

Teletrabajo y derecho a la desconexión digital en el empleo público

Ricardo A. Muñoz (h.) (*)

Sumario: I. El escenario de la pandemia.— II. El teletrabajo y el *home office*.— III. Algunos antecedentes.— IV. Protección constitucional y legal.— V. Contexto de la nueva realidad de la Administración pública.— VI. El impacto del teletrabajo en el empleo público.— VII. Los derechos y garantías complementarias al teletrabajo.— VIII. Alguna jurisprudencia.— IX. Reflexión final: la innovación no es solo tecnológica.

I. El escenario de la pandemia

En estos tiempos se torna necesario e imposable discurrir —en términos jurídicos, pero también de manera interdisciplinaria— la problemática del teletrabajo, trabajo virtual o remoto, en el ámbito de todas las instituciones, pero aún más todavía —por las razones que todos conocemos— en el sector público, porque allí se encuentran los desafíos mayores.

La propuesta del teletrabajo permite afianzar la cultura de la eficiencia y la capacidad de los servidores y funcionarios públicos, para cumplir las metas fijadas por los superiores, pero en esta oportunidad con ausencia de la coerción personal, lo que supone además, de mejorar el sentido personal e individual de la responsabilidad, algo más amplio, abarcador e integrador:

(*) Abogado egresado de la Universidad Nacional de Córdoba con Reconocimiento al Mérito Académico y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la misma universidad. Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Austral. Es docente de posgrado en el área del Derecho Público y director de trabajos finales de posgraduación. Ha escrito 4 libros, entre los que se destaca "Inteligencia Artificial y Derecho Administrativo", de reciente publicación; ha participado, además, en obras colectivas y es autor de más de 100 publicaciones sobre su especialidad. Disertante en innumerables ocasiones en eventos académicos desarrollados en nuestro país y en el extranjero.

un verdadero cambio colectivo de la cultura organizacional, en este caso, de la Administración pública, que todos pretendemos alcanzar.

Es más, si en los próximos años el empleo público podría verse reformulado o por lo menos complementado, por los algoritmos —tal como lo sostiene la más prestigiosa doctrina (1)—, lo cual a su vez debería acarrear modificaciones legislativas para adecuar las normas de la función pública, imaginense entonces, si no deberíamos empezar —por lo menos y en forma urgente— desde la implantación con validez y eficacia del teletrabajo en la esfera de la gestión pública.

Ya inicialmente, aclaramos que por medio del presente texto no haremos otra cosa que ofrecer un mero racconto de la realidad cotidiana por todos nosotros vivida, y solo ciertas reflexiones sobre los posibles conflictos y eventualmente algunos aspectos que merecen ser incorporados normativa o reglamentariamente en los estatutos que rigen las relaciones de empleo público en el ámbito de la Administración pública.

(1) CORTÉS, Oscar, "Algoritmos y algunos retos jurídicos-institucionales para su aplicación en la Administración pública", en Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas, 18, año 2020, Ed. IVAP, ps. 54 y ss., en part. p. 60.

Como sabemos, el impacto que la legislación de emergencia dictada en el marco de la excepcionalidad dada por el COVID-19 ha tenido sobre el derecho administrativo en general, y el empleo público, en particular, no ha sido menor, y tal es así que los cambios provocados por la pandemia parece que han venido a quedarse para siempre, siendo una escenario incontestable e incuestionable, por lo que la Administración pública debe definitivamente actuar en correspondencia a esa realidad.

Las medidas sanitarias de aislamiento (y después distanciamiento), social, preventivo y obligatorio, naturalmente motivaron declaraciones de receso administrativo y la suspensión de los plazos administrativos; declaración de actividades esenciales permitidas y autorizadas para el personal de salud, fuerzas de seguridad, bomberos, etc.; dispensa de cualquier presencialidad a personas consideradas grupos de riesgo; licencias y justificaciones de inasistencias a los lugares habituales de trabajo; reordenamiento de personal para ser destinados a otras áreas distintas a las habituales con nuevas funciones según las necesidades que la crisis generara; y con ello, traslados y permutas de los recursos humanos según los requerimientos; las exigencias de incrementar medidas de seguridad e higiene; la contemplación del COVID-19 para las ART; entre otros, a lo que se le añade naturalmente, una serie de políticas públicas llevadas a cabo por la Administración tendiente a profundizar el teletrabajo y asegurar las garantías complementarias que aquel supone.

II. El teletrabajo y el *home office*

Aunque muchas veces se utilizan los términos "teletrabajo" y *home office* en forma indistinta como sinónimos, lo cierto es que entre ambos existe una relación de género a especie, ya que, mientras el primero implica una modalidad de trabajo en donde las tareas y modo de comunicación con el empleador se efectúa alejado de las entidades físicas de este (p. ej., centros informáticos compartidos con otras empresas), el *home office* implica que el lugar material de trabajo es el domicilio o la residencia habitual y ordinaria del empleado.

En definitiva, el teletrabajo —en todas sus variantes— implica una modalidad de trabajo

en relación de dependencia, cuyas tareas, misiones, responsabilidades y obligaciones son desarrolladas fuera del establecimiento del empleador (2), de manera no ocasional, y con el auxilio de las tecnologías de la información y la comunicación (3), siendo —entonces— la "deslocalización" del lugar de prestación de tareas lo que caracteriza principalmente a la problemática que estamos abordando.

Según la literatura jurídica, son muchas las ventajas que el teletrabajo ofrece, tanto para los empleadores, trabajadores y sus familias, y, en definitiva, para la sociedad toda. Así, entre los beneficios y bondades podemos mencionar el ahorro de tiempo y costos al evitar desplazamientos; reducción de la congestión vehicular y de transporte, y con ello, menor impacto ambiental; posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral, pese que se diga también que ello provoca la falta de vida social, el aumento del individualismo y la fragmentación de lo colectivo; permite la inclusión de grupos en situación de vulnerabilidad, como por ejemplo,

(2) En nuestro país, por vía reglamentaria, se aclaró que "Las disposiciones de la ley 27.555 no serán aplicables cuando la prestación laboral se lleve a cabo en los establecimientos, dependencias o sucursales de las y los clientes a quienes el empleador o la empleadora preste servicios de manera continuada o regular, o en los casos en los cuales la labor se realice en forma esporádica y ocasional en el domicilio de la persona que trabaja, ya sea a pedido de esta o por alguna circunstancia excepcional" (art. 1º, dec. 27/2021). De todas maneras, queda la duda que significa "esporádica y ocasional" por lo que se debe todavía puntualizar el alcance de esos términos (CONFALONIERI [h], Juan A., "Primer acercamiento a la Reglamentación —parcial y confusa— de la ley 27.555, y a la resolución MTEYSS 54/2021, de 3 de febrero. Sobre el concepto de Teletrabajo, el punto de partida de la vigencia de las normas que lo regulan, y el ámbito de aplicación de las mismas", en ED, Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, 3, marzo 2021, cita digital: ED-MCCXXI-721).

(3) Grisolia ha definido al teletrabajo "como aquel fenómeno consistente en la realización de cierto tipo de trabajos sin la presencia física del empleador, por parte de personal a su cargo, que se mantienen en contacto con él mediante la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC). Es decir, que es una forma de organizar y realizar el trabajo a distancia con el auxilio de herramientas tecnológicas, en un lugar distinto y fuera de la empresa" (GRISOLÍA, Julio A., "Teletrabajo, una puerta al futuro", www.microjuris.com.ar, Cita: MJ-DOC-5802-AR | MJD5802).

personas con movilidad reducida, lo que se traduce —además— en la obligación del Estado de llevar a cabo medidas de acción positiva a favor de este universo (art. 75, inc. 23, CN); optimiza el tiempo de trabajo con la implementación del trabajo por objetivos (mediante metas e indicadores); disminuye considerablemente los costos en infraestructura, instalaciones y otros gastos (oficinas, servicios, herramientas, etc.).

III. Algunos antecedentes

En el escenario antes descrito, por convicción pero también por la necesidad que implica la emergencia sanitaria, muchos países han adoptado iniciativas de teletrabajo o trabajo remoto, aunque —según un reciente trabajo publicado por el Instituto Nacional de Administración Pública (INAP) de autoría de Oszlak— la conceptualización de “trabajo remoto” se usó por primera vez en la década de los 70 en los EE. UU. con motivo de la crisis del petróleo y la necesidad de ahorrar en combustible (4). En términos generales, las Administraciones públicas han reaccionado en forma positiva y han decidido no dejar paralizada la gestión pública, pese que naturalmente los servicios se han resistido y no se alcanzó los mismos niveles de optimización logrados con la actividad presencial.

En este punto, también debe precisarse que el teletrabajo es relativamente distinto para los niveles superiores, medios y bajos en la Administración. Se ha dicho que mientras que el 75% de los trabajadores cuyo salario equivalía a más de diez salarios mínimos tuvieron la posibilidad de trabajar de manera remota, solamente el 40% de aquellos que recibían hasta dos veces el salario mínimo, pudieron hacer lo mismo. “Esta encuesta está diciendo que el trabajo remoto es relativamente más fácil y más útil y más eficaz en los cuadros medios y altos de las administraciones públicas, pero en los cuadros más pequeños es más complicado, porque sus labores son complementarias, que ayudan a la realización de determinadas labores y que, en consecuencia, pueden ser más complicados de realizar de forma no presencial” (5).

(4) OSZLAK, Oscar, "Trabajo remoto: hacer de necesidad virtud", Cuadernos del INAP, año 1, 2020, p. 11.

(5) VELÁZQUEZ LÓPEZ, Francisco, "El burócrata disruptivo: para comprender la Administración pública",

En términos normativos, podemos coincidir que se evidencia que los países cuentan con legislación más robusta y potente en materia de teletrabajo, lo que da cuenta no solo la ley argentina 27.555 e iniciativas concretas a nivel de convenios colectivos principalmente en las actividades docentes, sino también importantes antecedentes del derecho comparado y que muchos de ellos datan de varios años atrás (6).

Amén de la legislación, más abajo mencionada, también existen interesantes antecedentes en los Estados Unidos (incluso desde la década de los 90), Unión Europea, Hungría, Turquía, Colombia, Chile, Perú, México y Brasil, que son motivo de un extenso desarrollo por parte de la doctrina (7).

La mayoría de la normativa fue dictada para ser aplicada exclusivamente al ámbito privado, sin perjuicio de lo cual igualmente existen casos de legislación destinada para ambos sectores públicos y privados (p. ej., Bolivia, Costa Rica, El

Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), Caracas, 2021, p. 124.

(6) A su vez, también puede señalarse que el teletrabajo encuentra incentivos en la ley 27.505 de Promoción de la "Economía del Conocimiento", que precisamente tiene como objetivo la promoción de actividades que aplican el uso del conocimiento y la digitalización de la información, la obtención de bienes, prestación de servicios y/o mejoras de procesos.

(7) BUGALLO, Jorge M., "Teletrabajo en Argentina. De su forzada implementación a su inexcusable permanencia", Asociación del Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, http://www.adaciudad.com.ar/wp-content/uploads/2020/10/Bugallo-Teletrabajo-en-Argentina-1.pdf?utm_source=mailpoet&utm_medium=email&utm_campaign=covid-19. También puede consultarse, SAN JUAN, Claudio, "Estudio comparado de la legislación sobre Teletrabajo en los países de América Latina y el Caribe Autor", www.microjuris.com.ar, Cita: MJ-DOC-15486-AR | MJ15486. En agosto del año 2020, este último autor citado concluía que "diez países de América Latina y el Caribe cuentan con una regulación vigente sobre teletrabajo, mediante distintas jerarquías de normas legales (leyes, decretos, resoluciones ministeriales): Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Panamá, Paraguay y Perú. Tres países tramitan ante sus parlamentos un proyecto de ley: Argentina, México y Uruguay. Los países en los que el teletrabajo estaba regulado antes de la pandemia son: Argentina (parcialmente), Brasil, Chile, Costa Rica, Colombia, Ecuador (solo para el sector privado) y Perú (sin reglamentar)".

Salvador), y finalmente, también aparecen normas solo para la Administración, en este caso, siempre de naturaleza reglamentaria, como decretos, resoluciones ministeriales o incluso a nivel de secretaría de Estado (tal es el supuesto de la República de Paraguay), pero no todavía a nivel legal.

