. 73.2 EBEP), siendo falta disciplinaria muy grave, según el art. 95 EBEP “g) el notorio incumplimiento de las funciones esenciales inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas” o “i) la desobediencia abierta a las órdenes o instrucciones de un superior, salvo que constituyan infracción manifiesta del Ordenamiento jurídico”. Esta obligación genera, además, interrogantes novedosos en relación a los derechos y deberes del empleado público relacionados con la digitalización pues hay quien plantea que, por ejemplo, el uso de la firma digital podría constituirse, al menos para los empleados públicos que desempeñan funciones de autoridad o que ejercen potestades administrativas (funcionarios y laborales), como un derecho-deber para tales empleados en virtud de su manifestación como profesional de la Administración Pública³⁰, engrosando el elenco de derechos individuales recogidos en el art. 14 TREBEP. La identidad digital y su proyección sobre las actividades que desempeñan los empleados públicos requerirán, en todo caso, un tratamiento adecuado en el marco jurídico público, sin que el legislador o la potestad reglamentaria de la propia Administración Pública puedan mirar hacia otro lado.

Pero, en todo caso, la utilización masiva de tecnología implica que el trabajo de los empleados públicos debe desempeñarse de manera diversa a la tradicional, primando la gestión de los datos que facilitan su tarea. Ello requiere, por un lado, la adquisición de determinadas habilidades y competencias por el empleado público y su constante renovación y, por otro lado, favorece la realización del trabajo en cualquier tiempo y lugar que permita conectarse a la red³¹, dando lugar a que el trabajo a distancia adquiera un atractivo importante para un elevado número de empleados públicos -sobre todo, de sexo femenino en cuanto facilita la conciliación de la vida personal y familiar³²-, haciendo palpable la porosidad de la frontera entre trabajo y vida privada de los empleados públicos que veremos más adelante. El tránsito de “unidades físicas” (analógicas) a los “centros virtuales” (digitales) es, como señala la doctrina especializada³³, el innegable ejemplo del mundo desarrollado que permite cobijar ventajas e inconvenientes en el trabajo y lidiar con elementos de incertidumbre e inseguridad en el mismo.

³⁰ Arroyo Yanes, LM.: “La digitalización de las Administraciones Públicas y su impacto sobre el régimen jurídico de los empleados públicos”, *Revista Vasca de Gestión de personas y Organizaciones Públicas* nº 15, 2018.

³¹ Alemán Páez, F.: “El derecho de desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la Loi travail nº 2016-1088”, *Trabajo y Derecho* nº 30, págs. 12 y ss.

³² Un estudio desde la perspectiva de género puede verse en De la Puebla Pinilla, A.: “El trabajo de las mujeres en la era digital”, *Trabajo y Derecho*, 2019.

³³ Molina Navarrete, C.: “Jornada laboral y tecnologías de la infocomunicación: “Desconexión digital”, garantía del derecho al descanso”, *Temas Laborales* nº 138, 2017, pág. 254.

3.2. Modelos de vinculación de los empleados públicos con la AAPP: «trabajo abierto» y «trabajo cerrado» en el empleo público

El modelo futuro de empleo público es en realidad una incógnita pero se avanza por algunos autores que la innovación tecnológica y digital contraponen dos tipos de trabajo en las nuevas realidades emergentes del empleo³⁴, distinguiendo entre *trabajo cerrado*, por llevarse a cabo en un centro de trabajo predefinido -oficinas, establecimientos industriales u otro tipo de equipamiento-, o *trabajo abierto*³⁵, por desempeñarse en cualquier otro lugar y que, aplicados al ámbito de las Administraciones Públicas, darían como resultado, según RAMIÓ, tres modelos diferentes de empleo público y de vinculación del personal con la Administración Pública³⁶:

1. Vinculación estable bajo el prisma del trabajo cerrado, que agruparía a los funcionarios que ejercen funciones de autoridad (ej. policía, magistrados...) o empleados que realizan funciones especialmente cualificadas en materia de planificación, gestión, control y evaluación relacionados con el diseño de los dispositivos de inteligencia artificial. Estos últimos podrían ser, a mi juicio, contratados bajo régimen laboral o funcionarial y sus funciones, aunque altamente tecnificadas, no tendrían que desempeñarse necesariamente en el uso permanente de tecnología.

2. Vinculación estable combinando el trabajo cerrado con el trabajo abierto, que agruparía sobre un 40% de los empleados públicos (laborales y funcionarios) y se centraría en la elaboración de proyectos donde se combinen la seguridad/estabilidad y flexibilidad/autonomía y se acceda mediante modernos sistemas de selección; las tareas o funciones realizadas en este modelo requerirán el uso permanente de tecnologías de la información y comunicación, siendo el trabajo a distancia desempeñado por empleados altamente cualificados en el uso de tecnologías.

