

No vulnera el derecho a la desconexión digital del trabajador que la empresa imponga la realización de actividades laborales online

Se estima el recurso interpuesto contra la sentencia que consideró vulnerado el derecho del trabajador a la intimidad personal y familiar del art. 18 de la CE, en su vertiente de desconexión digital regulada en el art. 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

Declara la Sala que, conforme a dicho precepto, el derecho a la desconexión digital debe ser ineludiblemente preservado cuando se imponga la realización de algún tipo de trabajo a distancia, como ha ocurrido en el caso examinado, o cuando se trate de que el trabajador se vea obligado a utilizar en su domicilio herramientas tecnológicas. No se puede imponer a los trabajadores la obligación de conectarse remotamente con finalidad laboral desde fuera del centro de trabajo en sus tiempos de descanso. Ahora bien, el derecho del trabajador no es incompatible con que la empresa pueda imponer la realización de actividades laborales fuera del horario ordinario, que pueden tener carácter obligatorio; esas actividades, que computan como tiempo de trabajo, pueden ser presenciales o a distancia. Concluye la Sala que, siendo trabajo efectivo no es aplicable el derecho de desconexión digital.

Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social

Sede: Madrid

Sección: 2

Fecha: 04/11/2020

Nº de Recurso: 430/2020

Nº de Resolución: 962/2020

Procedimiento: Recurso de suplicación

Ponente: RAFAEL ANTONIO LOPEZ PARADA

Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

Sala de lo Social

SENTENCIA

En Madrid a cuatro de noviembre de dos mil veinte habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 2 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres.

citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española, EN NOMBRE DE S.M. EL REY Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE EL PUEBLO ESPAÑOL ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación 430/2020, formalizado por el/la LETRADO D./Dña. RAFAEL CARLOS SAEZ CARBO en nombre y representación de ENAIRE, contra la sentencia de fecha diecisiete de enero de dos mil veinte, dictada por el Juzgado de lo Social n.º 22 de Madrid en sus autos número Procedimiento impugnación sanciones (art.114 y ss LPL) 867/2019, seguidos a instancia de D./Dña. Gerardo frente a ENAIRE y MINISTERIO FISCAL, en reclamación por Sanción a trabajador, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./Dña.

RAFAEL ANTONIO LOPEZ PARADA, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

PRIMERO.- DON Gerardo viene prestando servicios para la entidad ENAIRE, como Controlador de la Circulación Aérea, encontrándose destinado actualmente en el Centro de Control de Tránsito Aéreo de Madrid (LECM), con jornada de trabajo de 5 días de prestación de servicios y tres días de descanso (no controvertido).

SEGUNDO.- El 8 de julio de 2016 se remitió al demandante a su dirección de correo de la entidad demandada, correo electrónico bajo el nombre de asunto: "Convocatoria Curso Factores Humanos Ed 17/07/2016 a 12/10/2016", comunicándose su inscripción en la actividad formativa denominada "Factores Humanos" con una duración de 2 horas. Dicho correo establece que "De acuerdo con el art. 227 del II Convenio Colectivo Profesional de los Controladores de Tránsito, se te notifica la inscripción con 30 días de antelación; con el fin de facilitar la organización del tiempo del que dispone, la acción formativa está a tu disposición desde el 15 de julio hasta el 12 de octubre de 2016. (Doc. al folio 44 de las actuaciones).

El correo electrónico consta entregado el 8 de julio de 2018 a las 09:02 horas.

TERCERO.- El demandante no realizó el curso, y el 14 de noviembre de 2018 se le remitió, a la misma dirección de correo electrónico de la entidad demandada, correo electrónico bajo el nombre del asunto: "Convocatoria Curso Factores Humanos Ed 16/11/2018 a 31/12/2018", comunicándole su inscripción a la actividad formativa denominada "Factores Humanos", modalidad on line, con duración de 2 horas, indicando "por favor, ten en cuenta que este curso es imprescindible para revalidar tu habilitación el próximo año".

En dicho correo consta en Entrega: "Error: 14/11/2018 11:41". (doc. al folio 44 de las actuaciones).