Por ejemplo, en Perú la ley 30.036 del 22 de febrero 2013 y su decreto supremo 009-2015-TR regula el teletrabajo en las instituciones públicas y privadas. Define el teletrabajo “por su desempeño subordinado de labores sin la presencia física del trabajador, denominado teletrabajador, en la empresa con la que mantiene vínculo laboral, a través de medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos, mediante los cuales se ejercen a su vez el control y la supervisión de las labores” (8).

También antes de la pandemia, Costa Rica sancionó la ley 9738 de 2019 que tiene por objeto promover, regular e implementar el teletrabajo como un instrumento para la generación de empleo y modernización de las organizaciones públicas y privadas, a través de la utilización de tecnologías de la información y comunicación, y aclara que queda sometido a su ámbito de aplicación “tanto el sector privado como toda la Administración pública, tanto centralizada como descentralizada, incluyendo aquellos entes pertenecientes al régimen municipal, así como las instituciones autónomas y semiautónomas, las empresas públicas y cualquier otro ente perteneciente al sector público” (art. 2º). A su vez, esta norma (art. 6º) establece tres aspectos que nos parecen centrales: a) el horario de la persona teletrabajadora podrá ser flexible dentro de los límites establecidos en la jornada, siempre y cuando sea previamente acordado con su jefatura y no afecte el normal desarrollo de las actividades y los procesos de trabajo; b) los criterios de medición, evaluación y control de la persona teletrabajadora serán previamente determinados en el acuerdo o adenda a suscribir, y deberán ser proporcionales a los aplicados en su centro de trabajo; c) la incorporación a la mo-

dalidad del teletrabajo es voluntaria tanto para la persona trabajadora como para la persona empleadora. Más adelante, volveremos con estos temas.

Ya con motivo de la crisis sanitaria del COVID-19, en Bolivia el decreto supremo 4218 del 16 de abril de 2020 regula el teletrabajo como una modalidad especial de prestación de servicios caracterizada por la utilización de Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC) en los sectores público y privado, estableciendo pautas (para ambos ámbitos) respecto la jornada, las obligaciones del empleador y del teletrabajador, la suspensión, control y supervisión, entre otras (9). A su vez, reglamentariamente se establece que las entidades públicas podrán implementar la modalidad de teletrabajo en el marco de sus competencias, para lo cual se deberá elevar una solicitud a la máxima autoridad ejecutiva, debiendo cada área adecuar su Reglamento Interno de Personal, Manual de Organizaciones de Funciones y otros inherentes a las actividades y puestos de los funcionarios, mediante los procedimientos establecidos en la normativa vigente (resolución ministerial 220/2020 de 24 de abril de 2020, Ministerio de Trabajo, Empleo y Previsión Social, “Reglamento de Implementación del Teletrabajo”).

Por su lado, el dec. 600/2020 de la Asamblea Legislativa de El Salvador aprobó la Regulación del Teletrabajo, con el objeto de promover, armonizar, regular e implementar el teletrabajo como un instrumento para la generación de empleo y modernización de las instituciones públicas, privadas y autónomas, a través de la utilización de tecnologías de la información y

(9) En especial, para el sector público, se establece que, “I. Con el objetivo de implementar y promover el teletrabajo, las entidades públicas y entidades privadas que prestan servicios por cuenta del Estado desarrollarán e implementarán una estrategia de digitalización para la atención de trámites y servicios en línea en el marco de Plan de Implementación de Gobierno Electrónico, dando prioridad a aquellos trámites y servicios ofrecidos de mayor recurrencia. II. En todo nuevo trámite o servicio puesto a disposición por parte de las entidades públicas y entidades privadas que prestan servicios por cuenta del Estado, se implementará la atención en línea mediante servicios digitales y/o un canal presencial de tramitación” (art. 12).

(8) TELETRABAJO, “Primer libro blanco nacional de buenas prácticas en teletrabajo, trabajo remoto y trabajo conectado”, Secretaría de Gobierno de Trabajo y Empleo, Ciudad de Buenos Aires, 2019, 1ª ed ampliada, libro digital, pdf.

comunicación (10), haciendo foco en el horizonte final que es la calidad de los servicios públicos, algo que nos parece basal para consolidar la institución: “El aprovechamiento de las tecnologías de la información y comunicación en la prestación de los servicios al público y a la población en general, el aumento y medición de la productividad, mayor eficiencia y transparencia en el uso de los fondos públicos...” (art. 2º), implican unos de los principales objetivos del teletrabajo. Después, también menciona lo que más adelante haremos referencia respecto que, en términos generales, no existe un verdadero derecho subjetivo al teletrabajo, estableciendo la norma que “la incorporación a la modalidad de teletrabajo es voluntaria por parte del servidor público. El titular de la institución y de la municipalidad tiene la potestad para autorizar o revocar la contratación bajo dicha modalidad, sin menoscabo a su estabilidad laboral. El servidor público podrá solicitar en cualquier momento la restitución a su condición original, lo cual será vinculante para el empleador” (art. 19).

Y finalmente —sin que este análisis involucre en absoluto agotar los regímenes comparados—, en Paraguay, si bien no se ha sancionado un régimen especial de teletrabajo, la Ley 6524 de Emergencia en su art. 20 establece: “Durante la vigencia de esta ley, siempre que la naturaleza de la relación laboral existente lo permita, se establece el régimen jurídico del teletrabajo en relación de dependencia para el sector privado y en el sector público de conformidad a la reglamentación de cada Organismo o Entidad del Estado. Se entiende por teletrabajo, a los efectos de la presente ley, al trabajo en relación de dependencia, que consiste en el desempeño de actividades o trabajos realizados a distancia en forma total o parcial, mediante el uso de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC) en virtud a una relación de trabajo que permita su ejecución a distancia, sin requerirse

(10) Resulta interesante que la norma, respecto el sector público, y en materia de derechos, deberes y prohibiciones, reenvía a la “Ley de Servicio Civil, la Ley de la Carrera Administrativa Municipal y demás leyes aplicables a cada institución, inclusive la Ley del Seguro Social, la Ley la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Limpia (CEL), Reglamentos, Contratos Colectivos de Trabajo y demás fuentes de obligaciones laborales” (art. 17), las que incluso son de aplicación supletoria (art. 21).

la presencia física del trabajador en un sitio específico de trabajo” (11).

IV. Protección constitucional y legal

En primer lugar, en este punto debe decirse que naturalmente la problemática abordada cuenta con el resguardo constitucional, ya que, si —conforme el art. 14 bis de la Constitución Nacional— “el trabajo en sus diversas formas gozará de protección de las leyes”, y el teletrabajo es una modalidad de aquel, no cabe dudas, por lo tanto, que la conclusión es obvia: en nuestro sistema existe una garantía constitucional de salvaguarda al teletrabajo, toda vez que el dispositivo citado implica un imperativo amplio y adaptable a todas las modalidades de trabajo, y en efecto, entonces, la mencionada posibilidad de prestación no puede ser una excusa para la violación a los derechos laborales del trabajador.

De igual manera, debe concluirse que aun cuando el teletrabajo fuera constitucionalmente un “caso no previsto”, ello no colige que su problemática transite por fuera de la Carta Magna. En ese mismo sentido, en reciente sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Cristina Fernández de Kirchner”, por el cual el Máximo Tribunal Federal —a modo de *obiter*— autorizó las sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación de forma remota (12), se extrae el citado razonamiento

(11) A través de la res. 181/2020 de la Secretaría de la Función Pública se aprobó el “Protocolo para la aplicación del Teletrabajo en el Sector Público”, mediante interesantes regulaciones, entre las que se encuentran: a) en caso de su incumplimiento, los trabajadores son responsables directos por las acciones u omisiones realizadas en contravención al presente Protocolo o a las obligaciones establecidas en la legislación vigente, siendo pasibles de las sanciones que correspondan; b) los funcionarios públicos deberán informar sobre los avances laborales desarrollados, en tiempo y forma establecida o a requerimiento del Superior Jerárquico, Unidades de Gestión de Personas o su equivalente; c) también son responsables por el correcto uso, cuidado y mantenimiento de las herramientas informáticas proveídas por la Institución y estarán sujetos a las responsabilidades civiles, penales y administrativas que resulten del uso y manejo indebido de los mismos; d) las Instituciones deberán establecer una plataforma o sistema informático que permita la conexión electrónica de los funcionarios públicos y la entidad en la que se encuentre prestando servicios.

(12) CS, 24/04/2020, “Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de presidenta del Honorable Senado de la Nación s/acción declarativa de certeza”.

interpretativo cuando advierte el ministro Rosatti —según su voto— que “al regular el funcionamiento del Congreso, la Constitución no previó el trabajo no presencial de sus integrantes en el marco de las sesiones. Ahora bien, de esa circunstancia no se deriva la inconstitucionalidad de tal sistema, dado que no podría pedírsele a los constituyentes (originarios o reformadores), que imaginaran un futuro (o este futuro) tecnológico, respectivamente. La ausencia de normas para atender a situaciones actuales, pero inexistentes al momento de sancionarse la Constitución (o de reformarse), no convierte a las soluciones posibles en inconstitucionales, sino que exige un esfuerzo interpretativo para ponderar si tales remedios son compatibles o no son compatibles con el espíritu del texto constitucional, siendo de suma significación considerar, además, de la letra de las normas, la finalidad perseguida y la dinámica de la realidad (Fallos 320:875; 320:2701; 327:4376; 328:1146, entre muchos otros)” (consid. 11).

Además, y como atinadamente se ha mencionado (13), la implementación del teletrabajo también es acorde al art. 75, inc. 19 de la Constitución Nacional que —en la denominada “cláusula de nuevo progreso” o “cláusula de desarrollo humano”— atribuye la obligación al Congreso en torno a proveer al “desarrollo científico y tecnológico, difusión y aprovechamiento”, y que fundamenta el funcionamiento de la Administración en épocas de pandemia, pero seguramente también marcando los tiempos de una normalidad futura.

Ahora bien, y sin perjuicio de la protección constitucional enunciada, también debemos preguntarnos si existe un verdadero derecho fundamental al teletrabajo exigible al empleador, o lo que es lo mismo, el trabajador tiene la facultad de obligar al empleador que la prestación de servicios sea a través de esta modalidad. Parece que, en términos generales y como principio general, no cabe tal posibilidad, ya que, por un lado, la modalidad está condicionada a

“aquellas actividades que, por su naturaleza y particulares características, lo permitan” y, por el otro, según los “aspectos específicos” establecidos en el “marco de las negociaciones colectivas” (14).

Y esto es así, más aún todavía en el ámbito de la Administración pública donde debe ponerse foco en la calidad y eficiencia de la actividad prestacional a favor del ciudadano y los usuarios de servicios públicos. “El trabajo móvil debe mantener o incrementar la productividad y los servicios a los usuarios; no es un derecho del empleado”, señala Oscar Oszlak en un trabajo de reciente publicación (15). Después, claro está, en términos concretos, existen situaciones donde prima la protección constitucional y nace un verdadero derecho al teletrabajo a favor empleado, bajo ciertas condiciones y exigencias (p. ej., situaciones de vulnerabilidad, personal de riesgo, etc.).

Por otro costado, y ya en el campo legal, debemos situarnos en el marco de la ley 27.555 de “Regulación del Teletrabajo”, dictada en el ámbito de aplicación de la ley de Contrato de Trabajo, aunque reconocemos en ella diversas regulaciones e instituciones que —en forma analógica y también directa— igualmente pueden ser de aplicación en el universo del ámbito público.

Dicho régimen, que encuentra su principal antecedente en la ley 25.800 que ratifica el Convenio OIT 177 sobre trabajo a domicilio promoviendo la igualdad de condiciones de este tipo de trabajadores con respecto a los presenciales, implica —como su articulado lo menciona— una regulación de establecimiento de los “presupuestos legales mínimos” en aquellas actividades que “permitan”, y luego los “aspectos específicos se establecerán en el marco de las negociaciones colectivas” pero “respetando los principios de orden público establecidos en esta ley” (arts. 1º y 2º, ley 27.555).

