

EL EMPLEO PÚBLICO EN ITALIA ANTE LOS CAMBIOS TECNOLÓGICOS Y ORGANIZATIVOS

MARCO BARBIERI

Catedrático de Derecho del Trabajo
Università di Foggia (Italia)

EXTRACTO

Palabras clave: Empleo público, trabajo a distancia, cambios tecnológicos, participación sindical

El autor analiza la evolución de la disciplina del trabajo remoto del sector público en Italia, observando el carácter incierto y variable en la intención del legislador. Examina, en consecuencia, la legislación producida durante la pandemia y sus efectos relacionados con los derechos fundamentales, individuales y colectivos, de los empleados públicos. Discute el impacto sobre las relaciones de trabajo de la desordenada, casual y provisoria digitalización de las relaciones laborales entre las Administraciones Públicas ocurridas durante la emergencia sanitaria, destacando los problemas prácticos y las consecuencias en la estructura jurídica del trabajo por cuenta ajena en las Administraciones Públicas. Establece el grado de participación de las organizaciones sindicales dentro de los procesos de transferencia del trabajo tradicional hacia el trabajo a distancia y la perspectiva de este último.

ABSTRACT

Keywords: Public employment, remote work, technological changes, trade union participation

The author analyses the evolution of the discipline of remote public sector work in Italy, observing the uncertain and variable nature of the legislator's intention. It therefore examines the legislation produced during the pandemic and its effects related to the fundamental, individual and collective rights of public employees. Discusses the impact on the working relationships of the disorderly, casual and temporary digitization of industrial relations between public administrations that occurred during the health emergency, highlighting the practical problems and the consequences on the legal structure of employment in public administrations. It establishes the degree of participation of trade union organizations in the processes of transference from traditional work to remote work and the perspective of the latter.

ÍNDICE

1. LOS EFECTOS DE LA PANDEMIA SOBRE LOS DERECHOS INDIVIDUALES Y COLECTIVOS DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS
2. DERECHOS FUNDAMENTALES INDIVIDUALES Y COLECTIVOS EN EL TRABAJO Y DIGITALIZACIÓN DEBIDO A LA PANDEMIA
3. LA RELACIÓN ENTRE LEY Y CONVENIO COLECTIVO PARA LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS EN EL EMPLEO PÚBLICO
4. LAS PERSPECTIVAS DEL TRABAJO DIGITAL Y DE LA TUTELA DE LOS DERECHOS EN EL TRABAJO PÚBLICO

1. LOS EFECTOS DE LA PANDEMIA SOBRE LOS DERECHOS INDIVIDUALES Y COLECTIVOS DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

Al principio en Italia, existía el teletrabajo. La ley 191/1998 en su art. 4 permitía a las Administraciones Públicas “formas de trabajo a distancia”, con la finalidad de “racionalizar la organización del trabajo” y “conseguir un ahorro en la gestión a través de la utilización flexible de los recursos humanos”. La condición era la de “instalar [...] instrumentos informáticos y conexiones de redes telefónicas y telemáticas necesarias”. El apartado 2 de dicho artículo, preveía que el trabajador pudiese, a solicitud, regresar a la sede de origen: es decir, el teletrabajo era voluntario. En cambio, el apartado 5 del mismo artículo, delegaba a la contratación colectiva la tarea de adecuar “la disciplina económica y normativa de la relación de trabajo de los empleados involucrados”¹.

En consecuencia, como previsto por el apartado 3, el Gobierno ha emanado, con el Decreto del Presidente de la República n. 70/1999, el Reglamento de actuación de la mencionada ley.

Aún más, en actuación de la ley el 23 de marzo del 2000 la Agencia para la representación negocial de las Administraciones Públicas – que por ley, representa a las administraciones públicas para el contrato colectivo nacional (Decreto Legislativo 165/2001, art. 46, ap. 1) – ha estipulado con las Confederaciones sindicales un acuerdo marco para el teletrabajo, cuya validez vige para todas las Administraciones².

¹ Sobre esta disposición de ley, el sucesivo reglamento y sobre el acuerdo marco, v. P. Pascucci, *Il telelavoro nelle pubbliche amministrazioni tra legge e contrattazione*, in *Studi Urbinati*, 2017, pp. 225-241; así como A. Sartori, *Il lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni*, in G. Zilio Grandi e M. Biasi (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Cedam, 2018, pp. 471-502, y aquí en las páginas 472-482.

² Véalo en <https://www.aranagenzia.it/contrattazione/contratti-quadro/altro/telelavoro/contratti/1832-accordo-quadro-sul-telelavoro.html>.

De este modo, se requería a todas las óones un proyectos en el cual indicar objetivos, actividades, tecnologías, modalidades, profesionalidad y número de empleados potencialmente involucrados, costos y beneficios (DPR 70/1999, art. 3); y si se disponía que las prestaciones pudiesen ser realizadas a domicilio (o en modalidad remoto o en centros de trabajo conectados al puesto de trabajo de origen o pertenencia: DPR 70/1999, art. 2, letra b), previa verificación de la actuación en conformidad a la norma de seguridad (DPR 70/1999, art. 4), con instrumentos y herramientas proporcionadas por la Administración (DPR 70/1999, art. 5). En el convenio colectivo marco, se resaltaba la característica de voluntaria adhesión de los empleados públicos al teletrabajo, y en el caso de un número de solicitudes de adhesión superior a lo establecido por la Administración, se individuaban los criterios de selección³; agregándose que dicha Administración se obligase a informar al empleado acerca de las modalidades a través de las cuales efectuar la evaluación del trabajo prestado (art. 5, ap. 3), confirmando que la puntualidad global del trabajo no habría sido cambiada (art. 6, ap. 1), y que para el trabajo realizado en el domicilio el trabajador debía garantizar el acceso a los equipos de control de la aplicación de las normas de seguridad (art. 6, ap. 2), mientras que tendría derecho a reembolso a tabto alzado por los gastos conectados a la realización de la prestación (art. 6, ap. 3).