CUARTO.- El 21 de noviembre de 2018 el Director Regional se dirigió al demandante solicitando que completara la formación on line, al no constar realizado el curso, conforme el siguiente tenor (al folio 48):

"Estimado/a señor/a:

Los requisitos para revalidar las anotaciones de unidad se derivan del Reglamento 2015/340 y se recogen en los Planes de Capacitación y de Formación de Unidad aprobados por AESA. En los mismos se establece que para revalidar una anotación de unidad es necesario realizar un número mínimo de

horas operacionales, superar una Evaluación de la Competencia Operacional y completar la formación de actualización establecida.

Entre la formación de actualización necesaria para revalidar la anotación de unidad se encuentran los cursos de Fraseología y Factores humanos aprobados por AESA que se realizan a través de la plataforma online. Es importante resaltar que, de acuerdo con la normativa en vigor, sin completar estos dos cursos no es posible revalidar la anotación de unidad y, en consecuencia, no se pueden ejercer las atribuciones de la licencia de controlador aéreo. Además, independientemente de la fecha de caducidad de su anotación de unidad y debido a su carácter trienal, los dos cursos online mencionados tienen que ser completados antes del 31/12/2018.

En su caso, a pesar de que se le ha incluido en varias convocatorias con la antelación y plazo de realización estipulados en el IICPP, a fecha 20/11/2018 no ha completado los cursos online necesarios para revalidar su anotación de unidad de LECM.

Para facilitarle la finalización de los dos cursos, se ha extendido el plazo de la última convocatoria hasta el 05/12/2018. Si lo necesita, desde el Departamento de Formación Regional le pueden informar sobre la forma de acceso a la plataforma online y gestionar cualquier incidencia que afecte a la misma. Además, todos los cursos cuentan con un tutor que puede ayudarle a resolver dudas de los contenidos y orientarse sobre las evaluaciones de los mismos.

Por último, le ruego que complete la formación online mencionada a la mayor brevedad posible con objeto de evitar problemas con la tramitación administrativa de revalidación de su anotación de unidad".

El demandante recibió el escrito firmando "No conforme, lo quiero de forma programada de jornada laboral" (al folio 48).

QUINTO.- El 22 de noviembre de 2018 se colocó un cartel denominado "Aviso importante" en el Tablón de la sala de control, junto con un listado denominado "Urgente e importante: CTAS con cursos pendientes para poder revalidar anotación de unidad", en el que figura el demandante y que indica curso de Fraseología "Aprobado", curso de Factores Humanos "Pendiente" (a los folios 49 a 53), indicando en el cartel que se extendía el plazo de última convocatoria hasta el 05/12/2018. Asimismo se puso el cartel junto a la mesa de firmas, donde firman diariamente (testifical de doña Pilar).

SEXTO.- El 5 de diciembre de 2018 el Director Regional se dirigió al demandante indicando "(...) pongo en su conocimiento que esta Entidad Pública tras examinar con detenimiento el convenio colectivo de aplicación, no encuentra razón jurídica para que la formación on line sea incluida en el cuadrante mensual de servicios en los términos que usted solicita". Se da por reproducido dicho escrito obrante al folio 47 vuelto, que recoge entre otros extremos: "por la presente le requiero formalmente para que realice de inmediato la citada formación en los ciclos de descanso de tres días que de conformidad con el artículo 33 del convenio colectivo le son programados. Por ello le pido que antes de finalizar el día 17 de diciembre de 2018 realice los cursos pendientes" SÉPTIMO.- El 21 de diciembre de 2018 el demandante se dirigió al Director Regional indicando que "mis descansos están limitados a los que entiendo yo son los mínimos legales, con lo que no dispongo de hueco para realizar esos cursos de formación, so pena de incurrir en incumplimiento del RD 1001/2010, de cuyas consecuencias sería directamente responsable en caso de producirse una incidencia operacional", proponiendo la realización del curso el día 26 de diciembre de 2018 tras estudiar su turnero, añadiendo "Caso de que considere que, pese a lo que le he explicado, debo hacerla antes del día 25 de diciembre de 2018, o que vean algún error en mis cálculos y entiendan que existe un momento anterior al por mi sugerido para la realización del curso, les ruego que, por favor, me den esas instrucciones de forma expresa y por escrito a fin de disponer de un documento que salvguarde mis

responsabilidades". En dicho escrito facilita una dirección de correo electrónica para las comunicaciones, distinta a la de Enaire (al folio 46 vuelto).