3. Vinculación inestable bajo el prisma del trabajo abierto, abarcable desde dos perspectivas diferentes: por un lado, referido a los puestos de trabajo de escaso valor añadido y de carácter manual que la innovación y la robótica aún no ha podido suplantar y que deberían ser externalizados, es decir, no asumidos por las Administraciones Públicas y, por otro lado, vinculado a tareas de apoyo de alto valor institucional, creativas e innovadoras, bien retribuidas, que conformarían una plantilla flexible y contingente para la Administración Pública. Este

³⁴ Flichy, P.: *Les nouvelles frontières du travail à l'ère numérique*, Seuil, 2017.

³⁵ Flichy, P.: *Les nouvelles...* donde señala la existencia de « [...] un nouveau monde qui utilise complètement les opportunités du numérique, en maintenant un continuum entre des activités privées pratiquées pour soi et des activités réalisées pour les autres sous forme marchande ou non marchande » (p. 14)

³⁶ Ramió, C.: *La Administración Pública del futuro: Horizonte 2050*, Tecnos, 2017.

personal, funcionario o laboral, se vincularía a la Administración pública bajo régimen temporal.

Este modelo, sin embargo, es una mera estimación, pero resalta, en todo caso, la disminución de empleados públicos que deberán desempeñar su actividad en las dependencias administrativas y el paralelo incremento de empleados que desempeñaran su actividad profesional en régimen de teletrabajo. Ello supondría, sin duda, la necesidad de articular un estatuto clarificador de los derechos digitales de los mismos independientemente del lugar de la prestación, es especial, en relación a la salud laboral, al derecho al descanso y al ejercicio de sus derechos fundamentales.

4. EL IMPACTO DE LAS TIC SOBRE EL EMPLEO PÚBLICO LABORAL Y FUNCIONARIAL

Dejando al margen la polémica sobre el futuro modelo de empleo público que surja como consecuencia de la digitalización, y que dará lugar a un cambio cultural en el seno de las Administraciones Públicas, entiendo oportuno centrar este trabajo en otra faceta del uso de tecnologías de la información y comunicación en el marco de la Administración Pública: la de los derechos individuales y colectivos de los empleados públicos afectados en el momento presente por el uso de las tecnologías de la información y comunicación. La innovación tecnológica en la Administración Pública no sólo supone la inevitable y necesaria digitalización de documentación y de procedimientos sino, también, la adaptación de los derechos que protegen a los empleados públicos frente a posibles invasiones de su vida privada o de su salud ante el carácter absorbente de la tecnología. Un ejemplo particular de esto último es, como veremos brevemente, el reconocimiento del derecho a la desconexión digital en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LPD)³⁷, que ante la falta de definición legal, puede definirse como el derecho del individuo a no emplear herramientas digitales relacionadas con el trabajo durante el tiempo de descanso, vacaciones o enfermedad³⁸ y que, en el ámbito público, es

³⁷ Sobre este derecho en el ámbito laboral puede verse Barrios Baudor, G.: “El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral español: primeras aproximaciones”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 1, 2019; Blázquez Agudo, EM.: “Aplicación práctica de la protección de datos en las relaciones laborales”, *Wolter Kluwer*, 2018; Talens Visconti, EE.: “La desconexión digital en el ámbito laboral: un deber empresarial y una nueva oportunidad de cambio para la negociación colectiva”, *Información Laboral* 2, 2018; Vallecillo Gámez, MR.: “El derecho a la desconexión: ¿novedad digital o esnobismo del viejo derecho al descanso?”, *Trabajo y Seguridad Social* nº 408, 2017.

³⁸ Una aproximación al concepto puede verse en Cialti, HP.: “El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece?”, *Temas Laborales* 137, 2017, pág. 165, donde señala que “sin pretensión de generalización, de podría definir como el derecho para el trabajador de no tener ningún

concebido como un auténtico derecho individual del empleado público -y no una mera faceta del derecho al descanso como ocurre en el sector privado, aunque las diferencias entre uno y otro sean irreconocibles-.

El avance tecnológico en la Administración Pública se enmarca en el proceso de cambio que sufre el sector privado de producción con la llamada Nueva Economía, donde la información y el conocimiento como base de producción, de productividad y de competitividad producen cambios instrumentales en la gestión empresarial. En todo caso, la mencionada denominación, que se expande a todos los ámbitos y sectores (privado o público, nacional o mundial), se vincula a la universalización del uso de dispositivos tecnológicos tanto en las empresas como en la vida privada de los ciudadanos³⁹.