Va observado que el art. 14, ap. 1, de la Constitución italiana dispone la inviolabilidad de domicilio, por lo que no parece dudoso que el desacuerdo del trabajador al acceso a su domicilio no habría constituido y no constituye un incumplimiento contractual, a pesar de la recordada previsión del art. 6, ap. 2, y por lo tanto el rechazo del empleado al acceso habría solamente podido determinar la terminación por parte de la Administración del uso del teletrabajo⁴.

Con estas previsiones, la difusión del teletrabajo en la Administración Pública en sentido estricto (exclusa la Sanidad e Instrucción) ha sido extremadamente exigua y hasta menor que en España (0,7% en el 2019)⁵.

El legislador ha intervenido nuevamente con la ley 124/2015, que, en su art. 14, impone a las Administraciones Públicas objetivos anuales que dentro de tres

³ Discapacidad, necesidad de cuidados familiares, tiempo de desplazamiento desde el domicilio y la sede de trabajo (art. 4).

⁴ Sobre la necesidad del consentimiento del trabajador, véase también P. Pascucci, *op. cit.*, págs. 238 y s., que pero no trata las consecuencias del eventual rechazo; L. Nogler, *Lavoro a domicilio. Art. 2128*, en *Commentario al Codice Civile* dirigido por P. Schlesinger, Giuffrè, 2000, págs. 602-603; *contra* L. Gaeta, en *Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 1999, págs. 311-326, aquí pág. 323, considera que existe un equilibrio entre las “exigencias de tutela del domicilio privado y de la tutela de la seguridad”.

⁵ W. Giuzio y L. Rizzica, Banca d'Italia, *Il lavoro da remoto in Italia durante la pandemia: le amministrazioni pubbliche*, Note Covid-19, 22 enero 2021, Fig. 1, en <https://www.bancaditalia.it/media/notizia/il-lavoro-da-remoto-in-italia-durante-la-pandemia/>.

años, pudiesen permitir de llevar el trabajo a distancia, del que, sin embargo, se confirmaba la voluntariedad, al menos el 10% de los empleados: pero sin mayor exigencia para las finanzas públicas⁶. La previsión ha sido modificada en el 2020 como explicaré más adelante.

Con finalidad distinta⁷, el legislador ha emanado la ley 81/2017, que ha introducido el trabajo ágil como una modalidad de trabajo subordinado “sin precisos vínculos de horario” (pero siempre “dentro los mismos límites de duración máxima del horario de trabajo diario y semanal, derivado de la ley y de la contratación colectiva”) “o de lugar de trabajo”, con el posible (es decir no indispensable) “uso de instrumentos o herramientas tecnológicas para el desarrollo de la actividad laboral” (art. 18, ap. 1; el apartado 3 ha declarado estas disposiciones de ley aplicables también al trabajo en las Administraciones Públicas⁸).

La doctrina iuslaboralista italiana ha discutido la diferencia entre ésta forma de trabajo y el teletrabajo⁹, y todavía en esto podríamos prescindir de dicha discusión visto que en medio ha ocurrido el enorme y trágico acontecimiento de la pandemia.

Como sabemos, Italia ha sido el primero entre los grandes países europeos en el orden cardinal del tiempo, en el cual se ha desarrollado la epidemia.

Sin embargo, la respuesta del legislador ha alterado el cuadro anterior con respecto al tema del cual nos ocupamos.

De hecho, en Italia el artículo 2087 del código civil - aplicable a todos los empleadores públicos y privados – dice que les corresponde adoptar las medidas que, según la particularidad del trabajo, la experiencia y la técnica, sean necesarias para proteger la integridad física y la personalidad moral de los trabajadores.

⁶ V. A Sartori, *op. cit.*, pp. 488 s., que subraya el objetivo de conciliación entre vida y trabajo de esta previsión.

⁷ El apartado 1 del artículo 18 dice: “allo scopo di incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro” (“con el fin de aumentar la competitividad y facilitar la conciliación de los tiempos de trabajo y de vida”).

⁸ Sobre la aplicación del trabajo ágil al trabajo público, véase al menos C. Spinelli, *Il lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni*, en *Rivista Giuridica del Lavoro*, 2018, I, págs. 127-139; M. L. Vallauri, *Una sfida alla PA dal lavoro agile*, en *Rivista Giuridica del Lavoro, Quaderno 4/2019*, págs. 169-180; A. Sartori, *op. cit.*; M. Altamari, *Telelavoro e lavoro agile nella pubblica amministrazione*, in *Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro*, 2018, págs. 843-864.

⁹ Para mayor estudio, véase M. Brollo, *Smart o Emergency Work? Il lavoro agile al tempo della pandemia*, en *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2020, fasc. 6, págs. 553-570, especialmente pág. 564; A. Sartori, *op. cit.*, págs. 482-488; P. Pascucci, *Il telelavoro nelle pubbliche amministrazioni tra legge e contrattazione*, en *Studi urbinati di scienze giuridiche, politiche ed economiche*, 2017, fasc. 1-2, págs. 223-241; G. Santoro Passarelli, *Il lavoro autonomo non imprenditoriale, il lavoro agile e il telelavoro*, en *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2017, fasc. 3, I, págs. 369-395, especialmente págs. 384-385. Crítico, en relación a las interferencias con la disciplina del teletrabajo en las Administraciones Públicas, P. Pascucci, *op. cit.*, págs. 239-241.

Con la pandemia en curso, no se evidencian tanto los riesgos específicos de cada lugar de trabajo, no se evidencian tanto los riesgos específicos de cada lugar de trabajo, lo cual está previsto en el Texto Refundido de la Ley de Seguridad en el Trabajo de 2008 (Decreto Legislativo 81/2008), sino el riesgo para la comunidad nacional que el trabajo aumenta fuertemente, con los contactos humanos que inevitablemente conlleva, mayores o menores según el puesto de trabajo.