Introduciéndonos en la ley, y amén de la consideración de especiales instituciones reguladas que más adelante comentaremos particularmente con relación a la Administración pública,

(13) MARTÍNEZ, Paulina, “La Auditoría General de la Nación: algunas consideraciones a casi tres décadas de su creación”, en AA.VV., *Revista de Derecho Público*, Poder Ejecutivo II, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2021, ps. 437 y ss., en part. p. 449.

(14) Conforme art. 1º, ley 27.555.

(15) OSZLAK, Oscar, “Trabajo remoto: hacer de necesidad virtud”, Cuadernos del INAP, año 1, 2020, p. 14.

la norma en su art. 3º señala que las personas que trabajen contratadas bajo la modalidad de teletrabajo “gozarán de los mismos derechos y obligaciones que las personas que trabajan bajo la modalidad presencial y su remuneración no podrá ser inferior a la que percibían o percibirían bajo la modalidad presencial”; lo que ha generado diversas críticas por parte de la doctrina (16). La rigidez normativa, hace que se desvanezcan las ventajas de esta especialidad modalidad y se desaprovechen oportunidades para generar cambios positivos, especialmente en el ámbito de la Administración pública (17). Volveremos más adelante con ello.

Lo que sí merece un justo reconocimiento, ha sido la positiva contemplación de las personas que realizan tareas de cuidado de personas —menores de trece años, personas con discapacidad o adultos mayores—, aclarando (innecesario y restrictivo desde mi óptica) que “convivan con la persona trabajadora y que requieran asistencia” habida cuenta que pueden no convivir y no requerir asistencia concreta diferenciable, pero son igualmente personas vulnerables a cargo, para lo cual “tendrán derecho a horarios compatibles con las tareas de cuidado a su cargo y/o a interrumpir la jornada”, y su incumplimiento se presumirá discriminatorio

(16) Para la doctrina, esta afirmación (refinándose a la veda de percibir un salario menor) "desde el punto de vista del principio protectorio y principio de progresividad parece de Perogrullo, pero es cierto que existe una discusión sobre qué gastos tiene el trabajador por teletrabajar y qué se ahorra y, por lo tanto, no es tan fácil afirmar si el trabajador que accede al teletrabajo está ganando igual, menos o más que antes" (De URQUIZA, Luis D. J., "Teletrabajar. Parte I", www.microjuris.com.ar, Cita: MJ-DOC-15816-AR | MJD15816).

(17) Entendemos que establecer que los teletrabajadores tendrán los mismos derechos y obligaciones y percibirán la misma remuneración que los trabajadores presenciales, resulta sobreadundante considerando que en nuestro ordenamiento jurídico existen normas que impiden el trato discriminatorio, como ser el art. 14 bis de la CN —ya citado— que contempla el principio de igual remuneración por igual tarea, "pero no cuando el diferente tratamiento responda a principios de bien común, o se justifique en la mayor eficacia, laboriosidad o contracción a sus tareas por parte del trabajador" (PIATTI, Ana Carolina, "Presente y futuro del Teletrabajo en la Argentina", en ED, *Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, 3, marzo 2021, cita digital: ED-MCCCXI-723).

resultando aplicable las previsiones de la ley 23.592 (art. 6º, ley 27.555) (18).

En este sentido, es imprescindible que todas estas transformaciones, se hagan no solo con pleno respecto a los derechos laborales, sino también desde una perspectiva de género, que en materia de empleo público, puede recordarse la “Declaración de Alcalá de Henares sobre Igualdad de Género en las Administraciones Públicas” de 2019 aprobada por los países Iberoamericanos a iniciativa del CLAD (19).

Finalmente, en lo que aquí respecta y sin perjuicio de volver seguidamente con otros aspectos de la ley 27.555, la norma comentada recepta, por un lado, el derecho al consentimiento expreso (la “voluntariedad”) del traslado de una posición presencial a una modalidad de teletrabajo, y por el otro, el de la “reversibilidad” que implica la revocación en cualquier momento de aquel consentimiento para permitió el teletrabajo (arts. 7º y 8º, ley 27.555).

(18) En materia de empleo público, el principio de no discriminación quedó contemplado —por ejemplo— en la ley 25.165 "Marco de Regulación de Empleo Público Nacional", cuando se refiere a las prohibiciones para el personal (art. 24, inc. h), las obligaciones del empleador (art. 33, inc. i), derechos de los agentes (art. 34, inc. o), entre otros.

(19) Allí los Estados firmantes se comprometieron a seguir distintas recomendaciones, tales como: de reforzar los marcos legislativos y normativos para sistematizar el deber de las administraciones públicas en el objetivo de conseguir la igualdad de mujeres y hombres; analizar el impacto de la maternidad en el acceso, permanencia, movilidad y en la promoción de la carrera profesional en el empleo público para evitar posibles discriminaciones por razón de género; promover medidas de acción positiva para alcanzar la igualdad de género en aquellos ámbitos donde las mujeres están infrarrepresentadas; aplicar leyes de paridad u otras acciones positivas para eliminar "barreras invisibles" que dificultan el acceso de las mujeres a los espacios de mayor responsabilidad en los gobiernos y los ministerios; promover la aplicación de protocolos para prevenir y actuar ante casos de violencia de género en el ámbito de la función pública; realizar estudios periódicos sobre la brecha salarial en la función pública, para detectar y corregir prácticas que generan diferentes ingresos en funcionarios y funcionarias de las mismas escalas profesionales; desarrollar o incluir en los programas de formación contenidos en igualdad de género y sobre la perspectiva y el impacto de género en las políticas públicas, dirigidos a todos los funcionarios y funcionarias, entre otros.

Este punto es demostrativo que la ley no diferencia debidamente las relaciones que nacieron desde la presencialidad y mutaron al teletrabajo, de aquellas que nacen y se ejecutan desde su comienzo a distancia y con la intención de permanencia como trabajo absolutamente remoto. En estas últimas, por ejemplo, no debería permitirse el derecho a la “reversión” porque no hay situación previa para revertir (20). Además, la “reversibilidad” —en aquellos casos que sea posible— no tiene límite de tiempo, lo que es peligroso desde la seguridad jurídica y las facultades de dirección de la empresa. En definitiva, parece que la ley fue pensada para la circunstancia coyuntural y “temporal” del COVID-19, y no una norma imaginada para una “nueva normalidad”.

V. Contexto de la nueva realidad de la Administración pública

Debemos comenzar con los nuevos “paradigmas” que rigen la moderna gestión pública, caracterizada ahora por la “desterritorialización” material de la Administración pública y la “deslocalización” de la actividad regulatoria de la misma, sumado a la redefinición de los clásicos institutos que configuran el derecho administrativo, ya que —por ejemplo— la organización administrativa no transcurre ahora por abrir o cerrar oficinas, o trasladar infraestructuras o recursos humanos (21). Para discernir el alcance de la problemática, el lector debe tener presente que la era de la Posmodernidad se identifica con la “proliferación de los llamados ‘no-lugares,’ y precisamente Internet es un ‘no-lugar global,’ fracturado en múltiples subterritorios... Internet elimina el tiempo y la distancia y, por ende, en el

(20) NUNES, Andrés G., “Teletrabajo. Proyecto de ley en Argentina. Comentario sobre los extremos regulados y algunos desafíos para los actores sociales en el mundo del trabajo”, www.microjuris.com.ar, cita MJ-DOC-15436-AR | MJD15436. No obstante, en el Reglamento de la Ley de Teletrabajo (dec. 27/2021) se aclaró que “Las personas que trabajan que hubiesen pactado la modalidad de teletrabajo desde el inicio de la relación laboral no pueden revocar su consentimiento ni ejercer el derecho a que se les otorguen tareas presenciales, salvo lo dispuesto en los Convenios Colectivos del Trabajo o en los contratos individuales”.

(21) CORVALÁN, Juan, “Hacia una óptima Administración digital inteligente”, en *La Ley. Edición Especial. El Derecho en Transformación*, 19/10/2017.

mundo virtual, ambos extremos casi perdieron importancia. En el ciberespacio, la nueva coordenada es la atemporalidad” (22).

A lo indicado, debe sumársele los efectos que el contexto mundial de la globalización produce, y en concreto, en materia de relaciones laborales en el ámbito de la Administración pública, puede suceder que un empleado público preste funciones ubicado físicamente en otro país, que sea de una nacionalidad distinta, o que incluso, sea agente de las Administraciones públicas de más de un Estado, sin que exista incompatibilidad o inhabilidad alguna, todo lo cual nos lleva a explorar terrenos todavía desconocidos en lo que se podría denominar como una suerte de “empleo público transnacional” (23), una verdadera “callcenterización” de la Administración, sin ser peyorativo al respecto (24).

Este contexto se complejiza aún más, por las notas propias que caracterizan nuestros marcos jurídicos de empleo público: diversidad de regímenes y dificultad de su conocimiento y sistematización (distintas funciones: docentes, de seguridad, etc.); procesos de negociación colectiva entre las partes como factor central de regulación; ingreso discrecional; regulación por el derecho privado (25).

Ni hablar del déficit del empleo público en nuestro país, una tradición argentina, que refleja una realidad muchas veces contradictoria y

(22) SCOTTI, Luciana B., “Contratos electrónicos. Un estudio desde el Derecho Internacional Privado Argentino”, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 2012, ps. 31 y 34.

(23) Por las características del empleo público, y la naturaleza del vínculo que une al trabajador con la Administración pública, no parece atendible al Derecho Administrativo el art. 17 de la ley 27.555, que permite se aplique la ley del lugar de ejecución de tareas.

(24) Para la doctrina iuspublicista, los puestos de trabajo “no serán ocupados por trabajadores locales. Ellos serán ocupados por trabajadores ‘igualmente’ preparados, pero a costos ostensiblemente para baratos... La globalización permite así aumentar la capacidad laboral de una empresa, reduciendo sus costos, pero usualmente sin contratar a trabajadores locales, generando una considerable tasa de desempleo en este orden” (UEZ, Román A., “La globalización y los problemas regulatorios”, Ed. RAP, Buenos Aires, 2007, p. 53).

(25) BALBÍN, Carlos F., “Tratado de Derecho Administrativo”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2010, t. II, p. 267.

atentatoria contra los objetivos planteados: falta de planificación de políticas públicas; ausencia de procedimientos adecuados para el ingreso; escaso control respecto las obligaciones laborales; descontroladas contrataciones precarizadas y temporarias que además, se contraponen al teletrabajo (que requiere previsibilidad, capacitación, etc.), entre muchas otras.

Es en ese escenario, entonces, en donde se pretende la difícil tarea de incorporar el teletrabajo para el ámbito de las relaciones laborales en el ámbito de la Administración pública. Y así, puede receptarse a través de los convenios colectivos de trabajo, mediante una regulación de teletrabajo más flexible propia del derecho laboral (pese que la ley 27.555 carece de esa impronta), o más próxima al reglamentarismo del derecho público mediante la recepción estatutaria de la figura, aunque parece que la primera opción puede facilitar la introducción de la figura en forma dinámica y actualizable, según los requerimientos, urgencias y necesidades, como así también los medios tecnológicos y humanos que cuenta la Administración en un determinado momento (26).

Ahora bien, de una forma u otra, cualquiera fuera la manera de instrumentar la nueva modalidad, la regulación del teletrabajo no puede implicar en absoluto violaciones a los derechos laborales, y ante la duda o divergencia interpretativa, debe primar la protección de estos, máxime cuando rige constitucional y convencionalmente los principios *pro operario*, *pro homine* (27), *favor debilis*, entre otros, por todos conocidos.

(26) Ese es el camino, porque la organización administrativa debe ser creativa, planteándose como objetivo de su política pública, contar con un Estado profesional que se enfoque en resultados, que sea estratégico, participativo, moderno y transparente, y para ello, se requiere la revisión de los marcos jurídicos e institucionales de la función pública (ORTIZ DE GALLARDO, María Inés del Carmen, "Capacitación en la función pública: El capital humano de la Administración", en Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública —RAP—, 430, XXXIX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo en homenaje a Agustín Gordillo y su obra", Buenos Aires, 2014, p. 2014, p. 150).