Pero debe tenerse en cuenta que, como señala el Informe de la Consultora Roland Berger de marzo de 2017⁴⁰, los motores de la transformación digital son diferentes en el sector privado y en el público pues aquél se encuentra sometido a la demanda de los clientes, a la competencia y a la naturaleza misma de las actividades que se desarrollan, y el público, en cambio, no está sometido a esa presión o lo hace de manera menos intensa y con variables propias en relación a cada organización administrativa. Si la generalización de las TIC ya supuso la necesidad de afrontar desafíos en el ámbito público que aún no se han hecho realidad (ej. formación continua, priorización del trabajo vinculado al cambio tecnológico, evaluación del desempeño vinculada a procesos automatizados...), la digitalización complica exponencialmente las dificultades anteriores al exigir el diseño e implementación de estrategias digitales que pongan en marcha la inteligencia artificial y el uso de algoritmos, la automatización, la asistencia virtual

contacto con herramientas digitales relacionadas con su trabajo durante su tiempo de descanso y sus vacaciones”.

³⁹El Informe 3/2017, del CES, Sesión Ordinaria del Pleno de 25 de octubre de 2017, señala que “la difusión de las tecnologías digitales y la utilización de datos como recurso esencial, en la medida en que permite optimizar recursos, innovar en procesos y productos, mejorar la toma de decisiones y predecir acontecimientos futuros, presenta un gran potencial en ámbitos estrechamente ligados con el progreso social, como la salud, la educación, la conciliación de la vida laboral y personal, la protección del medio ambiente, la seguridad alimentaria, la eficiencia energética, los sistemas de transporte o la gestión de las ciudades. La extensión de las infraestructuras digitales y la generalización del acceso e interconexión a la red por parte de ciudadanos, instituciones y empresas, así como de todo tipo de objetos a través de la implantación de sensores (internet de las cosas), está generando enormes y crecientes cantidades de información. Al mismo tiempo, el aumento exponencial de la capacidad de computación y la sofisticación de las técnicas de análisis de datos permiten el procesamiento de información digital a gran escala (big data). Ambos desarrollos están facilitando, a su vez, el avance de la inteligencia artificial y la fabricación de una nueva generación de robots y sistemas inteligentes autónomos, capaces de realizar tareas cada vez más complejas”.

⁴⁰Berger, R.: *Informe Transformation digitales dans le secteur publique. Faire converger l'intérêt des citoyens et des agents*, marzo de 2017, puede consultarse en la siguiente dirección: http://www.rolanberger.com/fr/publications/pub_transformation_digitale_dans_le_secteur_publicue.html.

o el procesamiento de datos, etc. En todo caso, la sustitución de personas por robots u ordenadores inteligentes para realizar todo tipo de tareas -manuales o intelectuales, que, por muy complejas que sean, pueden expresarse en reglas programables a través de algoritmos (ej. Big data aplicado al asesoramiento legal o médico, elaboración de estadísticas, etc⁴¹)- es una amenaza que afecta de manera transversal a todos los sectores productivos, incluyendo, por tanto, el ámbito público.

4.1. Beneficios de la tecnología en el empleo público: eficacia, eficiencia, mejora de servicios públicos, deslocalización y atemporalidad

La tecnología de la información y comunicación supone para las Administraciones Públicas la posibilidad de alcanzar mayores cotas de eficacia y eficiencia y la mejora de los servicios públicos prestados a menor coste (incluido el personal) y, para los empleados públicos, la posibilidad de dedicar su tiempo a cuestiones que aportan mayor calidad al servicio público y ejecutar tareas o funciones en cualquier momento y lugar.

Para las empresas, públicas o privadas, dicha tecnología supone, en su vertiente positiva, la existencia de mayores oportunidades de negocio o de prestación de servicios y más facilidades para organizar la gestión de bienes y servicios en ámbitos que sobrepasan ampliamente el territorio de un Estado -haciendo difícil el establecimiento de pautas genéricas sobre su funcionamiento y control- y, para los trabajadores o sujetos sometidos a cualquier tipo de subordinación, la posibilidad de ejecutar la actividad laboral en cualquier momento y lugar facilitando la adaptación del tiempo de descanso y la conciliación de la vida familiar y laboral. Este último beneficio es particularmente sensible en la Administración Pública pues las tareas desarrolladas por un elevado número de personal podrían encajar mayoritariamente en el trabajo a distancia controlado por la red.