En esa misma fecha presentó solicitud de programación de la formación on line, exponiendo su voluntad de realizar la formación on line alegando: "solicito que venga incluida en mi programación mensual, dentro del ciclo oficial de la dependencia que, de acuerdo con la última Modificación Sustancial de las Condiciones de Trabajo de Noviembre de 2012 es de 5 días de trabajo y 3 de descanso, y en la medida de lo posible agrupada en un único ciclo de trabajo (art. 38). Todo ello en virtud del cumplimiento en materia de descansos y cómputo de jornada máxima mensual/anual establecidos en el II Convenio Colectivo y en el RD 1001/2010, y en orden a tener asegurada la protección y cobertura necesarias en el caso de que decidiera trasladarme al centro de trabajo para su realización, incluyendo los tiempos de desplazamiento como dicta el Artículo 156.2.a) de la Ley General de la Seguridad Social" (al folio 45 vuelto).

OCTAVO.- Por escrito de 27 de diciembre de 2018 el Director Regional indicó al demandante que en el trienio 2016-2018 había sido convocado en dos ocasiones el curso "gestión de estrés, fatiga, error humano y procesos cognitivos" sin que lo hubiera hecho, que había dispuesto de tres meses en cada una de las convocatorias para realizar los cursos y que "la no realización de la formación online necesaria para la revalidación de su anotación de unidad supone un incumplimiento reiterado e injustificado de las instrucciones que le han sido impartidas, además de perjuicio evidente para Enaire" (al folio 45).

NOVENO.- DON Gerardo realizó la Acción Formativa "Factores Humanos" el 6 de enero de 2019, obrando en autos Diploma al folio 96 vuelto que se da por reproducido.

Previamente, el 31 de diciembre de 2018, intentó acceder al curso "Estrés controlado" a través de la plataforma de formación, resultando un mensaje indicando "Estimado Alumno esta edición del curso está cerrada" (al folio 97).

DÉCIMO.- Por Resolución de 22 de enero de 2019 la entidad ENAIRE ordenó la incoación de expediente disciplinario al demandante, indicando: "ha realizado la formación on line correspondiente al curso Factores Humanos fuera del plazo que le ha sido formalmente concedido 31 de diciembre de 2018, perjudicando con ello a la Entidad Pública, a pesar de las reiteradas convocatorias y advertencias dadas", nombrándose Instructor del expediente y Secretaria del mismo (doc. al folio 30 de las actuaciones).

Dicha Resolución se notificó a la Delegación local del Sindicato el 29 de enero de 2019 (al folio 37), y al demandante el 4 de febrero de 2019 (al folio 38 vuelto).

DECIMOPRIMERO.- El Instructor acordó citar al demandante a fin de recibirle declaración sobre los hechos el 22 de marzo de 2019; informando el demandante sobre la imposibilidad de acudir al tener prevista intervención quirúrgica.

Estuvo en situación de incapacidad desde el 13 de marzo de 2019. Y el 9 de abril de 2019 el demandante comunicó su incorporación al trabajo, siendo citado el 23 de abril de 2019 para recibirle declaración.

Obra en autos declaración de DON Gerardo al folio 72 de las actuaciones que se da por reproducida.

DECIMOSEGUNDO.- Por escrito de 22 de mayo de 2019 el Instructor formuló Pliego de Cargos con el contenido que obra al folio 86 vuelto de las actuaciones.

Se notificó al Representante Sindical el 24 de mayo de 2019 (al folio 88) y al demandante el 5 de junio de 2019 (al folio 88 vuelto).

DECIMOTERCERO- DON Gerardo presentó Pliego de descargos el 14 de junio de 2019, obrando en autos a los folios 96 a 100 que se dan por reproducidos. Dicho pliego se trasladó a la representación sindical de USCA el 17 de junio de 2019 (al folio 105).