Para los empleados públicos, para concretar lo dicho estaba el artículo 87, apartado 1, del Decreto Ley 18/2020, que disponía que “hasta el cese del estado de emergencia [...] el trabajo ágil es la modalidad ordinaria de desarrollo de la prestación de trabajo en la Administración Pública”¹⁰. Esto significa que por ley, y sin que las administraciones deban asumir alguna medida, los empleados públicos tienen el derecho¹¹ y la obligación de trabajar en modalidad ágil (llamada popularmente *smart working* desde el 2020), es decir sin ir al puesto de trabajo¹².

El mismo artículo 87 admite la presencia en el puesto de trabajo *exclusivamente* a aquellos que realicen las actividades que se consideran inaplazables y que requieren necesariamente la presencia *física* en el lugar de trabajo. Esto significa que, por ejemplo, el personal sanitario ha estado presente en los hospitales, pero no aquel personal administrativo o de otro tipo que haya podido trabajar desde casa. Entonces han habido excepciones cuando razones de seguridad pública o funcionalidad de servicios esenciales impiden el trabajo desde casa, como por ejemplo, el personal que trabaja en los Tribunales, las oficinas necesarias para pagar las prestaciones sociales a los ciudadanos y las nóminas a los empleados de las Administraciones etc., etc.; y, a diferencia del trabajo ágil según la ley del 2017, no es necesario trabajar en parte al interior del lugar de trabajo. Era tarea de las administraciones señalar estas excepciones.

El trabajo, sin embargo, al no estar ni en la disciplina del teletrabajo ni en la de la Ley 81/2017 de trabajo ágil, podría haberse realizado - y en la gran mayoría de los casos se ha realizado - también con herramientas (móviles, ordenadores, etc.) propiedad del trabajador (artículo 87, apartado 2): se habría podido observar que el empleado público no habría tenido un comportamiento en buena fe si se hubiese opuesto o hubiese rechazado de utilizarlos aún poseyéndolos.

¹⁰Esta afirmación perentoria está definida como “impensable” en el contexto ordinario, fuera de la emergencia sanitaria, por M. Esposito, *Smart Work e pubblico impiego: patti chiari, agilità lunga*, en *Quaderni di Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2020, n. 18, págs. 147-155, y aquí pág. 150, dentro de la lógica de una preferible, pero no indispensable, consensualidad.

¹¹*Contra* L. Zoppoli, *Dopo la digi-demia: quale smart working per le pubbliche amministrazioni italiane?*, en WP CSDLE “Massimo D’Antona”. IT – 421/2020, en <http://csdle.lex.unict.it/docs/workingpapers/Dopo-la-digi-demia-quale-smart-working-per-le-pubbliche-amministrazioni-italiane/> 6038.aspx, pág. 5.

¹²No compartimos la desestima de esta norma por M. Esposito, *op cit.*, pág. 152.

Si esto no hubiese sido posible, las Administraciones (artículo 87, apartado 3) habrían debido programar a los trabajadores por vacaciones, permisos, banco de tiempo, etc., de acuerdo con el convenio colectivo.

Si ni siquiera hubiera sido posible, la Administración habría debido adoptar medidas motivadas de exoneración del servicio por el cual los dependientes se habrían quedado en casa sin trabajar pero recibiendo la remuneración: lo que no creo haya hecho ninguna Administración¹³, temiendo probablemente reacciones della *Corte dei conti* por el potencial daño al tesoro público derivado del efectuar pagos sin obtener a cambio la prestación.

Entonces en ningún caso las Administraciones habrían podido tener en presencia en el lugar de trabajo una persona para efectuar la prestación por la cual no fuese indispensable la presencia física, ni para desarrollar una actividad que no haya sido posible diferirla (contemporáneamente el legislador ha suspendido una serie de términos para el desarrollo de las actividades administrativas).

Es decir, por razones de tutela de la salud (de los trabajadores y también aquella pública), la actividad de las administraciones ha sido reducida al mínimo y el trabajo a distancia ha sido un tentativo de limitar los efectos de esta necesidad (tanto así que como hemos dicho, el art. 87, ap. 3, preveía la posibilidad de mantener a los empleados en casa, pagándoles su salario incluso en ausencia de rendimiento).

Si las Administraciones no se hubieran comportado de acuerdo a ley, creo que los trabajadores y trabajadoras – salvo las excepciones ya mencionadas – habrían podido oponerse de presentarse en las sedes habituales de trabajo¹⁴, visto que de frente al incumplimiento de la obligación de seguridad gravante en la Administración, el trabajador habría podido plantear la excepción de incumplimiento previsto en el art. 1460 del código civil¹⁵.

Es importante recordar que el art. 263, ap. 4-*bis*, del decreto ley 34/2020, ha repetido el art. 14 de la ley 124/2015, disponiendo que las administraciones adopten dentro del 31 de enero de cada año un Plan Organizacional del Trabajo Ágil (POLA por sus siglas en italiano) “oídas a las organizaciones sindicales”: es decir, una mera formula de consulta pero no de contratación colectiva. Se prevé que el llamado POLA deba prever que al menos el 60% de los trabajadores puedan

¹³No corresponde, pero siempre para casos limitados, la valoración de L. Zoppoli, *op. cit.*, pág. 10 nota 28.

¹⁴En *contra*, pero sin argumentación jurídica, la *Circolare n. 2* de 1º de abril 2020 del *Dipartimento della Funzione Pubblica*, pág. 3.

¹⁵Art. 1460 c.c.: “En contratos con prestaciones correspectivas, cada uno de los contrayentes puede oponerse o rechazar de cumplir sus obligaciones, si el otro no cumple o no ofrece cumplir contemporáneamente la propia, salvo que términos diferentes para el cumplimiento hayan sido establecidos por las partes o resulten de la natura del contrato”.

concurrir, o el 30% si es que el Plan no viene adoptado, pero siempre condicionado a que sea voluntario.