4.2. Desventajas: el incremento del control por el empleador público, desbordamiento del tiempo de trabajo y riesgos para la salud

La instalación generalizada de las tecnologías en la Administración Pública implica que la actividad -laboral o no- de los empleados públicos se efectúe a

⁴¹ Véase el estudio de la OCDE, Artificial Intelligence in Society, OECD Publishing, París, 2019, <https://doi.org/10.1787/> donde señala que la IA entendido como “sistema basado en la máquina que puede hacer predicciones, recomendaciones o tomar decisiones, influyendo en entornos reales o virtuales, sobre ciertos objetivos definidos por los humanos” producirá avances inimaginables en sectores como la investigación científica, la justicia penal, el ámbito sanitario y el sector del transporte.

través de instrumentos tecnológicos y se incrementa con ello el poder de control del empleador. El rastro digital de los comportamientos de los empleados públicos en la red despliega una serie de información sobre los mismos, reflejando no sólo el uso correcto de la utilización de las herramientas tecnológicas (ej, correo electrónico)⁴² sino, también, el uso desviado de las mismas (consulta páginas web, redes sociales...). Dicho rastro puede proporcionar al empleador público, por un lado, la posibilidad de conocer cuestiones relativas a la esfera privada del trabajador y, por otro lado, conocer el comportamiento laboral de los empleados a efectos de adoptar medidas de tipo organizativas o, incluso, disciplinarias.

El control empresarial a través de la tecnología se desdibuja al realizarse a través de las máquinas y, además, se intensifica en la medida que la datificación del tiempo de trabajo prestado o el empleo del mismo permite controlar más la actividad laboral, planteando el debate sobre la necesidad o no de facilitar cobertura jurídica a los protocolos o directrices de las empleadoras públicas –o reglamentos de régimen interior- sobre el uso permitido a los instrumentos tecnológicos⁴³.

En todo caso, más allá de los límites constitucionales o legales que tenga establecido el poder de control de los organismos públicos, conviene establecer la concreta operatividad de los derechos vinculados al uso de tecnologías digitales o de información o comunicación en el empleo público. En este campo, sin embargo, son los tribunales de justicia los que marcan el alcance de los derechos fundamentales inespecíficos del trabajador vulnerados por la tecnología, teniendo en cuenta que la diferente postura mantenida entre el Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la utilización de TIC en la empresa ha dado lugar a una inseguridad jurídica notable. A este respecto, la STS de 8 de febrero de 2018⁴⁴, en aplicación de la doctrina de la Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de 5 de septiembre de 2017, Asunto Barbulescu, en relación a la posibilidad de revisar los correos electrónicos de los empleados, resumió la situación del empleado respecto del uso de aparatos electrónicos en la empresa señalando que el poder de control empresarial es indispensable para la buena marcha de la organización productiva –o administrativa- y debe producirse una necesaria coordinación entre el interés de la empresa o la Administración Pública y los derechos de los em-

⁴² Sobre este particular véase Marín Alonso, I.: *El poder de control empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa*, Tirant lo Blanch, 2005.

⁴³ En detalle, Marín Alonso, I.: “El papel del contrato de trabajo, el convenio colectivo y otros instrumentos de gestión empresarial en la regresión de la protección del derecho al secreto de las comunicaciones en la Empresa en España”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social* nº 23, 2016.

⁴⁴ RJ 2018/666.

pleados⁴⁵. Para ello, el empleador tiene la facultad regular el uso de los medios y sistemas informáticos o de comunicación y vigilar su cumplimiento, garantizando el secreto respecto de la vida personal –que no se reduce al ámbito doméstico sino que se extiende al laboral-. No obstante, el Tribunal Supremo no deslinda correctamente el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) y reitera que el derecho a la intimidad no es, sin embargo, un derecho absoluto sino que puede verse limitado por fines constitucionalmente legítimos siempre que sea de forma proporcionada. Así, englobando a ambos derechos en el mismo saco señala que para efectuar el control deben tenerse en cuenta, por un lado, la expectativa de privacidad –inexistente, según el TS en supuestos de prohibición absoluta de uso personal de los medios informáticos o de comunicación- y, por otro lado, los principios de idoneidad, necesidad y proporcional de la medida de control, debiendo valorarse si el empleado fue informado de que existen medidas de vigilancia de sus comunicaciones, el alcance de la supervisión realizada, la existencia de justificación y la inexistencia de medios menos intrusivos para conseguir el objetivo de control.