(27) CS, 18/06/2013, "Asociación de Trabajadores del Estado s/ acción de inconstitucionalidad", "el trabajador es sujeto de preferente tutela constitucional" ("Vizzoti",

VI. El impacto del teletrabajo en el empleo público

Así las cosas, y visto, entonces, el alcance del concepto de teletrabajo y su basamento constitucional y legal, veamos cuáles son sus implicancias respecto el empleo público. ¿Qué consecuencias tiene esta modalidad sobre el trabajador público?, y en su caso, ¿qué aspectos estatutarios deberían modificarse para adaptarse a este nuevo modo?

Primero, debe internalizarse e implementarse —ya definitivamente— el concepto de "asincronía", y que se deduce precisamente de todo este trabajo que hemos estado haciendo en los últimos tiempos: no parece que exista inconveniente en que la prestación de servicios pueda ser inmediata, automática y asincrónica es decir, que se pueda prestar el servicio en cualquier momento u horario, especialmente si hemos digitalizado los expedientes, utilizamos robots y algoritmos previamente analizados para garantizar el servicio en condiciones de igualdad y no discriminación (28).

Segundo, se debe distinguir que funciones, misiones, responsabilidades y actividades pueden ser cumplidas bajo esta modalidad de trabajo a distancia, fuera de la sede laboral, y así, establecer la necesidad de concretar las reformas normativas y procedimentales para su implementación. Es lo que conocemos como "enfoque basado en tareas" (29), y que traduce

Fallos: 327:3677, 3689 y 3690 —2004—; "Aquino", Fallos: 327: 3753, 3770 y 3797 —2004—; "Pérez, Aníbal R. c. Disco SA", cit., p. 2055), Y goza de la "protección especial" del Estado, según lo expone la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, adoptada como Declaración de los derechos sociales del trabajador (art. 2.a), la cual ampara a los trabajadores "de toda clase" y sirve para la adecuada interpretación y el desarrollo de las normas de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre ("Ascuá", Fallos: 333:1361, 1369/1370 —2010—).

(28) VELÁZQUEZ LÓPEZ, Francisco, "El burócrata disruptivo: para comprender la Administración pública", ob. cit., p. 70.

(29) Por su lado, la res. 111/2019 dictada por la Secretaría de Modernización Administrativa, y por la cual se crea el "Observatorio de Tramitación Digital", señala en sus considerandos que "existe un nuevo paradigma de trabajo con un enfoque basado en la segmentación de tareas, gobernanza de datos y automatización, que per-

un nuevo paradigma de trabajo a través de una matriz respaldada en la segmentación de tareas, gobernanza de datos y automatización, especialmente para el caso de la inteligencia artificial (30).

En concreto, comenta Miriam Ivanega que “no todas las funciones de una organización pública son apropiadas para que automáticamente se cumplan mediante el teletrabajo, ni aun en la coyuntura de la pandemia. Para que ello resulte posible y con efectos positivos en términos de eficacia, deben clasificarse las funciones según los objetivos y su destinatario inmediato. De esta forma, la valoración del trabajo no presencial dependerá de si este se dirige a cumplir con actividades o tareas internas de la organización o si tiene vinculación directa con el ciudadano y sus principales necesidades. En este caso, la conversión en teletrabajo podrá realizarse si se evalúa la accesibilidad del ciudadano a esa modalidad y si está en condiciones de recibir la atención adecuada ya que, de no ser así —total o parcialmente— la organización pública deberá aplicar mecanismos o procedimientos complementarios. Por esta razón, resultará

mitirán mejorar el servicio al ciudadano a través de la introducción de las herramientas de aprendizaje automatizado a inteligencia artificial, y consecuentemente, aumentar la productividad y la eficiencia en la confección de respuestas legales, asistencia inteligente, admisiones automática, certificaciones automática y fiscalización con diagnóstico inteligente, como actividades intrínsecas al hacer administrativo”.

(30) CEVASCO, Luis, CORVALÁN, Juan Gustavo — LE FEVRE CERVINI, Enzo María, "Inteligencia artificial y trabajo", Ed. Astrea SRL - Editorial Universidad del Rosario, Derecho Para Innovar, IMODEV, Buenos Aires, 2019, p. 13. Para Juan Antonio Travieso en la actualidad "se producen nuevos contratos sociales y el progreso tecnológico irrumpe en progreso social. Esos cambios, no están en oposición, sino en conjunción para potenciarlos. Un ejemplo elocuente, es el del mundo de los robots, que como lo expresamos, podrán sustituir trabajadores en una relación aparentemente opuesta entre el trabajo y la tecnología y quizás esa hipotética sustitución, puede devenir virtuosa, al mejorar la calidad de vida" (TRAVIESO, Juan Antonio, "Derecho y Tecnología. Historias y dilemas", eDial.com, Buenos Aires, 2019, p. 31). Sobre inteligencia artificial y Derecho puede ampliarse en nuestro libro, MUÑOZ (h), Ricardo A., "Inteligencia Artificial y Derecho Administrativo. Un enfoque basado en derechos", IJ Editores, Buenos Aires, 2020, disponible en <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=publicacion&idpublicacion=582&idediccion=3688>.

fundamental un análisis medular de la especialidad de los órganos y entes, de sus funciones y de su estructura, pues el teletrabajo debe facilitar el acceso del ciudadano y no convertirse en un nuevo obstáculo en su relación con la organización estatal. A su vez, habrá que considerar si determinada función se ‘convertirá’ definitivamente en teletrabajo, si ella se ejercerá así temporalmente o si revestirá un carácter mixto, ya que, podría ser desempeñada bajo las dos modalidades” (31).

Se recomienda que las Administración públicas evalúen la lógica de trabajo exclusivamente canalizada por la departamentalización y la especialización, señala el CLAD en la “Carta Iberoamericana de Innovación en la Gestión Pública” (2020), pero esta —continúa el documento— “no debe necesariamente ser ordenada de manera rígida y estanca, sino inteligentemente encauzada mediante la flexibilidad, la transversalidad, la polivalencia y la gestión por proyectos” (32).

Tercero. El otro aspecto, que indudablemente opera como un verdadero prerrequisito o precondition del teletrabajo —en todas sus variantes y alcances— es la garantía previa de acceso a Internet de cumplimiento obligatorio por parte del Estado, toda vez que sin niveles aceptables de conectividad difícilmente pueda concretarse metas de trabajo sin presencialidad como las propuestas.

Con miras a este horizonte, las Administraciones debe incrementar esfuerzos para conseguir acuerdos de “cero *rating*” con operadoras de telefonía móvil, es decir, para no cobrarles a sus clientes un cierto volumen de datos utilizados

(31) IVANEGA, Miriam M., "El teletrabajo en el empleo público", en El Teletrabajo en el Ordenamiento Jurídico Argentino. Posibilidades y Oportunidades del Teletrabajo, IJ Editores, cita: IJ-CMXXIII-660.

(32) CENTRO LATINOAMERICANO DE ADMINISTRACIÓN PARA EL DESARROLLO (CLAD), "Carta Iberoamericana de Innovación en la Gestión Pública", aprobada en la XIX Conferencia Iberoamericana de Ministras y Ministros de la Administración Pública y Reforma del Estado de fecha 8 de octubre de 2020, capítulo Sexto: "Teletrabajo y organización flexible y abierta del trabajo", apart. 22.

por aplicaciones o plataformas específicas (33), lo que debe suceder igualmente, por ejemplo, para el uso de plataformas educativas.

Las TIC “representan no solo un portal de acceso al conocimiento, a la educación, a la información y al entretenimiento, sino que constituyen, además, un punto de referencia y un pilar fundamental para la construcción del desarrollo económico y social”, rezan los fundamentos del DNU 690/2020 por el cual se institucionalizó en nuestro país el acceso a Internet, como un verdadero derecho humano, de naturaleza social, y por tal, exige al Estado obligaciones positivas (34).

VII. Los derechos y garantías complementarias al teletrabajo

VII.1. Privacidad e intimidad

VII.1.a. La protección constitucional y legal

La primera —y quizás más importante— garantía complementaria al teletrabajo es el resguardo al núcleo de privacidad e intimidad del trabajador, aspecto que no solo complejiza las relaciones laborales por la naturaleza del derecho en cuestión, sino también porque posee implicancias respecto las posibilidades de vigilancia de la organización empleadora, lo que se vincula —entonces— con las evaluaciones de implementación y las potestades disciplinarias de la Administración pública.

Toda comunicación personal que lleve a cabo el trabajador, aun con motivo y/o a propósito de sus funciones, cuenta con la garantía constitucional de protección de la correspondencia (art. 18, CN), y que por el principio de equivalencia funcional —mismos objetivos y funciones, solo cambiando el medio del mensaje—, también naturalmente se extiende a las comunicacio-

(33) VELÁZQUEZ LÓPEZ, Francisco, "El burócrata disruptivo: para comprender la Administración pública", ob. cit., p. 126.

(34) En este punto, nos remitimos a nuestro trabajo, MUÑOZ, Ricardo A., "La titulación de Internet ante la 'hipervulnerabilidad' estructural y social", en MOCOROA, Juan M. (dir.), Revista Argentina de Regulación y Derecho de las Telecomunicaciones, IJ Editores, <https://ar.lejister.com/pop.php?option=articulo&Hash=e0bd9d1dc22d5acd2f89ae64de195a9f>.

nes electrónicas y digitales (art. 318, Cód. Civ. y Com. de la Nación, art. 5º, ley 27.078 de "Argentina Digital", antes art. 19, ley 19.798, art. 153, Cód. Penal, entre muchas otras normas).

Además de la intimidad y privacidad, debe garantizársele también al trabajador el derecho autónomo a la autodeterminación informativa —existan o no aspectos de información sensible— por lo que debe la Administración pública empleadora dar pleno cumplimiento y respeto a la ley 25.326 de Protección de los Datos Personales, que incluso admite amplias posibilidades de operación y tratamiento de datos a favor del Estado cuanto nos encontremos ante situaciones de protección del bien público.

En rigor de verdad, y tal como lo ha explicado recientemente la doctrina (35), en el ámbito de las relaciones laborales, la protección de información en poder de la empresa, ya sea como activo o, como insumo, tradicionalmente ha sido objeto de protección, especialmente, mediante el deber de confidencialidad, y la generalidad de los problemas que en la práctica se han presentado están vinculados a hechos que implican una divulgación o transferencia no autorizada, generalmente a empresas de la competencia.

En este sentido, por lo tanto, se puede distinguir dos categorías. Por un lado, aquella información que constituye un insumo para los servicios que brinda una empresa. Y, por el otro, la información que provienen de las personas que están vinculadas laboralmente con la empresa. Y esto es reflejado en forma concreta en la ley 27.555, ya que, mientras la primera de las categorías mencionadas se encuentra contemplada en el art. 16 cuando exige al empleador “tomar las medidas que correspondan, especialmente en lo que se refiere al *software*, para garantizar la protección de los datos utilizados y procesados por la persona que trabaja”, lo relativo a la protección de los datos específicos del teletrabajador esta receptado en el art. 15 al momento que condiciona que los sistemas de control destinados a la protección de los bienes e informaciones del empleador deberán “salva-

(35) NIEVAS, Laura, "Teletrabajo, Protección y Seguridad de datos", www.microjuris.com.ar, cita: MJ-DOC-15937-AR | MJ1593.

guardar la intimidad de la persona que trabaja bajo la modalidad de teletrabajo y la privacidad de su domicilio”.

VII.1.b. El (in)debido uso del correo electrónico por parte del empleado

Esta garantía complementaria, en rigor de verdad, nos remite a una clásica —aunque todavía vigente— discusión respecto el uso del correo electrónico provisto por el empleador y su facultad de control, lo que se extiende obviamente a cualquier plataforma o vía de comunicación digital.

Por un lado, en consonancia con los controles empresariales, ubicamos al art. 63 de la LCT (que exige que las partes deben obrar de buena fe), pero principalmente las facultades del empleador entre las que se encuentran la de organizar económica y técnicamente la empresa, como también su dirección (arts. 64 y 65), y el deber de fidelidad del trabajador, por el cual debe guardar reserva o secreto de las informaciones a las que tenga acceso (art. 85, LCT).