El art. 263 del decreto ley 34/2020 ha modificado el art. 87, ap. 1, previendo con infundato optimismo acerca de la situación sanitaria, que las Administraciones Públicas “organicen el trabajo de sus empleados y la erogación de los servicios a través de la flexibilidad del horario de trabajo, revisando la articulación diaria y semanal, introduciendo la modalidad de interlocución programada inclusive a través de soluciones digitales y no en presencia con el usuario, aplicando al trabajo remoto, con medidas simplificadas como lo señala el apartado 1, letra b), del mismo artículo 87, al 50 por ciento del personal empleado en la actividad que pueda ser realizado bajo esa modalidad”.

El decreto ley 104/2020 ha previsto que el trabajo a distancia ya fuese no la única modalidad ordinaria de trabajo en las Administraciones Públicas, sino, una de las modalidades ordinarias, exprimiendo un momento de parcial retorno al orden tradicional para la disminución de la pandemia.

Evidente es, que la crisis pandémica ha producido una digitalización del trabajo en la Administración Pública configurada por el legislador como involuntaria, no programada, provisorio e unilateral.

De hecho, las previsiones de ley conectadas a la pandemia han eliminado toda participación negocial del trabajador en la definición de la ejecución de la prestación, prevista por los artículos 19 y 21 de la ley 81/2017, respectivamente bajo la institución de “formas de ejercicio de poder de dirección”, de los “instrumentos de trabajo”, de los denominados “tiempos de descanso” y de la “desconexión”; y de la “disciplina [del] ejercicio de poder de control del empleador sobre la prestación del trabajador al externo de la sede de trabajo” y de la individualización de las “conductas conectadas a la ejecución de la prestación de trabajo al exterior del local o sede de trabajo, que dan lugar a la aplicación de sanciones disciplinarias”. Ningún espacio ha sido indicado ni siquiera a la contratación colectiva, como veremos a continuación.

De ello se concluye que, se debe discutir, como haré en este momento, acerca de los efectos de esta expansión de poderes unilaterales de las Administraciones Públicas por encima del contrato de trabajo¹⁶.

¹⁶Recuerdo que en Italia casi todos los dependientes públicos forman parte, desde 1993, de un contrato de trabajo por cuenta ajena, quedando para pocas categorías, el precedente estado jurídico de derecho público. Se trata de magistrados, abogados del Estado, diplomáticos, pertenecientes a la carrera de las prefecturas, docentes universitarios (estos, provisoriamente, *ex art. 3, ap. 2*, en espera de una específica disciplina), militares, policías, dependientes de otros entes que operan en

2. DERECHOS FUNDAMENTALES INDIVIDUALES Y COLECTIVOS EN EL TRABAJO Y DIGITALIZACIÓN DEBIDO A LA PANDEMIA

La aplicación de la normativa de la que he hablado hasta este momento se ha manifestado desigual¹⁷.

Muchas administraciones que conozco han violado la ley, continuando a pretender de empleados y empleadas una “solicitud” – generalmente semanal – de ser colocados a distancia, que no era necesario, dado que la modalidad a “distancia” era la la “forma ordinaria” de prestación; “solicitud” a la cual seguía una “autorización” de parte de la Administración incompatible con la normativa vigente¹⁸. Resultado, tiempo de trabajo perdido y disminución de la productividad. En cuanto al desarrollo del trabajo, ya que los empleados trabajan desde casa, surgen los nuevos problemas del control de la prestación y del horario. En el texto de la ley del trabajo ágil del 2017 estos perfiles se posponen al acuerdo entre las partes, que sin embargo durante la emergencia y para los dependientes públicos, no es necesario. Por lo tanto, queda válido sólo el art. 4 del Estatuto de los Trabajadores¹⁹:

la vigilancia del crédito y ahorro, de la Bolsa y del Antitrust: al 2018, 574.350 dependientes que se han quedado “disciplinados por los respectivos ordenamientos” (art. 3, ap. 1, decreto legislativo 165/2001), y que constituyen en esa fecha el 17,8% del total de los dependientes públicos (fuente: <https://www.contoannuale.mef.gov.it/struttura-personale/occupazione>).

¹⁷Datos cuantitativos pueden obtenerse en W. Giuzio y L. Rizzica, *op. cit.*, *passim*. El dato general (p. 5, tav. 2) que vendría en el segundo cuatrimestre en modalidad remoto sólo el 32,83% de los dependientes públicos (comprendida la sanidad) me parece infravalorar el fenómeno. Véase también los datos del monitoraje del trabajo remoto en las Administraciones Públicas proporcionada por el *Dipartimento della Funzione Pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri*, por el cual en mayo del 2020 se encontraba en remoto el 64% de los dependientes públicos, y en setiembre el 46% (*Monitoraggio sull’attuazione del lavoro agile nelle Pubbliche Amministrazioni, novembre 2020*, pág. 5, en <http://www.funzionepubblica.gov.it/lavoro-agile-e-covid-19/monitoraggio-lavoro-agile>).

¹⁸En un caso, el juez ha dispuesto la asignación de una empleada (asistente socio-sanitaria) a *smart working*, reconociéndolas un derecho en tal sentido, por encontrarse en la situación de tener un hijo discapacitado (Trib. Roma, 20 junio 2020, n. 15525, ordenanza cautelar).