⁴⁵ El TS señala que TEDH considera necesario tener en cuenta «los siguientes factores: i) ¿El empleado ha sido informado de la posibilidad de que el empleador tome medidas para supervisar su correspondencia y otras comunicaciones, así como la aplicación de tales medidas? Si bien en la práctica esta información puede ser comunicada efectivamente al personal de diversas maneras, según las especificidades fácticas de cada caso, el Tribunal considera que, para que las medidas puedan ser consideradas conforme a los requisitos del artículo 8 del Convenio, la advertencia debe ser, en principio, clara en cuanto a la naturaleza de la supervisión y antes del establecimiento de la misma. ii) ¿Cuál fue el alcance de la supervisión realizada del empleador y el grado de intrusión en la vida privada del empleado? A este respecto, debe hacerse una distinción entre el control del flujo de comunicaciones y el de su contenido. También se debería tener en cuenta si la supervisión de las comunicaciones se ha realizado sobre la totalidad o sólo una parte de ellas y si ha sido o no limitado en el tiempo y el número de personas que han tenido acceso a sus resultados (véase, en este sentido, la sentencia Köpke, precitada). Lo mismo se aplica a los límites espaciales de la vigilancia. iii) ¿El empleador ha presentado argumentos legítimos para justificar la vigilancia de las comunicaciones y el acceso a su contenido...? Dado que la vigilancia del contenido de las comunicaciones es por su naturaleza un método mucho más invasivo, requiere justificaciones más fundamentadas. iv) ¿Habría sido posible establecer un sistema de vigilancia basado en medios y medidas menos intrusivos que el acceso directo al contenido de comunicaciones del empleado? A este respecto, es necesario evaluar, en función de las circunstancias particulares de cada caso, si el objetivo perseguido por el empresario puede alcanzarse sin que éste tenga pleno y directo acceso al contenido de las comunicaciones del empleado. v) ¿Cuáles fueron las consecuencias de la supervisión para el empleado afectado... con las referencias citadas? ¿De qué modo utilizó el empresario los resultados de la medida de vigilancia, concretamente si los resultados se utilizaron para alcanzar el objetivo declarado de la medida...? vi) ¿Al empleado se le ofrecieron garantías adecuadas, particularmente cuando las medidas de supervisión del empleador tenían carácter intrusivo? En particular, estas garantías debían impedir que el empleador tuviera acceso al contenido de las comunicaciones en cuestión sin que el empleado hubiera sido previamente notificado de tal eventualidad».

Por otro lado, la reciente Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de octubre de 2019, Caso Lopez Ribalda c. España⁴⁶ converge con el pronunciamiento dictado en el asunto Bărbulescu, y unifica las exigencias para el control laboral por cámaras y para la monitorización de ordenadores⁴⁷. Estos pronunciamientos se separan así de la doctrina más reciente del Tribunal Constitucional español que parecía ser más garantista con los derechos de los empleados al prohibir, como regla, la vigilancia de la actividad laboral a través de cámaras ocultas (STC 25/2019, de 25 de febrero, que aunque refiere al ejercicio de la profesión periodística, su doctrina sirve con carácter general, también para las relaciones de empleo). Todo ello plantea, obviamente, la necesidad de unificar

⁴⁶ Applications nos. 1874/13 and 8567/13.

⁴⁷ 115. In the Bărbulescu judgment, the Court set out a certain number of requirements that must be met by any monitoring of the correspondence and communications of employees if it is not to breach Article 8 of the Convention (see Bărbulescu, cited above, § 121). It also found in that judgment that, to ensure effective compliance with those requirements, the employees concerned must have access to a remedy before an independent judicial body with jurisdiction to determine, at least in substance, whether the relevant conditions were satisfied (*ibid.*, § 122). 116. The Court is of the view that the principles established in the Bărbulescu judgment, a number of which came from the decision in Köpke, which concerned facts that were similar to those in the present case, are transposable, *mutatis mutandis*, to the circumstances in which an employer may implement video-surveillance measures in the workplace. These criteria must be applied taking into account the specificity of the employment relations and the development of new technologies, which may enable measures to be taken that are increasingly intrusive in the private life of employees. In that context, in order to ensure the proportionality of video-surveillance measures in the workplace, the domestic courts should take account of the following factors when they weigh up the various competing interests: (i) Whether the employee has been notified of the possibility of video-surveillance measures being adopted by the employer and of the López Bibalda and others v. Spain Judgment 37 implementation of such measures. While in practice employees may be notified in various ways, depending on the particular factual circumstances of each case, the notification should normally be clear about the nature of the monitoring and be given prior to implementation. (ii) The extent of the monitoring by the employer and the degree of intrusion into the employee's privacy. In this connection, the level of privacy in the area being monitored should be taken into account, together with any limitations in time and space and the number of people who have access to the results. (iii) Whether the employer has provided legitimate reasons to justify monitoring and the extent thereof. The more intrusive the monitoring, the weightier the justification that will be required. (iv) Whether it would have been possible to set up a monitoring system based on less intrusive methods and measures. In this connection, there should be an assessment in the light of the particular circumstances of each case as to whether the aim pursued by the employer could have been achieved through a lesser degree of interference with the employee's privacy. (v) The consequences of the monitoring for the employee subjected to it. Account should be taken, in particular, of the use made by the employer of the results of the monitoring and whether such results have been used to achieve the stated aim of the measure. (vi) Whether the employee has been provided with appropriate safeguards, especially where the employer's monitoring operations are of an intrusive nature. Such safeguards may take the form, among others, of the provision of information to the employees concerned or the staff representatives as to the installation and extent of the monitoring, a declaration of such a measure to an independent body or the possibility of making a complaint"-