En cambio, puede advertirse también que, en realidad, estamos ante una indebida intromisión, ya que, el teletrabajo no implica supresión del derecho a la intimidad y privacidad fundados en el principio de dignidad de la persona humano. Rige, además, el principio *in dubio pro operario*, y solo puede accederse a tipos de comunicaciones como las mencionadas, a través de una orden previa judicial autorizada por un juez competente. Finalmente, es clara la ley 27.555 cuando establece que los sistemas de control deben salvaguardar la intimidad de la persona que trabaja (art. 15) y que el empleador debe tomar medidas para la protección del *software* y datos, “no pudiendo hacer uso de *software* de vigilancia que viole la intimidad” (art. 16).

VII.1.c. La jurisprudencia del fuero laboral

La jurisprudencia, por su lado, especialmente la del fuero laboral, ha sido movediza variando según los casos, sin que se pueda —con rigor científico— sacarse conclusiones respecto una línea clara.

En un primer grupo de pronunciamientos, deben considerarse los casos en que el empleador no ha conseguido acreditar la existencia de los hechos invocados —uso no autorizado o indebido del correo electrónico y otros recursos informáticos de la empresa— como causal de despido (36). Cuando la causal invocada no alcanza para justificar el distracto (37). O en su caso, el despido luce como una medida desproporcionada (38).

En este sentido, se ha dicho que “debe considerarse que la injuria es de naturaleza objetiva y en ello se debe ver la entidad de la imputación que se avale con probanza válida y contundente. La conducta negligente —usar la red informática de la empleadora para su beneficio particular y desatender a los clientes de esta—, lo que habría originado la pérdida de confianza por parte de la empresa, cae generalmente en la órbita del fuero íntimo del empleador”, por lo que no es apta para el basamento rupturista (39).

Finalmente es reiterada la desestimación del despido cuando —pese acreditarse la existencia de correos ajenos al débito laboral— no se invoca ni demuestra la existencia de reglamentos violentados por tal práctica, y no se acredita, además, el perjuicio sufrido por el empleador (40). Así se ha estado por la desvinculación resulta injustificada, cuando “la demandada no justificó en el caso que el accionante hubiere abandonado el servicio, ni que el envío de algunos *e-mails*

(36) CNTrab., sala III, 29/08/2003, “B. M. c. SGS SA s/ despido”, eIDial 28/11/2003. En este caso, se trataba de un mensaje con contenido pornográfico.

(37) CNTrab., Sala X, 30/12/2004, “Dubini, Clarisa c. Cencosud SA s/ despido” eIDial, 04/03/2005. Al trabajador se le cuestionó el uso excesivo de Internet. De igual manera, CNTrab., sala IV, 27/02/2006, “Gelonch, Giselle A. c. Carda SA”, DT 2006 (setiembre), 1342. En este supuesto, el trabajador fue cuestionado por instalar “messenger” en las computadoras de la empresa.

(38) CNTrab., sala I, 10/04/2010, “Uhrin, Jorge A. c. Bayer Argentina SA”, LA LEY, 2003-E-1398. En este caso, el trabajador fue despedido por remisión de correos electrónicos pornográficos.

(39) CNTrab., sala VII, 27/03/2003, “Pereyra, Leandro R. c. Servicios de Almacén Fiscal Zona Franca y Mandatos SA s/ despido”, eIDial, 11/07/2003.

(40) CNTrab., sala III, 21/02/2003, “Acosta, Natalia c. Disco SA”, LexisNexis 31/3/2005.

hubiere incurrido en una grave afectación de la prestación comprometida (medida en unidades de tiempo y esfuerzo). En suma, no habiéndose prohibido ni reglamentado la utilización de medios informáticos, para comunicaciones de índole personal, las probanzas aportadas a la presente causa con relación a tal tópico, resulta objetivamente insuficientes para tener por acreditado los incumplimientos enrostrados al autor” (41).

Por el otro lado, otro sector de la jurisprudencia ha tenido por justificadas situaciones de despido —por diversos motivos— y, en consecuencia, ha tomado por válida el monitoreo patronal del correo laboral del trabajador.

Así se ha dicho que resulta justificado el despido del trabajador que utilizó el correo provisto por el empleador de modo impropio para fines personales (42), para enviar mensajes con contenido sexista, difamatorio y despectivo respecto de compañeros de trabajo (43), por haber descargado pornografía en una red privada perteneciente a la empresa (44), entre otros.

Especialmente, cabe ponderar un pronunciamiento por el cual se ha tenido por legítimo el despido dispuesto por el empleador alegando incumplimiento de los deberes de lealtad y reserva por parte del trabajador, cuando se ha acreditado que este remitió por correo electrónico información confidencial a la principal empresa competidora, máxime cuando aquel había asumido un compromiso por escrito. Y

(41) CNTrab., sala II, 14/08/2014, "S. R. O. c. Expogral SA y otros s/ despedidos", publicado por ABARRATEGUI FERNÁNDEZ, "Controversias derivadas del uso de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral. ¿Qué respuestas nos brinda la jurisprudencia?", en GRANERO, Horacio R. (dir.) — STECKBANER, María Rosa (coord.), E-mails, chats, WhatsApp, SMS, Facebook, filmaciones con teléfonos móviles y otras tecnologías. Validez probatoria en el proceso civil, comercial, penal y laboral, Ed. Albremática, Buenos Aires, eDial.com, 2019, p. 243.

(42) CNTrab., sala X, 13/08/2003, "García, Delia M. c. Yacimientos Petrolíferos Fiscales", LA LEY, 2003-E-926.

(43) CNTrab., Sala IV, 31/03/2009, "Lodigiani, Roberto H. c. Central Multiservicios SRL", LLOnline.

(44) CNTrab., sala X, 30/06/2010, "B. G. c. Sisdev soc. de hecho y otros", LA LEY, 2010-D-623; también CNTrab., sala V, 31/10/2011, "I., A. J. c. T. d. A. SA s/ despido".

allí la Cámara Nacional del Trabajo agregó además, que “el proceder del empleador que cotejó los registros y constancias de la información que contenía el servidor de Internet de la empresa y revisó el correo electrónico del trabajador no vulnera el derecho a la intimidad de este ni viola su correspondencia personal, pues la inspección estuvo limitada prudentemente a verificar las comunicaciones dirigidas por parte del dependiente a otra empresa competidora, a fin de comprobar el grave incumplimiento de aquel en sus deberes” (45).

Además, se ha dicho que resulta justificado el despido, cuando un empleado bancario había reenviado un correo desde su casilla institucional alertando el advenimiento de un nuevo “corralito financiero”. Los jueces estimaron que dicho proceder importó una clara violación a los deberes de fidelidad y de reserva, más aún considerando la categoría jerárquica del dependiente. No puede soslayarse “el efecto exponencial de este tipo de mails dado que nadie, con cierto grado de sensatez, podrá negar que esta clase de información se difundiría más allá de los destinatarios originales y que, en efecto, existía la potencialidad de generar una corrida financiera con efectos devastadores para la explotación del empleador, sin descartar efecto generalizador” (46).

VII.1.d. Nuestra opinión

En este tema, el *quid* de la cuestión pasa por determinar —en sus justos términos— la tensión que se genera entre las indiscutidas facultades del empleador de monitorear los correos electrónicos (o cualquier comunicación) cuya casilla es puesta a disposición por la empresa a favor trabajador para sus actividades laborales,

(45) CNTrab., sala VII, 11/07/2007, "Viloría, Myrian A. c. Aseguradora de Créditos y Garantías SA", LA LEY, 2007-F-175.

(46) CNTrab., sala II, 26/11/2010, "M., M. G. c. HSBC Bank Argentina SA s/ despido", publicado por ABARRATEGUI FERNÁNDEZ, "Controversias derivadas del uso de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral. ¿Qué respuestas nos brinda la jurisprudencia?", en GRANERO, Horacio R. (dir.) — STECKBANER, María Rosa (coord.), E-mails, chats, WhatsApp, SMS, Facebook, filmaciones con teléfonos móviles y otras tecnologías. Validez probatoria en el proceso civil, comercial, penal y laboral, ob. cit., p. 242.

y los derechos constitucionales a la privacidad e intimidad reconocidos al empleado por el sistema constitucional y convencional vigente.

Desde nuestra perspectiva, no parece razonable el criterio por el cual la verificación solo es posible cuando exista justa causa, o que el empleador deba solicitarle autorización a un fiscal o juez competente para hacerlo. De la misma manera, tampoco resulta lógico ni prudente negar lisa y llanamente las potestades de control de la patronal, aduciendo en todos los casos libertades individuales del trabajador.

De no ser así, es decir, impedir la revisión patronal del *mail* laboral bajo el pretenso de la intimidad, la consecuencia podría ser aún peor para el mismo trabajador: caer en una exclusiva responsabilidad de los contenidos de esos correos electrónicos, eximiéndose la empresa en todos los casos al no tener control sobre ellos (47).

De tal manera, nos inclinamos por el reconocimiento a favor del empleador de acceder y controlar todos los mensajes de correo electrónicos enviados y recibidos por los trabajadores aun sin conformidad de este, siempre y cuando se cumplan una serie de condicionamientos razonables y proporcionales (muchos de los cuales) surgen de la misma jurisprudencia analizada:

1. Obviamente que se trate de un correo (o plataforma) suministrado por la empresa, y no de un *mail* privado del trabajador.

2. Que exista un reglamento de la empresa (48) respecto el uso de esos medios y que

(47) En este sentido, se ha dicho que "si resulta inconstitucional la revisión de estas tareas, también resulta definitivamente contrario a derecho, hacer responsable objetivamente al empleador a quien le estamos quitando el derecho de control que es el sostén más básico de la teoría de la responsabilidad objetiva por su dependiente" (RUANI, "Responsabilidades en las Tics", II Congreso de Derecho y Tecnología, Colima, México, marzo 2012, citado por FERNÁNDEZ DELPECH, Horacio, Manual de Derecho Informático, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 394).

(48) En materia de reglamentos internos de las empresas, la doctrina y jurisprudencia han considerado que los mismos deben tener convalidación previa de la enti-

haya sido previamente anoticiado al trabajador, eliminando de este modo también toda "expectativa de privacidad". Así, en nuestra opinión, podría aplicarse analógicamente y en beneficio del trabajador, lo establecido en art. 71 de la LCT, respecto los sistemas de controles personales del empleado.

Este reglamento deberá contener: a) que la empresa se reserve el derecho de revisar periódicamente el correo electrónico y el *software* instalado en las máquinas de la empresa para uso del personal; b) que los métodos de control sean razonables, generales y no discriminatorios (49); c) claras y precisas prohibiciones de uso abusivo los medios informáticos durante la jornada laboral; d) impedimento para el envío de correos cuyo contenido tengan connotaciones sexuales, sexistas, discriminatorios, etc.; e) que se encuentre prohibido la divulgación de informaciones confidenciales de la empresa y, f) que las sanciones previstas en esos reglamentos internos sean razonables y cumplan con demás principios vigentes (contemporaneidad, proporcionalidad, etc.).

3. En caso de injurias laborales, cabe en espaldas del empleador la acreditación en forma fehaciente de las causales que invoca para sancionar o expulsar al trabajador, ya que —conforme la jurisprudencia antes repasada— no son pocos los ejemplos de la frustración de la pretensión de la empresa por cuestiones meramente probatorias.

VII.2. El derecho a la desconexión digital

En nuestro sistema jurídico, no existe otra definición del derecho a la desconexión más que la indicada en el art. 5° de la ley 27.555, en cuanto reconoce el derecho de la persona "a no ser contactada y a desconectarse de los dispositivos digitales y/o tecnologías de la información y comunicación, fuera de su jornada laboral y

dad sindical que representa a los trabajadores. Con igual opinión, ANZIT GUERRERO, Ramiro — TATO, Nicolás S. — PROFUMO, Santiago J., "El Derecho Informático. Aspectos fundamentales", Ed. Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2017, p. 108.

(49) VELTANI, Darío, "La casilla de correo electrónico laboral después de la terminación del contrato de trabajo", www.micrjuris.com.ar, cita: MJ-DOC-6293-AR.

durante los períodos de licencias” y, en consecuencia, “el empleador no podrá exigir a la persona que trabaja la realización de tareas”.