¹⁹Art. 4 ley 300/1970 (texto modificado en 2015):
“(Equipos audiovisuales y otros instrumentos de control)”

1. Los equipos audiovisuales y otros instrumentos de los cuales derivan la posibilidad de control a distancia de la actividad de los trabajadores pueden ser utilizados exclusivamente por exigencias organizativas y productivas, para la seguridad del trabajo y para la tutela del patrimonio de la empresa y pueden ser instalados previo acuerdo colectivo estipulado por la representación sindical unitaria o por la representación sindical empresarial. En alternativa, en el caso de empresas con unidades de producción situadas en diferentes provincias de la misma región o en varias regiones, dicho acuerdo puede ser suscrito por las asociaciones sindicales comparativamente más representativas a nivel nacional. A falta de acuerdo, los equipos y los instrumentos mencionados en el primer periodo podrán instalarse previa autorización de la sede territorial de la Inspección nacional de trabajo o, en alternativa, en el caso de empresas con unidades de producción ubicadas

visto que los elementos con los cuales se trabaja desde casa, por la conexión con el sistema informático de la Administración, son instrumentos utilizados para desarrollar la prestación laboral, no se necesita ningún tipo de acuerdo sindical para su instalación, pero la Administración puede usar la conexión para controlar la prestación de trabajo sólo si al trabajador le haya sido dada información acerca de la modalidad de realización del control y sea respetada la normativa de la *privacy*. Si es el caso que use solamente el teléfono, la Administración puede solicitar un informe o la contabilidad de las llamadas, modalidad que deberá comunicar al trabajador de manera formal.

No habiendo sido derogado el Estatuto de los Trabajadores, el derecho a la *privacy* del trabajador queda tutelado exactamente como lo era antes de la pandemia: por lo demás, también la modificación del art. 4, si representase o no las previsiones de un poder de control a distancia sobre las prestaciones de trabajo, la doctrina italiana se ha quedado en desacuerdo²⁰.

De hecho, muchísimas Administraciones Públicas, cogidas de sorpresa de la generalización del trabajo a distancia por causa pandémica, no han aprovechado la ocasión de la necesaria digitalización –más que programada– para adecuar a la propia organización a la disponibilidad de herramientas tecnológicas adecuadas para proporcionar el trabajo a distancia.

Es más, sustancialmente si ha transferido directamente al empleado público el poder de autocontrol de la propia prestación, convirtiéndose en el controlador de sí mismo y exigiéndole a menudo una especie de síntesis semanal de sus propias actividades, de lo cual es muy difícil hipotizar a su vez, si ha sido objeto de control por parte de alguna jerarquía interna.

Sin embargo, no me parece que esta situación corresponda a la excepción indicada en el art. 17 de la Directiva 2003/88, que permite derogar las previsiones de la misma en lo relativo al reposo semanal, pausas, duración máxima semanal, trabajo nocturno, pero sólo “cuando la duración del horario de trabajo a causa de las características de la actividad desenvuelta no es medible y/o predeterminada o puede ser determinada por los mismos trabajadores”: visto que la unilateral

en los ámbitos de competencia de varias sedes territoriales, de la sede de la Inspección Nacional de Trabajo. Las medidas previstas en el tercer período serán definitivas.

2. Lo dispuesto en el apartado 1 no se aplicará a los medios utilizados por el trabajador para hacer efectivo el trabajo ni a los medios de registro de los accesos y de las presencias.
3. La información recopilada en virtud de los apartados 1 y 2 puede utilizarse para todos los fines relacionados con la relación laboral con la condición que sea dada al trabajador la adecuada información sobre el uso de las herramientas y la forma de realizar los controles, siempre que se respeten las disposiciones del Decreto Legislativo n° 196 de 30 de junio de 2003.

²⁰Véase *ex multis* al menos P. Tullini (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Giappichelli, 2017.

dimisión del control sobre el horario de trabajo por parte de la Administración durante la pandemia, no creo pueda liberarla de la obligación de garantizar el derecho fundamental a la limitación del horario y al reposo diario y semanal, y a la finalidad, aún cuando la prestación se desarrolle íntegramente en el domicilio del trabajador, de establecer un sistema que permita la medida del horario de trabajo de acuerdo a las indicaciones proporcionadas por la Corte de Justicia el 14 de mayo de 2019, C-55/18, *Federación de Servicios de Comisiones Obreras*²¹.

Todavía es significativo de los principios del legislador italiano el hecho de que, tras los ejemplos de autodeterminación del horario de parte del trabajador, contenidas en la normativa nacional (art. 17, ap. 5, decreto legislativo 66/2003), aunque no contemplada en la Directiva, existen las “prestaciones realizadas en el ámbito de las relaciones de trabajo a domicilio y de teletrabajo”: teletrabajo que, en esa época, era consensual, y aún no existía la previsión del art. 18, ap. 1, de la ley 81/2017, que también vincula el trabajo remoto a la observancia de los límites de duración máxima del horario de trabajo semanal y a jornada.

En Italia en cambio, lo único que se ha hecho es disponer, con la Circular n. 2 del 1º de abril de 2020 del *Dipartimento della Funzione Pubblica*, que a los empleados en trabajo remoto le fuese negado el recurso al trabajo extraordinario (pág. 4), negando en consecuencia e implícitamente, pero sin afirmarlo claramente y sin motivación, que al trabajo a distancia fuese aplicable el control de horario²².

Confundiéndose así el hecho que el legislador ha ciertamente removido los vínculos de colocación horaria de las prestaciones en perjuicio de trabajadores a tiempo parcial, pero no los vínculos de duración máxima del trabajo, confirmado por el último período del art. 18, ap. 1, L. 81/2017, no derogado por la legislación nacida de la emergencia pandémica.

Sobre ello existe el derecho de la persona de desconectarse y de no responder y de no realizar ningún trabajo, que como se sabe, es una forma de derecho a la salud que es el único derecho que la Constitución italiana defina como “fundamentale” (art. 32).

Entonces, respecto del derecho a la salud, el pasaje improvisado, generalizado y no programado al trabajo a distancia ha mostrado claramente los riesgos a los cuales vienen sometidos los derechos fundamentales de los trabajadores si la digitalización no viene acompañada de una reorganización de la Administración Pública y de sus funciones.

²¹Para un comentario italiano, véase V. Leccese, *Lavoro agile e misurazione della durata dell'orario per finalità di tutela della salute*, en *Rivista Giuridica del Lavoro*, 2020, II, págs. 428-442.