la doctrina al respecto y solucionar los interrogantes derivados de la regulación de corte garantista contenida en el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

Pero, junto al incremento del control de la actividad laboral, pueden señalarse, además, otras desventajas que, en realidad, no son más que el reverso de una misma moneda: la deslocalización y atemporalidad de los servicios prestados. Así, pese a que tales características puedan concebirse inicialmente como una ventaja, ésta puede volverse en contra del trabajador o del empleado público cuando el tiempo de descanso o de no trabajo se ve invadido por cuestiones laborales a través del uso de los instrumentos tecnológicos, diluyendo la frontera entre ambos tiempos y repercutiendo en el ámbito de la salud laboral⁴⁸. Frente a tales riesgos, se intentan articular e implementar mecanismos que garanticen el derecho al descanso y el derecho a la seguridad y salud de los empleados aunque sea bajo la actualización de conceptos veteranos en el marco laboral (ej. derecho a la desconexión digital o delimitación de riesgos emergentes o psicosociales), la imposición de nuevas obligaciones al empleador (velar por el efectivo descanso o la salud de los empleados) o mediante la adaptación, a través del derecho de negociación colectiva, a las necesidades productivas en concretos sectores (tratamiento y adopción de medidas ante el uso abusivo de tecnologías). Sobre alguno de estos aspectos trataremos brevemente a continuación.

5. EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL COMO “NUEVO” DERECHO DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

El Estatuto Básico del Empleado Público enumera en su art. 14 los derechos individuales de los empleados públicos, estableciendo entre ellos el derecho a la intimidad, por un lado, y el derecho a la desconexión digital, por otro, resultado de incorporar a su articulado las previsiones contenidas en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos⁴⁹. La nueva letra j bis del art. 14 TREBEP garantiza el derecho “a la intimidad en el uso de dispositivos digitales puestos a su disposición y frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización, así como a la desconexión digital en los términos establecidos

⁴⁸Sobre este tema véase Igartua Miró, M^a T.: “El derecho a la desconexión en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”, pág. 71; Serrano Argüeso, M.: “Digitalización, tiempo de trabajo y salud laboral”, *Ius Labor* 2. 2019, págs. 8 y ss.

⁴⁹Sobre esta temática, véase, Terradillos Ormaechea, E.: “El derecho a la protección de datos de los empleados públicos: similitudes y peculiaridades en comparación con los trabajadores por cuenta ajena”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* n^o 54, 2019.

en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”.

La sistematización de estos nuevos derechos en el art. 14 del TREBEP resulta, sin duda, apropiado en la medida que todos los empleados públicos, en correspondencia con la naturaleza jurídica de su relación de servicio, -es decir, laborales o funcionarios- pueden ejercitar los mencionados derechos sin necesidad de reiterarlo respecto de la titularidad y ejercicio de todas las condiciones de trabajo para cada tipo de personal (v. gr. en materia de jornada, en el art. 47 TREBEP para los funcionarios o en el art. 51 TREBEP para los laborales junto a los arts. 34 y 20 bis del TRET- o en materia de seguridad y salud –art. 19 TRET y art. 14 I TREBEP-. Su concepción como derecho individual no evita, sin embargo, críticas similares a las efectuadas sobre la regulación contenida en el art. 20 bis del TRET, si bien, en el ámbito privado, no deja de ser palpable que la inclusión del mismo entre las facultades directivas del empleador parece más bien una contraprestación a la ampliación de las facultades de vigilancia y control⁵⁰ que un derecho con entidad propia. Por otro lado, el derecho a la intimidad ante las tecnologías y el derecho a la desconexión digital no deberían limitarse, sin embargo, a los derechos de ejercicio individual sino extenderse, además, a los de ejercicio colectivo pues las tecnologías también tienen incidencia en dicho marco. En definitiva, la LPD se aplica a las relaciones laborales y funcionariales de la AAPP, siendo incluso una materia a negociar de manera común en las mesas de negociación colectiva conjunta del art. 36.3 del TREBEP. Se advierte por la doctrina, además, que esta norma extiende los principios y garantías de la protección de datos a la Administración Pública como responsable del tratamiento de los datos que obtenga de los empleados públicos en el ejercicio de su actividad profesional⁵¹: es decir, “consentimiento, licitud, transparencia, finalidad, adecuación, pertinencia, exactitud y actualización, temporalidad, seguridad a través de la confidencialidad, seudonimización o cifrado, evaluación de impacto y responsabilidad proactiva”, añadiendo a tales requisitos “una serie de salvaguardas de la persona que se configuran como derechos subjetivos encaminados a hacer operativos los postulados genéricos: información, acceso, rectificación, supresión, bloqueo, limitación del tratamiento, portabilidad u oposición”⁵².