DECIMOCUARTO.- La Delegación Local de Unión Sindical de Controladores Aéreos (USCA) en el ACC de Madrid (LECM) efectuó alegaciones en escrito de 28 de junio de 2019, obrante al folio 107 vuelto y 108.

DECIMOQUINTO.- El 1 de julio de 2019 el Instructor del expediente emitió Propuesta de Resolución (a los folios 108 vuelto a 110). Y el 2 de julio de 2019 se dictó Resolución acogiendo la propuesta de sanción formulada por el Instructor, acordando "imponer a D. Gerardo, Controlador de Tránsito Aéreo destinado en el Centro de Control de Madrid, la sanción de tres días de suspensión de empleo y sueldo, conforme a lo dispuesto en el apartado 1.c) del artículo 96 del Estatuto Básico del Empleado Público, por la comisión de una falta muy grave, tipificada en el apartado i) del artículo 95.2 del Estatuto Básico del Empleado Público, como "La desobediencia abierta a órdenes o instrucciones de un superior" (doc. a los folios 16 y 17 de las actuaciones).

Se notificó a la representación del Sindicato USCA el 2 de julio de 2019 (al folio 116) y al demandante el 8 de julio de 2019 (al folio 117).

DECIMOSEXTO.- El Real Decreto (UE) 2015/340 de la Comisión establece los requisitos técnicos y procedimientos administrativos relativos a las licencias y certificados de los controladores aéreos.

La entidad ENAIRE cuenta con Planes de Capacitación y de Formación de Unidad aprobados por la Agencia Estatal de Seguridad Aérea (ASESA). El Plan de Capacitación recoge los procedimientos y medios técnicos en cuanto a los conocimientos teóricos y habilidades prácticas de los controladores de tránsito aéreo.

En el Plan de Capacitación de la Unidad General de 23 de mayo de 2018 se regula la formación, indicando que contendrá, como mínimo: a) Formación en procedimientos y prácticas estándar usando fraseología aprobada y comunicación eficaz, b) Formación en situaciones anormales y de emergencias usando fraseología aprobada y comunicación eficaz, y c) Formación en factores humanos. Se indica en dicho Plan: "Para revalidar la anotación de unidad será necesario haber realizado la formación de actualización dentro del periodo de validez de la anotación de conformidad con el apartado 20.4 Baseline indexado del Plan de Formación de Unidad General A331A-13-PS-052. La formación de actualización necesaria, en función de las especificidades propias de cada unidad, se detalla en el apartado 20.4 Baseline indexado del Plan de Formación de Unidad General A331A-13-PS-052. La duración, metodología, frecuencia de cada acción formativa se detalla en cada uno de los documentos aprobados para cada curso.

Obran en autos Planes de Capacitación de la Unidad General de 2018, 2017 y 2016, así como Planes anuales de formación ATC 2018, 2017 y 2016 y Planes de capacitación específico LECM TMA1, RUT1 y RUT2, doc. 2 a 12 de la parte demandada, que se dan por reproducidos.

El Plan de capacitación específico de LCM TMA1 establece la formación mínima necesaria para el mantenimiento de la competencia de los CTA pertenecientes a dicha unidad, constando dentro de la Formación en procedimientos y prácticas estándar la acción formativa "Fraseología, instrucciones y autorizaciones", y dentro de la Formación en Factores Humanos la acción formativa "Gestión de estrés, fatiga, error humano y procesos cognitivos", con periodicidad trienal y duración 2 horas (al folio 104 vuelto de las actuaciones).

DECIMOCTAVO.- Las actividades formativas que se imparten de forma presencial se programan dentro de los turnos asignados de trabajo. Las actividades formativas no presenciales no se programan en los

turnos, debiendo realizarse fuera de las horas de planificación de la actividad de control aéreo, y una vez realizada el tiempo invertido en su realización de computa como tiempo de trabajo.

La acción formativa o curso "Factores Humanos" no es presencial, exigiéndose con periodicidad trienal y tiene una duración de 2 horas. Dicha actividad tenía un plazo de cumplimiento por el demandante del 2016 a 2018.