Si bien es verdad que parece correcta la conceptualización dada por la norma, también lo es que parte de una cosmovisión rígida del teletrabajo, sin tener presente aspectos de amplitud, flexibilidad, polivalencia y agilidad que informa buena parte de la actividad prestacional, por lo que —en nuestra opinión— más que un derecho a la desconexión digital debe hablarse de una libertad del individuo para estar conectado o desconectado, decidiéndolo voluntariamente en el ámbito laboral.

Como antecedente, resulta muy interesante la modificación a la ley laboral francesa del año 2017 (50), dada con la intención de que los trabajadores fuera de su horario laboral no necesiten estar pendientes de su correo, ni de sus teléfonos móviles; en otras palabras, la reforma laboral francesa reconoce el derecho del trabajador a la “desconexión electrónica” con la empresa empleadora fuera del horario de trabajo (51).

La técnica jurídica, como así también la actual realidad en la que se ubica la gestión pública, nos plantea la duda de si el derecho a la desconexión digital es un derecho autónomo digital distinto a los ya existentes, o, por el contrario, solo se está intentando arbitrar y adaptar una serie de garantías ya conocidas, vinculadas, por un lado, con la intimidad personal y

familiar (libertad informática), y por el otro, con derechos laborales por todos destacados. Sin perjuicio de ello, y de todas formas, podemos decir que en el derecho a la desconexión digital yace un verdadero derecho constitucional, ya que, hace anclaje en las “condiciones dignas”, “jornada limitada” y “descanso” (del art. 14 bis, CN), de tal manera que constituye un derecho plenamente operativo, de directa aplicabilidad e inmediata ejecución, aun cuando no existe norma legal, ni reglamentaria alguna que lo concrete.

Como se podrá advertir, los bienes jurídicos tutelados por el derecho comentado no son otros que el tiempo de trabajo y descanso, la conciliación de la vida personal, profesional y laboral, la protección de la seguridad y salud laboral, y en definitiva, la dignidad del trabajador y la de su familia.

La literatura jurídica *iusadministrativista* (52) ha caracterizado al derecho a la desconexión digital como un derecho irrenunciable de contenido extrapatrimonial, que no admite ser transmitido ni sustituido económicamente, sin perjuicio que —previa voluntad del trabajador— se retribuya adicionales a través de compensaciones económicas, por lo que el derecho estudiado ayuda a determinar que es jornada ordinaria y que es jornada extraordinaria.

Cuenta con un doble contenido, toda vez que implica no solo obligaciones negativas (responsabilidad de cumplir a través del deber de abstención), sino también positivas (obliga a elaborar políticas concretas internas dirigidas a los aparados).

Además, la desconexión digital supone en la práctica un derecho que, si bien oponible contra el principal sujeto obligado que es el empleador, también legitima a su titular para hacerlo valer *erga omnes*, frente otros trabajadores compañe-

(50) La reforma introduce un nuevo apart. 7º en el art. L. 2242-8 del Código de Trabajo francés, que establece "7º Las modalidades del pleno ejercicio por el trabajador de su derecho a la desconexión y la puesta en marcha por la empresa de dispositivos de regulación de la utilización de los dispositivos digitales, a fin de asegurar el respeto del tiempo de descanso y de vacaciones, así como el de su vida personal y familiar. A falta de acuerdo, el empleador, previa audiencia del comité de empresa o, en su defecto, de los delegados de personal, elaborará una política de actuación al respecto. Esta política definirá las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y preverá, además, la puesta en marcha de acciones de formación y de sensibilización sobre un uso razonable de los dispositivos digitales, dirigida a los trabajadores, mandos intermedios y dirección".

(51) MASCRETTEA, Cora S., "Comentario al reconocimiento del derecho a la "desconexión digital" de los trabajadores en el derecho laboral francés", ED, 23/02/2017.

(52) MEGINO FERNÁNDEZ, Diego — LANZADERA ARENCIBIA, Eugenio, "El derecho a la desconexión digital: delimitación y análisis. Aplicación práctica en la Administración Pública", Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas, 18, año 2020, ps. 64 y ss., en part. p. 67.

ros, y terceros (administrados particulares, proveedores, usuarios, etc.) (53).

Y finalmente, en caso de incumplimiento por parte de la Administración, y aunque exista un vacío normativo al respecto, la sanción podría ser las mismas consecuencias que implica la violación a la regulación de “tareas de cuidado”, es decir, las previsiones de la ley 23.592 lo que se deduce en acoso laboral, sin perjuicio del reconocimiento de horas extras, categorías, dedicaciones, etc.

No obstante lo expuesto, pensamos que sería un absurdo una desconexión digital genérica, como lo es el cierre del servidor o la imposibilidad técnica de la mera remisión de correos después de terminada hora, lo que podría redundar no solo en la mala calidad de los servicios públicos, sino también inconvenientes para los propios usuarios y ciudadanos destinatarios de esos servicios. Más aún, existen actividades, como la seguridad informática, que se hacen necesariamente fuera de la jornada laboral, inclusive guardias, y se necesita del trabajador. De tal manera que, no parece de todo ajustado a la realidad de la Administración pública, ni derechamente aplicable al empleo público, la veda del art. 5º *in fine* de la ley 27.555 que prohíbe al empleador remitir a la persona que trabaja “comunicaciones, por ningún medio, fuera de la jornada laboral” (54).

(53) MEGINO FERNÁNDEZ, Diego — LANZADERA ARENCIBIA, Eugenio, “El derecho a la desconexión digital: delimitación y análisis. Aplicación práctica en la Administración Pública”, ob. cit., p. 68.

(54) Sin embargo, por vía reglamentaria, parece que se han puesto las cosas en su lugar —aunque parte de la doctrina haya dicho que el decreto contraría expresamente la ley (INSÚA, Jorge A., “Aspectos destacados sobre la reglamentación a la Ley de Teletrabajo”, en ED, Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, 3, marzo 2021, cita digital: ED-MCCCXI-725)— estableciendo el art. 5º del dec. 27/2021 que “Cuando la actividad de la empresa se realice en diferentes husos horarios o en aquellos casos en que resulte indispensable por alguna razón objetiva, se admitirá la remisión de comunicaciones fuera de la jornada laboral. En todos los supuestos, la persona que trabaja no estará obligada a responder hasta el inicio de su jornada, salvo que concurren los supuestos contenidos en el art. 203 de la ley 20.744 (t.o. 1976)”. No obstante, es dable afirmar que la Reglamentación no estableció qué se entiende por “razón objetiva” por la cual el empleador remitió al teletrabajador una comunicación

VII.3. Derecho a la capacitación. Evaluación de desempeño

La modalidad del teletrabajo traduce la consecuente garantía complementaria de capacitación de los agentes en las herramientas tecnológicas, no solo como derivación natural del derecho estatutario en ese tipo, sino también como reaseguro para la progresiva adaptabilidad a las nuevas condiciones laborales (55), principalmente en aquellos casos donde el trabajo nació bajo una forma clásica y convencional, y después viró a la virtualidad.

La capacitación y formación, además, de ser vista como derecho del trabajador y naturalmente obligación de la organización empleadora (56), también debe ser contemplada desde una perspectiva constitucional, habida cuenta que su finalidad no es otra que la prestación de los servicios públicos con calidad y eficiencia (art. 42, CN), siendo entonces, la idoneidad, formación y capacitación de los empleados una condición necesaria. Y así deberá ser valorada por los funcionarios y cuerpos directivos, a los efectos de optimizar la prestación de los servicios públicos y los demás cometidos estatales.

fuera del horario de trabajo, “por lo cual deberían pactarse en el acuerdo de Teletrabajo, caso contrario, serán materia de interpretación judicial en el caso concreto sometido a su decisión” (PIATTI, Ana Carolina, “Presente y futuro del Teletrabajo en la Argentina”, en ED, Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, 3, marzo 2021, cita digital: ED-MCCCXI-723).

(55) “El empleador deberá garantizar la correcta capacitación de sus dependientes en nuevas tecnologías, brindando cursos y herramientas de apoyo, tanto en forma virtual como presencial, que permitan una mejor adecuación de las partes a esta modalidad laboral. La misma no implicará una mayor carga de trabajo”, reza el art. 11 de la ley 27.555.

(56) Lo ha expresado elocuentemente Miriam Ivanega afirmando que “Las calidades de formación y técnico-profesionales requeridas para el ejercicio de una función y la formación ética, son entendidas como expresión de la dignidad humana. Consecuencia de ello es que la capacitación y la posibilidad de promocionar dentro de la organización conforman un derecho para el agente y un deber para la Administración” (IVANEGA, Miriam M., “Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa —segunda edición actualizada—”, Ed. RAP, Buenos Aires, 2013, p. 77).

Ahora bien, la contracara de la capacitación, es la evaluación de desempeño, que puede hacerse mediante enfoques diferentes que precisamente reciben diferentes denominaciones, tales como “evaluación del desempeño”, “evaluación del mérito”, “evaluación de los empleados”, “informe de progreso”, entre otros, y que —en definitiva— son conceptos dinámicos en los se busca que los agentes sean constantemente examinados, ya sea formal o informalmente, pero siempre con cierta continuidad por parte de las organizaciones, todo ello dentro del universo más amplio que significa la actividad de contralor y dirección del empleador (57).

La gran dificultad para la implantación del teletrabajo no ha sido la tecnología o la seguridad de las conexiones remotas, sino justamente la implementación de algún modelo que permita la evaluación del desempeño de las personas empleadas con base en objetivos, bien “sean de producción, resultado o impacto, y con base en competencias profesionales como la innovación, la cooperación, el trabajo en equipo” (58). Para Oszlak, los principios generales del trabajo remoto durante la pandemia son: el establecimiento de metas, la determinación de puestos elegibles, documentar su ejecución y evaluación de desempeño (59). Y de allí justamente, deben estar todos los esfuerzos creativos, colaborativos e innovadores para acreditar, con meridiana claridad y justeza, el rendimiento funcional del trabajador, lo que se complejiza aún más en instancias de virtualidad.

(57) Ha expresado la doctrina que “La adopción de mecanismos de evaluación del desempeño se condice con políticas de gobierno en donde la rendición de cuentas se constituye en elemento indispensable para la consolidación del Estado de Derecho. Otras razones incluyen: la necesidad de utilizar más eficientemente los limitados recursos fiscales y el deseo de aumentar la legitimidad de las instituciones políticas” (SAPPA, José, “Capacitación y evaluación del mérito en el empleo público”, en AAVV, El Estado Constitucional de Derecho y el Derecho Administrativo, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2017, ps. 203 y ss., en part. p. 217).

(58) VELÁZQUEZ LÓPEZ, Francisco, “El burócrata disruptivo: para comprender la Administración pública”, ob. cit., p. 116.

(59) OSZLAK, Oscar, “Trabajo remoto: hacer de necesidad virtud”, Cuadernos del INAP, año 1, 2020, p. 17.

Los sistemas de evaluación de desempeño y otras formas de medir el rendimiento de los trabajadores dependientes son crecientemente utilizados no solo para determinar los niveles de remuneración y el otorgamiento de aumentos o premios, sino también para definir ascensos en el marco de la carrera administrativa. Por eso, la utilización de este tipo de herramientas requiere un conocimiento específico y una aplicación razonable, destinada no solo a atender los fines públicos a cargo de la Administración, sino también a valorizar adecuadamente la labor de los agentes públicos, conforme las pautas que nos brindan los arts. 51, 52 y ss. y 1717 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, no siendo aceptable de tal modo el acceso a la información personal en forma indiscriminada o herramientas de geolocalización, indignas para el trabajador, cualquiera fuese su modalidad.

VII.4. Elementos de trabajo y compensación

Otra de las garantías complementarias al teletrabajo es que el empleador debe determinar con precisión los medios tecnológicos y físicos que sean necesarios para el desarrollo de las tareas y actividad, y en el caso de no contar con ello, la Administración debe proveerlos en las condiciones y con las características que la entidad disponga.

Este es el espíritu de la ley 27.555 que ordena en su art. 9° que “El empleador debe proporcionar el equipamiento —*hardware* y *software*—, las herramientas de trabajo y el soporte necesario para el desempeño de las tareas, y asumir los costos de instalación, mantenimiento y reparación de las mismas, o la compensación por la utilización de herramientas propias de la persona que trabaja” (60).