Con anterioridad a la Ley de Protección de Datos, el EBEP no había dedicado atención al impacto de las tecnologías en el empleo público, más allá, por

⁵⁰ Al respecto, vid. Igartua Miró, M^a T.: “El derecho a la desconexión...”, ob., cit., pág. 72.

⁵¹ Rodríguez Escanciano, S.: “Posibilidades y límites en el control de los correos electrónicos de los empleados públicos a la luz de la normativa de protección de datos”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n^o 16, 2019, pág. 113, reenviando a su trabajo “El derecho a la protección de datos personales en el contrato de trabajo: reflexiones a la luz del reglamento europeo”, *Revista Trabajo y Seguridad Social, CEF*, n^o 423.

⁵² Rodríguez Escanciano, S.: “Posibilidades y límites...”, ob. cit., pág. 113.

un lado, de una breve mención en su Exposición de Motivos relativa a la necesidad de establecer “una gestión racional y objetiva, ágil y flexible del personal atendiendo al continuo desarrollo de las nuevas tecnologías” y, por otro lado, a la indudable posibilidad de cohonestar otros derechos con la innovación tecnológica (ej. el derecho al desempeño efectivo de las funciones o tareas propias de su condición profesional –art. 14 a-), el derecho a la formación continua y a la actualización permanente de sus conocimientos y capacidades profesionales –art. 14 g)- o el derecho a la adopción de medidas que favorezcan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral -art. 14 j-, entre otros derechos). Esta misma apreciación tenía lugar, sin duda, respecto a otros derechos fundamentales o legales englobados en el apartado de cierre del art. 14 referido “a los demás derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”. Por su parte, la normativa autonómica de Función Pública tampoco se ha preocupado de este aspecto respecto de los derechos de sus propios empleados públicos, aunque algunas regulaciones más recientes comienzan a abordar de manera desigual el impacto tecnológico sobre los derechos laborales de sus empleados (v. el art. 161 m del Proyecto de Ley del Empleo Público Vasco, aprobado por el Consejo de Gobierno de 29 de enero de 2019⁵³, el art. 71 k de la Ley 2/2015, del Empleo Público de Galicia⁵⁴, o el art. 66 g de la Ley 10/2010, de 9 de julio de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana).

La plasmación legal del derecho es, en todo caso, positiva y ha dado lugar a interesantes cuestiones respecto de su contenido y alcance, aunque debe quedar claro que la existencia del derecho a la intimidad, al descanso y a la seguridad y salud de los empleados públicos no ha sido nunca una cuestión dudosa o debatida. La problemática se centra, en realidad, en evidenciar que el incremento de flexibilidad que permiten las tecnologías hará más difícil ejercer de manera efectiva el derecho a la intimidad y a la desconexión, dependiendo esta última en gran medida de la cooperación del empleado y de la existencia de instrumentos colectivos que garanticen el mismo.

Como se ha señalado, el apartado j bis del art. 14 del TREB establece el derecho a la “desconexión digital en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”. El derecho a la desconexión digital en la Administración Pública se

⁵³ El artículo 161 sobre Derechos individuales del personal empleado público vasco señala que “el personal empleado público vasco tiene los siguientes derechos de carácter individual: h) Al respeto de su intimidad, orientación sexual, identidad de género, propia imagen y dignidad en el trabajo: [...]; m) A la protección y privacidad de los datos de carácter personal de los empleados públicos; n) A las vacaciones, descansos y permisos”.