DECIMONOVENO.- Todos los Controladores de Tránsito Aéreo operativos adscritos al Centro de Control de Madrid, 433, fueron convocados a las formaciones on line "Fraseología" y "Factores Humanos". Respecto a la formación de "Fraseología", un total de 402 controladores, incluido el demandante, realizaron la formación antes del 31 de diciembre de 2018, 31 realizaron la formación fuera de plazo. En cuanto a la acción formativa "Factores Humanos" un total de 391 trabajadores realizaron la formación antes del 31 de diciembre de 2018, y 42 controladores realizaron la formación fuera de plazo, incluido el demandante. (doc. al folio 425).

VIGÉSIMO.- DON Gerardo ostenta la condición de Representante Sindical del Sindicato Unión Sindical de Controladores Aéreos (USCA) (doc. al folio 461, no controvertido).

VIGESIMOPRIMERO.- El demandante planteó consulta a la Agencia Estatal de Seguridad Aérea el 5 de diciembre de 2018, a los folios 477 y 478 que se da por reproducida. La Agencia Estatal de Seguridad Aérea emitió oficio el 20 de julio de 2019, que obra en autos a los folios 479 y 480 que se da por reproducida.

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"DEBO ESTIMAR Y ESTIMO la demanda formulada por DON Gerardo contra la entidad ENAIRE, y en consecuencia, declaro nula la sanción de suspensión de empleo y sueldo impuesta en Resolución de 2 de julio de 2019, reponiendo al trabajador en todos los derechos afectados por dicha sanción." CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por ENAIRE, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 04/11/2020 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con carácter previo hemos de establecer la recurribilidad de la sentencia de instancia, puesto que estamos ante una sanción laboral por falta muy grave no confirmada judicialmente (artículo 191.2.a de la Ley de la Jurisdicción Social). No admite esta Sala la existencia de afectación general en el supuesto de autos, puesto que dicho requisito, que afecta a la competencia funcional de la Sala, es controlable de oficio y con independencia de lo que se haya apreciado en la instancia, tratándose de una sanción laboral por hechos concretos que afectan a un trabajador. Ahora bien, como en la demanda se han invocó la vulneración de derechos fundamentales e incluso por tal causa se pidió la citación del Ministerio Fiscal, no siendo una invocación vacía o puramente formal, estamos en el supuesto del artículo 191.3.f y la sentencia siempre es susceptible de recurso, lo que no ocurriría de no haberse acumulado en el proceso la pretensión de tutela de derechos fundamentales.

SEGUNDO.- El primer motivo de recurso se ampara en la letra c del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social y denuncia la vulneración del punto 3 del apartado a y del apartado d del artículo 13

del II convenio colectivo de controladores de tránsito aéreo. Lo que se dice en este motivo es que la sentencia en un determinado punto utiliza el vocablo "prescripción" cuando debería haber dicho "caducidad". Ocurre sin embargo que este motivo carece de todo objeto procesal, porque la sentencia ha desestimado tanto la caducidad del expediente como la prescripción de la falta que fueron alegadas por el trabajador, por lo que ninguna consecuencia se deriva de este motivo. Por otra parte en el escrito de impugnación no se invoca causa alguna de oposición subsidiaria, ni en concreto la prescripción de la falta o la caducidad del expediente, por lo cual tal materia no debe ser abordada por la Sala. El motivo por tanto carece de objeto y es desestimado.

TERCERO.- El segundo motivo de recurso se ampara en la letra c del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social y denuncia la vulneración de los artículos 18.4 de la Constitución Española, 88 de la Ley Orgánica 3/2018, 20 bis del Estatuto de los Trabajadores y todo ello en relación con los artículos 226 y 227 del II convenio colectivo de controladores de tránsito aéreo.