Esta obligación del empleador no solamente alcanza a los elementos principales tales como computadora PC, *netbook* o *notebook*; dispositivo celular o *tablet*; auriculares o vinchas; *web-*

(60) A su vez, el art. 10 agrega que “La persona que trabaja bajo la modalidad del teletrabajo tendrá derecho a la compensación por los mayores gastos en conectividad y/o consumo de servicios que deba afrontar. Dicha compensación operará conforme las pautas que se establezcan en la negociación colectiva, y quedará exenta del pago del impuesto a las ganancias establecido en la ley 20.628 (t. o. 2019) y sus modificatorias”.

cams, micrófonos, cableados e inalámbricos; teclado, *mouse*, impresoras, escáneres; muebles, escritorios, sillas, gabinetes, sino también otros elementos tales como energía eléctrica, conexión telefónica y conexión a internet, programas, aplicativos o *software* con licencia, iluminación, entre otros.

No obstante, y cual como se verá *supra*, no éxito óbice para que sea el mismo empleado el que se provea de las herramientas de trabajo y más aún cuando la relación de teletrabajo nació *ad initio* del vínculo laboral, tal como ordena el art. 15 del dec. 600/2020 de la Asamblea Legislativa de El Salvador —dispositivo que se refiere exclusivamente el sector público—, expresando que “Corresponderá a cada institución en su calidad de empleador, el suministro de equipos de trabajo, y solo podrá ser dispensada cuando voluntariamente el teletrabajador ofrezca equipos de su propiedad para el cumplimiento de las labores, lo cual quedará especificado en el contrato o su modificación. En caso de que el teletrabajador voluntariamente proporcione su equipo de trabajo, será compensado por el empleador por su depreciación, de conformidad a la legislación vigente que corresponda”.

VII.5. Ingreso. Concursos

En los procedimientos de selección, y sin perjuicio de los procesos de formación típica del cargo según sus tareas, funciones, misiones y responsabilidades, deben llevarse a cabo evaluaciones respecto, no solo conocimiento en TICS, plataformas, sistemas, etc., sino también otras aptitudes y habilidades que deben exigirse al servidor público (autodisciplina, autogestión, autocontrol, resolución de problemas en forma autónoma, actitud positiva, empatía, creatividad, asertividad, etc.) (61), es decir, ar-

(61) La revolución digital ha llevado a organizaciones a flexibilizar sus estructuras y modos de organización, a innovar en sus procesos de producción y gestión, a desarrollar ambientes y modos de trabajo colaborativos, a adoptar metodologías ágiles que se orientan al mejor rendimiento y productividad, y a adoptar culturas más horizontales, basadas en la comunicación directa y fluida, en entornos cercanos que promueven la confianza y el compromiso. Pero “lograr esos cambios supone fuertes liderazgos que actúan con mucha responsabilidad y autogestión y rendición de cuentas” (LEGORBURU, Pablo, “La gestión de los recursos humanos ante la transformación

bitrar los medios para alcanzar un nuevo perfil del empleado público, que se base en las denominadas “habilidades blandas” (*soft skills*), es decir, de conocimiento pero fundamentalmente aptitudinales (62).

Caben aquí los mismos comentarios que se hacían respecto la posibilidad de utilización de datos dejados en la web por parte del trabajador, para ser considerados en el ejercicio de dirección de la entidad, toda vez que, a la par de respetarse la privacidad e intimidad, la Administración debe evitar conductas y/o valoraciones discriminatorias y sesgadas. En concreto, debe anoticiarse al servidor público respecto las facultades de contralor con relación al historial de navegación del empleado en los casos en que el trabajador esté utilizando una computadora, teléfono inteligente u otra herramienta tecnológica aportada por la Administración o utilizando la conexión a red del Estado (63).

Por otro costado, podríamos preguntarnos sobre la posibilidad de incorporar en el pliego de un concurso, la exigencia que sea el trabajador el que se provea sus elementos de trabajo (todo tipo de *hardware* y *software*), lo que traduce en definitiva la obligación del empleador solo de proveérselo para el caso de cambio de modali-

digital. Experiencia en la Administración pública nacional de la Argentina”, en BELLOMO, Santiago — OSZLAK, Oscar [eds.], Desafíos de la Administración pública en el contexto de la Revolución 4.0, Konrad Adenauer Stiftung, Buenos Aires, 2020, ps. 265 y ss., en part. p. 272).

(62) Explica Velázquez López que el Gobierno de los EE. UU. ha aprobado nuevos sistemas de selección de los empleados del sector público, posibilitando incluso la ausencia de títulos académicos en beneficio del dominio de habilidades. “Parece ser una tendencia en los sistemas selectivos que ha tenido repercusiones prácticas en la Unión Europea, cuyo sistema se basa precisamente en el dominio de habilidades. También en otras latitudes se exige una forma distinta de ver las cuestiones: la Administración necesita internalizar talento y externalizar el trámite, con regímenes de empleo más dinámicos, centrados en el rendimiento y la adaptación al cambio” (VELÁZQUEZ LÓPEZ, Francisco, “El burócrata disruptivo: para comprender la Administración pública”, ob. cit., p. 70).

(63) MONTENEGRO, Gustavo — BES, Damián — PODESTÁ, Ariel, “Big Data, relaciones laborales y principio protectorio”, ED, Diario 279, cita digital ED-DC-CLXXVII-505.

dad, pero no para una modalidad *ex novo* de teletrabajo.

Finalmente, debemos ser conscientes que la modalidad del teletrabajo podría tener impacto sobre la edad y la antigüedad de los trabajadores y, en consecuencia, que se revean regímenes de jubilaciones, o en su caso, que el Estado tenga incentivos para llevar a cabo políticas de retiro voluntario o jubilación anticipada. Aspectos de gran complejidad, y que escapa al objeto de este trabajo.

VII.6. *Potestades disciplinarias. La gestión por resultados*

Tal como ya se ha mencionado, el teletrabajo en general, pero más aún aquel desarrollado en el campo del empleo público, implica verdaderos cambios organizacionales para las entidades cualquiera sea su naturaleza, ni hablar entonces, de las Administraciones públicas. El trabajo por objetivos, la formación continua y el trabajo colaborativo, se muestran como los pilares de la nueva realidad en materia de recursos humanos para la gestión pública.

Por un lado, el trabajo remoto implica cambios en las jornadas laborales, pasándose de un esquema de horarios fijos, a otro de horarios flexibles, claro está según las tareas, misiones, tipo de actividad, etc.

Por el otro, la nueva modalidad también provoca cambios en los sistemas de monitoreo, pasando de uno de comando y control físico o visual (propio del presentismo), a un sistema de trabajo por resultado, a través de metas e indicadores (64); aspecto que ha caracterizado la

(64) Estrictamente con relación al teletrabajo en las labores de los abogados del Estado, se ha considerado "necesario cambiar la percepción clásica de la organización laboral que contempla únicamente una supervisión de observación directa al trabajador, midiendo su rendimiento en cantidad de horas presenciales. En esta nueva era los beneficios se mensurarán por logros alcanzados, como venimos planteando", argumentando —a lo que coincidimos— que "el teletrabajo se transforma así en un elemento motivador del personal, abre una nueva posibilidad de desarrollo frente a las restricciones que presenta la gestión del desempeño laboral de los abogados y permite mantener en gestión a profesionales altamente capacitados pudiendo capitalizar su know how para el Estado Nacional" (GIACHELLO, Laura M.,

gestión pública iberoamericana en los últimos veinticinco años, según el CLAD (65).

Entre los "macrotemas" que interesa a la modernización de la Administración pública en los últimos años, que incluso hizo hincapié el art. 5º del dec. 891/2017 de "Buenas prácticas en materia de simplificación" cuando consideró la herramienta de "evaluación de implementación" (66), cabe citar a la reorganización de la gestión pública basada en una lógica orientada hacia los resultados. Entonces, el desafío de la gestión pública contemporánea no implica orientarse solo en el cometido, sino que también implica definir claramente los resultados que se persigue, para lo cual es fundamental mantener actualizado el sistema de asignación y valoración de las metas que se establecen.

La "gestión por resultados", trata de un modelo que propone la Administración de los recursos públicos centrándose en el cumplimiento de las acciones estratégicas definidas en el plan de gobierno, durante un período de tiempo determinado. Al ponerse el acento en la medición del desempeño de la gestión pública, se distinguen productos de resultados. Los organismos públicos, responsables de una determinada producción pública, utilizan insumos financieros, humanos y materiales para la producción de bienes y servicios —productos— destinados a

"¿Cómo puede el teletrabajo aplicarse en las prácticas jurídicas estatales? Desafíos y propuestas para los abogados del Estado en Argentina", ED, Diario, 279, cita digital: ED-DCCLXXVII-441).

(65) El año 2010 en su conocido documento titulado "Gestión Pública en Iberoamérica para el Siglo XXI", el CLAD consigna cinco "dominios" que fueron relevantes en las reformas administrativas ocurridas en América Latina a partir de mediados de la década del 90' y que también —al mismo tiempo— constituyen una agenda importante para todo el mundo iberoamericano. Tales aspectos son: la democratización de la gestión pública, la profesionalización de la función pública, nuevas tecnologías de gestión (principalmente en materia de gobierno electrónico), gestión por resultados orientados al desarrollo, y mecanismos de gobernanza.

(66) Ordenando que "todos los organismos del Sector Público Nacional deberán tender, en los casos que corresponda, a la evaluación de la implementación de las normas regulatorias que dicten" (art. 5º, dec. 891/2017).

conseguir los objetivos de política pública —resultados— (67).

Otro aspecto para tener en cuenta en materia de selección es todo lo atinente a la problemática que surge al momento de la utilización por parte del teleempleado de toda la “huella” digital que deja el agente con motivo de la prestación de sus funciones, y que puede ser valorado negativamente a la hora de los procedimientos de incorporación y evaluación del trabajador público.

Así, cabe advertir que la información incorporada a internet, o en general a las redes digitales, relativa a las opiniones o preferencias en materia política, religiosa, sexual, sindical, etc., de un candidato por ingresar a la empresa o Administración puede ser obtenida con relativa facilidad, incluso de sus propios perfiles públicos en redes sociales, naturalmente sumada a todo aquello que haga el teletrabajador en las plataformas por la entidad provista para la prestación de funciones.

Por tal motivo, cabría plantearse la invalidez que debiera recaer, por violación al derecho de la intimidad, que en el proceso de selección de un trabajador en la Administración, se valoraran datos digitales sin el previo conocimiento del dependiente, o se le solicitara o exigiera a este la exhibición de sus historiales de navegación o de información digital vinculada con aquellos que no sea pública (68). Y aclara la doctrina que “esta problemática no es privativa del sector privado, sino que también puede darse en el ámbito del empleo público, donde debe tenerse presente que el Estado cuenta con grandes volúmenes de información recopilada y que está comenzando a utilizarlos mediante *big data*. Como es sabido, especialmente en países en los que la institucionalidad es débil, el ma-

nejo del Estado, por ejemplo, en lo referente al empleo público, fluctúa de acuerdo con los intereses político—partidarios del gobernante de turno, con lo cual la utilización de tal información en ese contexto puede resultar particularmente riesgosa” (69).

Así las cosas, el teletrabajo implica un verdadero desafío para el contralor por parte de las Autoridades y posteriormente eventuales responsabilidades administrativas, las que —por los principios vigentes y por todos conocidos— deben estar condicionadas al establecimiento previo de “protocolos” o cualquier tipo de procedimientos que reglamente la “supervisión y revisión por parte de los superiores” a los fines de no vulnerar los derechos laborales de los servidores públicos.

Asimismo, para el concreto ejercicio de las potestades disciplinarias por parte de la Administración debe primar el principio de “gradualidad”, consustancial a la novedad que implica el trabajo alejado de la entidad estatal y con el uso de las TIC, lo que puede llevar muchas veces a la comisión de faltas e infracciones, sea por desconocimiento, sea por desinformación, sea por falta de entrenamiento, en definitiva, la “adaptabilidad” a la nueva modalidad virtual. Este parece ser el espíritu que cuenta el Convenio OIT 177 de “Trabajo a domicilio” (ratificado por nuestro país a través de la ley 25.800) que señala en su art. 9º que “deberán preverse y aplicarse de manera efectiva medidas apropiadas” y aclara que “que incluyan” —pero “cuando proceda” — “sanciones, para los casos de infracción de dicha legislación”, de tal manera que no toda violación a la normativa implica necesariamente una sanción, pudiéndose empezar progresivamente con comunicaciones, llamados de atención, recomendaciones, entre otras medidas disuasivas.