⁵⁴ Dispone el derecho del empleado público “al respecto de su intimidad, orientación sexual, propia imagen y dignidad en el trabajo, especialmente frente al acoso sexual y por razón de sexo, moral y laboral; [...]; ñ) A recibir protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo

contempla, pues, en los términos que marca la LPD en su art. 88, el cual señala que “1. Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar. 2. Las modalidades de ejercicio de este derecho atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores. 3. El empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, elaborará una política interna dirigida a trabajadores, incluidos los que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas”.

La desconexión es, por tanto, un derecho que ampara al empleado público fuera de su tiempo de trabajo pues, qué duda cabe que el uso de las tecnologías de la información y comunicación durante el tiempo de trabajo es un deber del mismo en los términos señalados por el empleador dentro de sus facultades organizativas o de dirección. El debate sobre si la desconexión digital en el tiempo de no trabajo es también un «deber» del empleado está abierto, pues la colaboración de éste es de todo punto necesaria para hacer efectivo el derecho.

La finalidad del derecho a la desconexión no es otra que garantizar el derecho a no ser molestado en períodos de no trabajo (descanso, permisos, vacaciones, IT...) y facilitar, además, la conciliación de la vida personal o personal con la laboral. Es, sin embargo, la implementación del derecho el principal problema a evaluar pues, por un lado, el ejercicio de este derecho dependerá de la naturaleza de la relación entablada en el empleado y la AAPP (ej. alta dirección laboral o funcional ex art. 13 TREBEP), así como del lugar de la prestación y, por otro lado, será la negociación colectiva o los acuerdos entre la AAPP y los representantes de los empleados públicos los que delimiten las modalidades de ejercicio del derecho y las acciones de sensibilización y formación sobre el correcto uso o, al menos, sobre el uso razonable de las herramientas tecnológicas. En todo caso, es sobre la Administración Pública sobre quien recae la obligación de poner en marcha la política de desconexión digital, previo acuerdo con los representantes de los empleados públicos, no siendo exigible este derecho por los empleados sin la previa regulación convencional. A este respecto, la doctrina ha advertido que, por ejemplo, la inexistencia de acuerdos en materia de prevención de riesgos

psicosociales podría dar lugar a que el uso intensivo de las TIC se integre en el área de responsabilidad social corporativa, relegando el papel de los representantes de los trabajadores en la materia⁵⁵, circunstancia que también podría ser extensiva al derecho a la desconexión digital en relación a los protocolos o normas internas de uso de las tecnologías en la empresa.

Pero la regulación legal tiene claramente dos objetivos: por un lado, evitar el riesgo de fatiga informática -nuevo riesgo para la salud que es evitable y tratable⁵⁶- y, por otro lado, establecer la política de control de las mencionadas herramientas en el ámbito público. Esta regulación, aunque bienvenida, hace depender su efectividad a lo acordado mediante la negociación colectiva o acuerdo entre los representantes de los empleados y la Administración de que se trate, no estableciendo el deber de negociar a las partes legitimadas ni una regulación unitaria o igual para todos los empleados públicos⁵⁷. La descentralización territorial de la negociación colectiva en la AAPP puede dar lugar a tratamientos y alcance del derecho muy diferentes y ello pese a que esta materia podría abordarse no sólo en las mesas conjuntas de negociación ex art. 36.3 TREB sino, también, en la Mesa General de Negociación ex art. 34 TREBEP⁵⁸.

Las dificultades de poner en marcha la protección del derecho a la desconexión, unidas a la falta de sanciones por el incumplimiento de la obligación de regular el mismo, hacen que, de momento, no se haga verdaderamente efectivo este derecho, siendo las Administraciones Públicas de mayores dimensiones las que deban dar un paso adelante en su regulación convencional, sin perjuicio de las medidas que ya tienen a su disposición los empleados públicos para alcanzar el fin propuesto en la norma.

⁵⁵ Fernández Avilés, JA.: “NTC y riesgos psicosociales en el trabajo: estado de la situación y propuestas de mejora”, *DSL* nº 2, 2017.

⁵⁶ Serrano Argüeso, M.: “Digitalización, tiempo de trabajo y salud laboral”, ob. cit. pág. 14.

⁵⁷ Sobre esta materia, véase, Lahera Forteza, J.: “El papel de la negociación colectiva en la regulación de los derechos digitales en el empleo público”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 54, 2019, págs. 311 y ss.

⁵⁸ En el sector privado se considera más eficaz la regulación en Acuerdos Interprofesionales. Al respecto, Igartua Miró, MT.: “El derecho a la desconexión...”, ob., cit., pág. 18.