De acuerdo con los incombatis hechos probados nos encontramos con un trabajador, controlador de circulación aérea, al que se le ordena el 8 de julio de 2016 seguir un curso a distancia de dos horas de duración que tiene disponible en red entre el 15 de julio y el 12 de octubre de 2016 para realizar en el momento que estime oportuno, pero sin modificar sus cuadrantes de trabajo presencial. El trabajador no realiza el curso y siendo un curso preceptivo conforme a normativa europea para el desempeño de las funciones de controlador de circulación aérea, en el año 2018 se le dirige nueva comunicación indicándole que se le ha vuelto a dar de alta en el mismo curso que debe realizar entre el 16 de noviembre y el 31 de diciembre de 2018, sin modificar su cuadrante mensual de servicios. Ante la falta de inscripción unos días más tarde se le envía un nuevo requerimiento. El trabajador se negó a realizar el curso a distancia, exigiendo que el momento temporal para la realización del mismo se incluyera en el cuadrante mensual de servicios, lo que fue negado por la empresa, que le reiteró una vez más su obligación de realizar el curso "en los ciclos de descanso de tres días que de conformidad con el artículo 33 del convenio colectivo le son programados".

Ante la discrepancia el trabajador no realizó el curso dentro del plazo fijado, si bien lo realizó posteriormente, ya fuera de plazo, como otros 41 controladores aéreos (391 lo hicieron en plazo). La empresa, previa instrucción de expediente, sancionó al trabajador por falta muy grave de desobediencia con la sanción de tres días de suspensión de empleo y sueldo, por no haber realizado el curso ordenado.

La sentencia de instancia estima la demanda y declara vulnerado el derecho del trabajador a la intimidad personal y familiar del artículo 18 de la Constitución en su vertiente de desconexión digital regulada en el artículo 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

Lo que se plantea en este motivo de recurso es que no ha existido tal vulneración porque, aparte de suponer la aplicación retroactiva de la Ley Orgánica 3/2018, que entró en vigor el 7 de diciembre de 2018, las dos horas dedicadas a la realización del curso on line por el trabajador son reconocidas por la empresa como tiempo de trabajo y por tanto no existe derecho a la desconexión digital dentro del tiempo de trabajo, sino solamente dentro del tiempo de descanso.

En relación con la alegada aplicación retroactiva de la Ley Orgánica 3/2018 hemos de descartar la misma, porque la conducta sancionada se produce parcialmente dentro del periodo de vigencia de la Ley y la sanción se impone una vez vigente ésta. Por tanto si el derecho a la desconexión digital se entiende, como hace la sentencia de instancia, como desarrollo del artículo 18.4 de la Constitución y por tanto del derecho fundamental de intimidad personal y familiar, debemos recordar que los derechos fundamentales tienen una pretensión enérgica de validez y por tanto han de ser protegidos y garantizados incluso a situaciones pasadas no firmes, como sería ésta.

En cuanto al fondo de la cuestión nos dice la exposición de motivos de la Ley Orgánica 3/2018:

"Ocupa un lugar relevante el reconocimiento del derecho a la desconexión digital en el marco del derecho a la intimidad en el uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral..."

Y el artículo 88.1 conecta el derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral con el derecho a la intimidad personal y familiar:

"Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar".

Aunque el derecho a la desconexión se remite por el citado artículo a la negociación colectiva en cuanto a sus modalidades, lo cierto es que en todo caso el artículo 88.3 impone un mínimo inderogable por ésta:

"En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas".

Por consiguiente el derecho a la desconexión digital debe ser ineludiblemente preservado cuando se imponga la realización de algún tipo de trabajo a distancia o cuando se trate de que el trabajador se vea obligado a utilizar en su domicilio herramientas tecnológicas. Se trata de un mínimo legal insoslayable por la negociación colectiva y aplicable ex lege y que debe ser garantizado, en virtud del desarrollo que en este punto realiza la Ley Orgánica 3/2018 del artículo 18.4 de la Constitución, aunque estemos fuera del marco del teletrabajo hoy regulado por el Real Decreto-ley 28/2020.