En materia de la función pública, pasa lo mismo que en casi todos los ámbitos de la vida cotidiana que transcurre en pandemia, y es que a la par de extremar sistemas de control, confinamiento y vigilancia por parte de las autoridades, sin duda necesarios, también debemos esfor-

(67) MAKON, Marcos P., "El modelo de gestión por resultados en los organismos de la Administración pública nacional", Documento presentado como ponencia en el V Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y la Administración Pública, República Dominicana, 2000.

(68) MONTENEGRO, Gustavo — BES, Damián — PO-DESTÁ, Ariel, "Big Data, relaciones laborales y principio protectorio", ED, Diario 279, cita digital ED-DCCLXX-VII-505.

(69) MONTENEGRO, Gustavo — BES, Damián — PO-DESTÁ, Ariel, "Big Data, relaciones laborales y principio protectorio", ob. cit.

zarnos en alcanzar un sistema que nos permita reconstruir la confianza de la gente en la ciencia, las autoridades públicas y los medios de comunicación (70).

Con lo dicho, no queremos desconocer que en no pocas ocasiones la experiencia demuestra, más todavía en la realidad de muchas administraciones, que puede existir un cierto relajamiento en la conducta de muchos de los trabajadores que comienzan a teletrabajar: ausencia de conexión, conexión tardía, desconexión intempestiva, baja productividad, reticencia a la comunicación, demora o falta de respuesta, lentitud en la ejecución de tareas, alegación falsa de problemas técnicos inexistentes, descuido de las herramientas para teletrabajar, etc.

Pero tampoco podemos olvidar que son justamente “esos mismos medios que el empleador debe proporcionar al teletrabajador los que hoy le facilitan ejercer su control, incluso, de forma más eficaz e intensa que antaño” (71). En efecto, como dice la doctrina antes citada, “hoy en día los *softwares* de monitoreo permiten saber qué está haciendo cada empleado conectado en tiempo real y qué hizo durante el día, los programas utilizados, webs visitadas, su nivel de actividad, el total de horas trabajadas diarias o semanales, el horario de trabajo, el nivel de tecleo, determinar su geolocalización o ruta realizada, ver las llamadas efectuadas desde el

teléfono móvil o de la plataforma de la compañía, destinatario y duración, etc.”

VIII. Alguna jurisprudencia

En la materia, la jurisprudencia ha dicho que el cambio de las condiciones laborales que implicó el abandono de la modalidad de teletrabajo y la consecuente prestación de tareas en una oficina a más de veinticinco km del domicilio de las actrices, constituyó ejercicio ilegítimo del *ius variandi* y justifica el despido indirecto (72). Explicó que la modificación de la modalidad de trabajo —teletrabajo— excedió claramente los límites del *ius variandi* en tanto alteró el horario y lugar de prestación de servicios que también integran la estructura de la relación laboral, por lo que no pueden ser modificados unilateralmente por el empleador, excepto por circunstancias razonables, que debe acreditar.

De igual manera, la jurisprudencia ha considerado despido indirecto aquellas circunstancias de ejercicio abusivo del *ius variandi*, cuando la empleadora no ofreció a la actora la compensación de los mayores gastos que le implicaba el desplazamiento y el superior tiempo de viaje que conllevaba el traslado de sus oficinas más de veinte kilómetros por lo cual la mudanza y el cambio de lugar de prestación de tareas implicó un claro perjuicio material a la trabajadora (73).

Finalmente, se ha entendido que es procedente considerar justificado el despido indirecto si la modificación del lugar de trabajo que la demandada pretendía implementar implicaba para el teletrabajador al menos una afectación de su tiempo libre y mayores gastos en traslados al considerar que el domicilio particular del accionante se encuentra a una distancia aproximada de treinta km del nuevo lugar de trabajo y que, asimismo, la accionada no explicó de manera circunstanciada —y menos aún demostró— las razones funcionales de la empresa que

(70) Así es que podemos sentar un parangón entre el concepto que da Byung-Chul Han sobre la “sociedad del rendimiento” (“La sociedad del cansancio”, traducción de Arantzazu Saratzaga y Alberto Ciria, Ed. Herder, Barcelona, 2017, 2ª ed.), y “la sociedad disciplinaria” de Foucault (“Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión”, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2012, 2ª ed.), ya que mientras la segunda se sustenta en el control, la vigilancia, los mandatos prohibitivos y la aplicación o amenaza de sanción, la primera, la del rendimiento, se basa fundamentalmente en estimular la propia capacidad emprendedora del sujeto, su creencia de que puede hacer en forma ilimitada y que ello es el mecanismo razonable y adecuado para obtener mejores ingresos y, con ellos, una mayor capacidad de consumo que le permita estar inserto en la sociedad y satisfacer sus necesidades materiales.

(71) CARNICERO, Federico, “Teletrabajadores Descontrol, control y sanciones”, en ED, Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, 10, cita digital: ED-MIV-536, octubre 2020.

(72) CNTrab., sala VIII, 29/05/2013, “Cacciaguerra, Andrea N. y otro c. Directv SA - despido”.

(73) CNTrab., sala II, 25/04/2017, “Agostini, Clara c. Pionner Argentina SRL s/ despido”, cita: MJ-JU-M-105581-AR | MJJ105581.

la habrían conducido a adoptar la modificación de las condiciones de labor (74).

Por otro lado, pretoriamente también se determinó que el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires debe otorgar una licencia especial con goce de haberes o disponer una modalidad de teletrabajo en función de la pandemia COVID-19, a la agente que es única progenitora y sostén de una menor que queda sola en el hogar durante el horario laboral (75); que deben asignarse tareas remotas a una docente cuyo cónyuge es una persona de riesgo en el marco de la pandemia del COVID-19 (76); que las horas laboradas por la actora desde su domicilio en adición a las trabajadas en el establecimiento se consideran extraordinarias (77); y que el marco de una relación de teletrabajo o *home office*, el trabajador puede elegir su domicilio particular para establecer la competencia territorial (78).

IX. Reflexión final: la innovación no es solo tecnológica

En el ámbito organizativo, comúnmente se suele confundir —en una suerte de mimetización— los conceptos de innovación con el uso de la tecnología. Pero la innovación no es solo tecnológica, es mucho más, la abarca, pero también se ocupa de otros aspectos, en general, con la introducción de nuevas formas de hacer las cosas a través de cambios continuos, buscando incentivos para las innovaciones y soluciones creativas a los problemas, siempre desde una vi-

sión estratégica a través de un análisis prospectivo de la Administración pública (79).

En este sentido, las Administraciones públicas han de ser flexibles y ágiles, abiertas a nuevas ideas, pero siempre respetando el principio de juridicidad. “En todo caso hay que buscar un adecuado equilibrio entre la flexibilidad, agilidad y apertura con la ineludible garantía de neutralidad, objetividad y legalidad que debe regir en toda actuación la Administración”, señala el CLAD en su “Carta Iberoamericana de Innovación en la Gestión Pública” (2020), apart. 23.

También deben buscar alcanzar un conocimiento interdisciplinario con enfoques distintos a los tradicionales. La visión jurídica es importante, necesaria e imprescindible, pero no puede ser la única, ya que, también pueden incorporarse elementos desde la ciencia económica, la ciencia política, la estadística, la sociología e incluso la historia, que deben ser tenidas en cuenta a la hora de la realización de las políticas públicas.

¿Cómo debe ser nuestra Administración en el futuro?, se pregunta Francisco Velázquez López —secretario general del CLAD (80)—, a lo que responde: “Primero, debe ser más innovadora. Aún más innovadora, que cree, que experimente, que premie lo nuevo, invente incluso, porque hay talento humano en las administraciones públicas. Segundo, que sea más disruptiva, que haga cosas diferentes, que inicie caminos no explorados, que experimente. Tercero, que sea más asincrónica que aproveche el teletrabajo y que preste servicios de carácter permanente más allá de un horario establecido. Y también que sea más tecnologizada, que se abra a la Cuarta Revolución Industrial que está aquí ya en cooperación, por cierto, no solo con los más

(74) CNTrab., sala X, 17/09/2020, "Roumieu, Gastón J. c. Telecom Argentina SA s/ despido", cita: MJ-JU-M-128268-AR | MJJ128268. Y aclara que del art. 66 de la LCT se desprende que, para legitimar una modificación al contenido de las condiciones de trabajo, debe mediar razonabilidad en el cambio, que este no altere esencialmente el contrato y que de él no se derive perjuicio moral o material para el trabajador, verificándose uniformidad tanto en la doctrina como en la jurisprudencia acerca de que deben reunirse las tres condiciones para justificar la decisión patronal.

(75) Juzg. Cont. Adm. y Trib. CABA, "C. C. A. c. GCBA", 27/05/2020.

(76) Juzg. Cont. Adm. y Trib. CABA, "R. P. A. c. GCBA s/ medida cautelar autónoma", 05/05/2021.

(77) CNTrab., "B. A. M. c. Citibank NA", 06/07/2018.

(78) Tribunal del Trabajo de San Miguel, "Romero, Sharon P. c. M. M. Directa SA", 27/07/2020.

(79) Ya en el año 2003, la "Carta Iberoamericana de la Función Pública", aprobada por el CLAD indica la necesidad de sustituir "las visiones burocráticas sobre las Administraciones Públicas, basadas en la adopción de rutinas normalizadas y la reproducción de procedimientos establecidos, y su sustitución por enfoques orientados a la producción de resultados, la innovación y el aprendizaje".

(80) VELÁZQUEZ LÓPEZ, Francisco, "El burócrata disruptivo: para comprender la Administración pública", ob. cit., p. 103.

listos del lugar que están en el INAP o en la Administración pública, sino también con los ciudadanos y con las empresas”.

Y esto debe ser una política de Estado, que trascienda los circunstanciales gobiernos, debiéndose abandonar aquella tentación del “adonismo”: la creencia de que antes que ellos nadie se preocupó ni ocupó de solucionar los problemas o de proponer actuaciones. Y en este punto, el derecho y el principio a la “estabilidad en el empleo público” —de jerarquía constitucional en nuestro país—, no tiene que ser visto en estos temas como algo negativo, sino como una garantía de preservación y trascendencia de las políticas en recursos humanos, de conservación en el tiempo y de enseñanza institucional **(81)**.

(81) En este sentido, se ha dicho con razón, que “la estabilidad en el empleo público, que en la Argentina tiene jerarquía constitucional, es coherente con la finalidad de preservación y trascendencia de políticas públicas cuya implementación, ciclo de maduración, efectos y evaluación exceden los tiempos de la gestión de un gobierno. La estabilidad asegura la conservación en el tiempo, más allá de los archivos y sistemas, de la

Así es que, tenemos transitar, dar aquel salto que implica, por una orilla, el simple desplazamiento de la actividad de la oficina al hogar, de manera urgente sin planificación y en forma forzada, lo que cabría denominar “trabajar desde casa”, hacia la otra orilla, el teletrabajo como una opción real y efectiva, previsible, programada y flexible, es decir, “trabajar en casa”.

Para evitar caer en aquella predicción que avizora Harari y que implica que por “[l]a fusión de la infotecnología y la biotecnología”, no solo miles de humanos se quedarán fuera del mercado del trabajo, sino que también caerán en el algo mucho peor: la “irrelevancia” **(82)**.

memoria y aprendizaje institucional” (LEGORBURU, Pablo, “La gestión de los recursos humanos ante la transformación digital. Experiencia en la Administración pública nacional de la Argentina”, en BELLOMO, Santiago — OSZLAK, Oscar [eds.], *Desafíos de la Administración pública en el contexto de la Revolución 4.0*, ob. cit., p. 274).

(82) HARARI, Yuval Noah, “21 lecciones para el siglo XXI”, Ed. Debate, Buenos Aires, 2018, p. 14.