²²*Contra*, a partir de la idea errónea que el trabajo ágil pueda prescindir del horario, no obstante la previsión opuesta del art. 18, ap. 1, de la ley 81/2017, M. Russo, *Lavoro agile nella P.A. tra fase emergenziale e cambiamento strutturale*, en *Giustiziavivile.com*, 19 ottobre 2020, pág. 18.

Aún más, la situación de emergencia generalizada ha hecho en modo que – por ejemplo - el cierre prolongado de las escuelas haya portado con sí, sobretodo en el caso de las familias con varios menores de edad, al uso privilegiado de instrumentos tecnológicos disponibles para la conexión a las actividades didácticas a distancias de las mismas escuelas, con la consecuencia que los padres trabajadores²³ hayan realizado su trabajo en horarios fragmentados y a menudo más allá de las 36 horas semanales previstas por los convenios colectivos nacionales: en la realidad social en consecuencia, se ha seriamente amenazado el derecho a la conciliación entre vida familiar y vida profesional (art. 31 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea), por la digitalización no programada resultante de la pandemia.

De otro lado, esta no controlada digitalización del tiempo de trabajo –a menudo ni siquiera determinada intencionadamente por disposiciones organizativas de las Administraciones, y sólo a veces por objetivos de resultados esperados del desempeño del trabajo indicados a los empleados públicos completamente inalcanzables, pero que ejercen una considerable presión psicológica sobre todo en la parte de los empleados más fieles a la función de la Administración Pública hacia la comunidad– ha afectado también al sinalagma contractual.

En relación a una retribución proporcionada y suficiente (art. 36, ap. 1, Const. Italia, art. 35, ap. 1, Const. España – en donde es sólo suficiente), En mi opinión, la alteración del sinalagma contractual resultante de la digitalización debe tenerse en cuenta, por cuanto aparentemente – pero solo aparentemente como voy a decir - es limitada.

Claramente, la primera cuestión que se presenta es aquella del derecho a los cupones de comida, que constituyen un elemento importante del rédito de los trabajadores públicos –más relevante para los dependientes con contribuciones menores, cupones que pueden alcanzar hasta el 4% del salario neto- y de costos de la Administración Pública (alrededor de 1,2 miles de millones en el 2019). La *Corte di Cassazione*, con la sentencia n. 31137 de 28 de noviembre 2019, ha afirmado que “la concesión de cupones de comida no tiene que ver ni con la duración ni con la retribución laboral, siendo finalizada a compensar la extensión del horario de trabajo dispuesto por la Administración Pública (para las finalidades ya indicadas) con una naturaleza de carácter asistencial dirigida a permitir a los interesados la recuperación de las energías *psicofísicas*”. La atribución de estos cupones de comida, en cuanto una medida asistencial, sería excluída del sinalagma contractual y su ausencia en los casos de trabajo a distancia es legítima. Consecuentemente, el Tribunale de Venecia, estudiando el comportamiento antisindical en cuestión ya que la Administración había suspendido los cupones de comida sin informar a la organización sindical recurrente, con decreto del 8 de julio del 2020 ha rechazado la demanda porque “los cupones de comida no son un derecho del trabajador”, en

²³Sobre los peligros para los trabajadores, llama la atención M. Brollo, *op. cit.*, págs. 567 s.

cuanto “el trabajador es libre de organizar como mejor crea la prestación bajo el perfil de colocación temporal”.

Todavía, el Gobierno Italiano precedente al actual, con la circular n. 2/2020 con la firma de la Ministra de la Administración Pública, ha sostenido en modo ambiguo que “el personal en *smart working* no tiene un derecho automático a los cupones de comida y que cada una de las Administraciones asume la determinación de su propia competencia en materia, previa comparación o discusión con las organizaciones sindicales”, excluyendo en consecuencia que la suspensión de dicha erogación fuese un acto necesario, como ha afirmado, en cambio, el Tribunal de Venecia. Y en efecto algunas Administraciones, como el de la Municipalidad de Roma a través de un acuerdo sindical suscrito el 14 de mayo del 2020, han previsto que, en el caso se hubiese mantenido el normal horario de trabajo aún para aquellas prestaciones a distancia, los cupones de comida se habrían igualmente erogado a los trabajadores: ello presupone que el trabajo a distancia se desarrolle con el mismo horario y en consecuencia en la misma modalidad del trabajo realizado en las sedes físicas de la Administración.

Ciertamente, se observa un problema jurídico importante, que si bien ha sido descuidado hasta ahora en las discusiones doctrinales italianas – más atraídas por la comparación entre medidas de emergencia por la pandemia y la ley del 2017 – por su contenido en el aspecto de una retribución proporcionada y suficiente.

En realidad, mientras la ley del 2017, aplicable como he dicho también al trabajo público, exige que la prestación de trabajo sea realizada en parte en la sede de trabajo facilitado por el empleador, y en parte “al exterior, sin un lugar fijo”, el trabajo a distancia como modalidad ordinaria (en la primera fase) y aún actualmente prevalente de desarrollo de la prestación de trabajo de los empleados de las Administraciones Públicas ha significado en esencia un gran cambio y movimiento hacia el teletrabajo como había sido ya disciplinado en las disposiciones que he recordado líneas arriba: pero se ha derogado de hecho, sin cuestionarse ni siquiera el problema, a la previsión general del art. 6, ap. 3, del acuerdo marco del 2000, contrato en el cual se preveía un reembolso forfetario de los gastos sostenidos por el empleado y conectados a la prestación de trabajo (energía, usura de los instrumentos y aparatos, costo de la conexión, etc.). Cuando, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 87 del decreto ley 18/2020, se ha pasado por motivos de tutela de la salud al trabajo a distancia como modalidad ordinaria, realizado generalmente desde el domicilio del trabajador adoptándose por ello un modelo BYOD²⁴, como dicho, inevitablemente se ha desequilibrado el sinalagma jurídico.