Por tanto no se puede imponer a los trabajadores la obligación de conectarse remotamente con finalidad laboral desde fuera del centro de trabajo en sus tiempos de descanso y dicho derecho es un mínimo garantizado por Ley Orgánica como desarrollo, al amparo del artículo 18.4 de la Constitución, del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar. Ahora bien, como sostiene correctamente la recurrente, el derecho del trabajador no es incompatible con que la empresa pueda imponer la realización de actividades laborales fuera del horario ordinario, que pueden tener carácter obligatorio, salvo cuando se trate de realizar horas extraordinarias, que solamente tienen carácter obligatorio cuando así se haya pactado individual o colectivamente (artículo 35.4 del Estatuto de los Trabajadores). Esas actividades laborales, que computan como tiempo de trabajo, pueden ser presenciales o a distancia, pero ello no altera su naturaleza. En conclusión:

a) En tiempo de descanso el trabajador tiene derecho a la desconexión digital, esto es, a mantener inactivos sus dispositivos o medios de comunicación, de manera que no reciba mensajes de la empresa o de sus compañeros de trabajo por razones laborales;

b) No afecta al derecho a la desconexión digital (y, por tanto, a la intimidad personal y familiar) el que la empresa ordene la realización de trabajo efectivo y retribuido fuera del horario normal, porque entonces ya no hablamos de tiempo de descanso, sino de tiempo de trabajo. Obviamente ello implica que el tiempo de conexión del trabajador para realizar actividades laborales, también cuando se realiza a distancia y por medios electrónicos, tiene la consideración de tiempo de trabajo, con las consecuencias legales que de ello se derivan;

c) Si dicho trabajo se realiza más allá de la jornada se tratará de horas extraordinarias que con carácter general son voluntarias, salvo pacto en contrario;

d) En otro caso, si la realización de trabajo efectivo (presencial o a distancia) fuera del horario normal implica un cambio del mismo o de la jornada ordinaria, estaremos ante una modificación unilateral de las condiciones de trabajo, que según los casos puede ser sustancial (regulada por el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores) o no.

Esto es lo que ocurre en este último caso: La empresa ordena al trabajador la realización de un curso de formación on line de dos horas de duración de manera obligatoria. Con carácter general un curso de formación empresarial es una actividad laboral que debe ser considerada como tiempo de trabajo efectivo (artículo 23.1.d del Estatuto de los Trabajadores). Podría haber dudas en este caso, porque la disposición adicional única del Real Decreto 1001/2010, de 5 de agosto, por el que se establecen normas de seguridad aeronáutica en relación con los tiempos de actividad y los requisitos de descanso de los controladores civiles de tránsito aéreo (que en el recurso se cita incorrectamente), califica como tiempo de presencia y no de trabajo efectivo "la formación continuada distinta de la formación práctica de trabajo prevista en el párrafo anterior u otras similares". La que sí tiene consideración de tiempo de trabajo efectivo es "la formación práctica de trabajo usando simuladores y las evaluaciones correspondientes", que no incluye aquella de la que aquí tratamos. No es necesario valorar la conformidad de dicha norma y del artículo 14 bis del Real Decreto 1561/1995 con la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, por cuanto el artículo 227 del convenio colectivo, en relación con el tiempo de formación on line, dice claramente que "cada curso tendrá determinado el número de horas estimadas para su realización" y que "este número computará a efecto del cómputo de jornada (sic)". Por tanto es tiempo de trabajo efectivo por disposición convencional, que en todo caso mejoraría la norma reglamentaria contenida en la disposición adicional única del Real Decreto 1001/2010.

Siendo tiempo de trabajo efectivo no le es aplicable el derecho de desconexión digital. Es más, podemos anotar que incluso si fuese de aplicación el Real Decreto-ley 28/2020, que no lo es *ratione temporis*, no llegaría a los umbrales del artículo 1 del mismo para ser considerado como trabajo a distancia y por tanto voluntario.

A partir de aquí la cuestión es si la orden de trabajo que implica la obligación de realizar las dos horas de curso on line supone vulnerar el derecho al descanso del trabajador. Es cierto que el derecho a la limitación del tiempo de trabajo y a periodos de descanso diarios y semanales, así como a un periodo de vacaciones anuales retribuidas, constituye un derecho fundamental para el Derecho de la Unión en virtud del artículo 31.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de noviembre de 2018, Bauer y Willmeroth, C-569/16 y C-570/16), pero eso no significa que se trate de un derecho fundamental de los recogidos en la Constitución española, puesto que en ésta la limitación del tiempo de trabajo y el derecho al descanso aparecen en el artículo 40.2 dentro de los principios rectores de la política social y económica.