²⁴Según fuentes sindicales, en el INPS –quizás la Administración más digitalizada en Italia- sólo el 62% de los trabajadores dispone de un ordenador personal proporcionado por la Administración (<https://www.fpcegil.it/2021/01/14/inps-unitario-incontro-su-p-o-l-a-e-risparmio->

Si la tendencia BYOD tiene ventajas y desventajas desde el punto de vista organizacional empresarial y también de la Administración Pública, no hay duda que esto pueda ocasionar un gasto sobre el trabajador.

Los efectos de la digitalización del trabajo en las Administraciones nos lleva a la negociación colectiva. En el 2000 la previsión de reembolso global posterior al proyecto, con la modalidad establecida en la contratación colectiva integrativa (de la Administración). Nada de todo esto existe en el proceso de digitalización. Serán los contratos nacionales los que intervendrán o autorizarán la contratación integrativa.

Pero, en el equilibrio del sinalagma – y en el derecho constitucional del trabajador a una retribución proporcionada y suficiente – sobretodo puede incidir la dificultad en definir la obligación contractual laboral. Si las Administraciones, como ya sucedió en la fase final de la pandemia, renuncian al poder de control encargándolo a la autodeclaración del trabajador y la constatación del verdadero desarrollo de la prestación, el efecto jurídico no es sólo la evasión de las obligaciones de trabajo de una parte de los dependientes públicos, sino que la otra parte ha trabajado más sin contraprestación retributiva, situación difícil de definir, más aún sin un horario de trabajo equo ni una verificación de resultado productivo. En el trabajo privado, los trabajadores a domicilio en Italia – igualmente sin un poder de control ni horario – siguen siendo definidos como trabajadores por cuenta ajena (art. 2128 del código civil), pero – tratándose de una producción de bienes – no existen problemas, ya que el art. 8 della legge 877/1973 impone el pago a destajo. Si se producen servicios, como en la Administración Pública, surge el problema de definir una metrice de recursos humanos adecuada a la prestación a distancia a través de instrumentos digitales²⁵, arriesgándose en caso contrario de desequilibrar el sinalagma – tanto en beneficio de las Administraciones para los trabajadores fidelizados, como en sentido contrario.

Quizás algunas indicaciones se pudieran obtener de la relación de trabajo de los ejecutivos que el art. 2095 del código civil define como trabajadores subordinados, cuyo trabajo no está delimitado por el horario.

No discuto aquí, dado que hablamos sólo de derechos fundamentales, de los efectos de este proceso – de la compatibilidad de la subordinación con el aporte de medios propios de parte del trabajador, del cambio de énfasis en el resultado productivo esperado por el empleador, del *time porosity*, de la escasa relevancia

di-bilancio/). Según el *Dipartimento della Funzione Pubblica, Monitoraggio*, cit., p. 8, en mayo 2020 dos tercios de los trabajadores en remoto trabajaba con instrumentos propios.

²⁵Esto coincide, me parece, con la opinión de un economista, M. Leonardi, *Il valore strategico del lavoro da remoto nel pubblico impiego*, en *Quaderni di Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2020, n. 18, págs. 211-213, según el cual “será interesante ver si la necesidad de remotizar el trabajo empujará a los manager públicos a ‘rediseñar’ el trabajo para prever tareas cuya productividad sea claramente medible” (p. 213).

del lugar de trabajo a la finalidad de la calificación de trabajo por cuenta ajena – en nuestra concepción de trabajo por cuenta ajena: por ello recomiendo la lectura de las páginas magistralmente escritas por Jesús Cruz Villalón en el 2018²⁶, que comparto plenamente.

3. LA RELACIÓN ENTRE LEY Y CONTRATO COLECTIVO PARA GARANTIZAR EL DERECHO DEL TRABAJO EN EL EMPLEO PÚBLICO

En efecto, el espacio que las disposiciones de ley han reservado a la contratación colectiva, ha sido siempre exiguo. Si el teletrabajo desde inicios del siglo XXI era concordado con las organizaciones sindicales –por el acuerdo marco del 23 de marzo del 2000 con las sucesivas previsiones en los convenios colectivos nacionales²⁷-, no ocurrirá lo mismo sucesivamente.

La ley 81/2017 del trabajo ágil, confía, como se ha dicho, esencialmente al acuerdo individual las modalidades de ejecución de la prestación; cosa tanto más notable cuanto que en el empleo público, a diferencia que en el trabajo privado, el espacio para una negociación individual es prácticamente inexistente, tanto que se recoge la impresión que el art. 18, ap. 3, en el cual se prevé la aplicación de estas disposiciones también al empleo en las Administraciones Públicas, se ha agregado de mal modo a la Administración empleadora, quien en cambio tiene la obligación general de asegurar a los empleados paridad de tratamiento contractual (art. 45, ap. 2, decreto legislativo 165/2001).

Los decretos de la pandemia han cancelado el problema del rol organizacional de los sindicatos en la gestión de los efectos en el trabajo de procesos de digitalización: lo que es comprensible debido a la extrema urgencia con la cual en Italia fue dispuesto el primer *lockdown* general, pero no por los sucesivos decretos que, como hemos visto, se han limitado a atenuar el vínculo para las Administraciones de la transferencia a distancia de todas las actividades que no fuesen indispensable de desarrollarse en presencia.

²⁶J. Cruz Villalón, *El concepto de trabajador subordinado frente a las nuevas formas de empleo*, en *Revista de Derecho Social*, 2018, n. 83, 2018, págs. 13-44.

²⁷Art. 1 CCNL Regioni – Autonomie Locali 14 settembre 2000; art. 34 CCNL Enti pubblici non economici 14 febbraio 2001; Accordo sperimentale 18 ottobre 2001 per il personale amministrativo della scuola; art. 21 CCNL Enti di ricerca 21 febbraio 2002; artt. 134-139 CCNL Scuola 24 luglio 2003; art. 23 CCNL Università 13 agosto 2008; ecc. Observa P. Pascucci, *op.cit.*, pág. 237, que los convenios nacionales han disciplinado “la noción, la articulación del tiempo y de las fases de disponibilidad, la cobertura asegurativa de los instrumentos, la formación, la constitución de observadores del trabajo”.

También en donde las organizaciones sindicales hayan sido nominadas, como POLA, las Administraciones tienen solo una obligación de consulta.

Por lo tanto, se debería afirmar que el legislador italiano ha optado por un tercer modelo, el de la marginalización del rol de la contratación colectiva, más que optar por un carácter complementario o subsidiario con respecto a la propia ley.

Por supuesto, es precisamente el reconocimiento demasiado lento por parte de las Administraciones italianas de que la digitalización no es sólo ni principalmente una cuestión de cambio tecnológico de las herramientas de trabajo, sino que requiere un replanteamiento organizativo global de las actividades, lo que llevaría a la conclusión de que es oportuno que la ley, al establecer los principios a los que deben atenerse las Administraciones, debería implementar también una amplia referencia a la negociación colectiva, tanto nacional como integrativa, como herramienta indispensable que acompaña a los procesos innovadores, que permite no sólo garantizar la protección de los derechos fundamentales del trabajador digital, sino también ganar su consentimiento para maximizar la productividad del trabajo.

Estamos, según mi opinión, muy lejos de esto, en la legislación como en la realidad. De todos modos, como dije, tratándose de una disciplina de relación de trabajo, los contratos nacionales pueden disciplinar sobre la base del art. 40, ap. 1, del decreto legislativo n. 165/2001, los efectos del trabajo a distancia²⁸.

4. LAS PERSPECTIVAS DEL TRABAJO DIGITAL Y DE LA TUTELA DE LOS DERECHOS EN EL TRABAJO PÚBLICO

Desde el punto de vista del plano de la digitalización de las Administraciones, en particular de la digitalización del trabajo, en actuación a lo dispuesto en el art. 14 de la ley 124/2015 y sucesivas modificaciones ya mencionadas, la Ministra de la Administración Pública del Gobierno precedente, con un decreto ministerial de 9 de diciembre 2020, aprobó los lineamientos básicos que las Administraciones deben seguir para la formulación de los Planos Organizativos del Trabajo Agil (POLA).

La Ministra también había emanado el 4 de noviembre del 2020 el decreto ministerial que ha instituido el Observatorio Nacional del Trabajo Agil en las Administraciones Públicas, compuestas por un representante por cada ministerio, diez expertos, cinco representantes de Regiones y Entes Locales y representantes de otras Administraciones públicas, asistidos por una Comisión técnica compuesta de otros catorce expertos, con la tarea de proponer líneas y analizar los efectos de POLA en la Administración Pública.

²⁸En el mismo sentido M. Esposito, *op. cit.*, págs. 154 s.

Si bien las Administraciones hayan apenas iniciado a formular los Planos prescritos, se puede observar que las líneas guías contenidas en el Decreto ministerial de 9 de diciembre 2020 parezcan corregir en parte el carácter de emergencia de las medidas conectadas a la pandemia, introduciendo una gradual aproximación de ámbito trienal, indicando las modalidades de compilación de los Planos y sus contenidos y finalmente insistiendo, con amplias convocatorias y recordatorios de la literatura científica internacional sobre el tema, sobre los indicadores de performance que irán aplicándose.

La crisis política de enero de 2021 en Italia, resultante de la constitución de un Gobierno diverso, con un Presidente y una composición política parlamentaria en gran parte muy diferente, no permite prever si la dirección política impartida a las Administraciones Públicas por el anterior Gobierno sera confirmada o no en el futuro próximo²⁹.

En todo caso, el haber comprendido el nexo entre digitalización, modelos organizativos y trabajo a distancia³⁰ es ciertamente un paso positivo que aún requeriría de una amplia intervención de trabajadores y sindicatos³¹.

²⁹Sólo podemos señalar aquí, corrigiendo un trabajo ya en borrador, que una señal de esta diferente orientación del actual Gobierno -y en particular del actual Ministro de Función Pública, que ya en el pasado se había expresado críticamente sobre el trabajo a distancia de los empleados públicos- mencionada en el texto, la teníamos con el art. 1 del Decreto-Ley n° 56 de 30 de abril de 2021, que disminuyó el número de empleados a los que las Administraciones deben garantizar la posibilidad de trabajar a distancia del 60% en presencia de un POLA o del 30% en ausencia de un POLA, al 15% en ambos casos. Por lo tanto, la obligación de las Administraciones de invertir en el trabajo a distancia se reduce drásticamente.

³⁰El tema había sido ya señalado por la doctrina italiana, sin obtener mayor audiencia de parte del legislador, desde la época del teletrabajo: A. Viscomi, A. Viscomi, *L'applicazione nelle Pubbliche Amministrazioni*, in L. Gaeta e P. Pascucci, *Telelavoro e diritto*, Torino, Giappichelli, 1998, págs. 181-198, ya veinte años atrás, señalaba que el trabajo remoto “no puede realizarse en ausencia de una sustancial integración entre la tecnología de la información y la reestructuración funcional de los organismos públicos” (págs. 182 s.). En el mismo sentido, más recientemente P. Pascucci, *op.cit.*, pág. 230. Datos recogidos de una investigación específica, en W. Giuzio y L. Rizzica, *op. cit.*, pág. 10 fig. 9, indican que 63% de las Administraciones han debido efectuar inversiones a fin de adoptar el nuevo trabajo ágil.

³¹La contribución de L. Zoppoli, *op. cit.*, es rica en propuestas *de iure condendo*, también en la perspectiva de un mejor equilibrio entre las fuentes. incluido el contrato individual, especialmente en las páginas 16-26.