En conclusión, no aparece afectado un derecho fundamental constitucional por la sanción impuesta, tal y como sostiene la empresa recurrente. Esto no implica necesariamente la legalidad de la orden, porque puede ocurrir que la misma vulnerase los preceptos aplicables sobre ordenación del tiempo de trabajo y descansos, en cuyo caso la misma podría ser considerada antijurídica, pero estaríamos ante un problema de legalidad ordinaria, no de derechos fundamentales.

En este sentido y siguiendo lo que se dice después en este motivo de recurso, hay que tener en cuenta que la actividad aeronáutica definida en el artículo 4.b del Real Decreto 1001/2010 es más amplia que la mera actividad operacional de la letra a del mismo artículo, de manera que la actividad aeronáutica incluye entre otras cosas "el tiempo dedicado a la formación de unidad gestionando tráfico aéreo real", la cual a su vez es diferente a la formación práctica de trabajo usando simuladores (artículo 14), que no computa como actividad aeronáutica pero sí como tiempo de trabajo efectivo. Esa misma consideración será la aplicable, en virtud del convenio colectivo, a la formación on line, según hemos visto. Quiere esto decir que los límites aplicables a la actividad aeronáutica no son aplicables a los periodos de formación (salvo "el tiempo dedicado a la formación de unidad gestionando tráfico aéreo real"), de manera que los cuadrantes fijados para la actividad aeronáutica no están obligados a computar los periodos de formación, que tienen otra regulación en el artículo 14 del Real Decreto. Lo

exigido entonces, conforme a dicho artículo, es que exista un descanso mínimo de 40 horas entre el final de la formación y el inicio de la actividad aeronáutica o un descanso mínimo de 24 horas, antes y después de la formación. El convenio colectivo en su artículo 29.1.1.3 también dice claramente que "la jornada programable no incluye el tiempo necesario para la formación que no tenga la consideración de actividad aeronáutica", si bien a la misma le son aplicables los límites de horas anuales regulados previamente en el mismo artículo. Por tanto la exigencia de que la formación on line del artículo 227 del convenio se incluya en la jornada programable carece de fundamento jurídico. Por lo demás no pueden confundirse los límites sobre jornada laboral con los límites temporales a la actividad aeronáutica. No siendo estos últimos aplicables a la formación, para justificar la ilegalidad de la formación on line debatida sería preciso acreditar que con ella se vulneraban necesariamente las normas sobre jornada (límites al tiempo de trabajo efectivo), por ejemplo si no se respetasen los descansos mínimos del artículo 14 del Real Decreto 1001/2010. Esto no consta en modo alguno y ese debate no se puede abrir ex novo en suplicación prescindiendo para ello de los hechos probados. Pero además, teniendo en cuenta la duración del curso (dos horas), el periodo de tiempo durante el cual el trabajador había de realizarlo (varios meses) y que la elección del concreto momento le correspondía a él, parece perfectamente posible que lo hiciese de manera que no se vulnerasen las normas sobre descansos mínimos y jornada máxima y ello aunque hubiera de realizarlo dentro del tiempo denominado por la empresa de descanso, esto es, fuera de los cuadrantes de actividad aeronáutica. Solamente si no fuera posible encajar esas dos horas de formación en los meses concedidos para ello sin vulnerar los límites aplicables al trabajo efectivo (algo que ni se alega ni consta probado) se produciría una situación ilegal. En cuanto al hecho de que sea el propio trabajador el que pueda elegir el momento concreto de realizar esas dos horas de formación on line ello no resulta ilegal desde el punto de vista laboral, puesto que es un derecho que se le concede sobre el mínimo legal en forma de flexibilidad horaria. Cierto es que, en la medida en que las normas sobre límites de jornada y descansos son normas preventivas, la empresa no puede desentenderse del momento concreto elegido por el trabajador para desarrollar su trabajo en los sistemas de flexibilidad horaria. Por el contrario debe impartir unos criterios claros, como parte de su responsabilidad, que eviten la vulneración de los descansos mínimos. Pero la falta de tales instrucciones en este caso no convierte en ilegal automáticamente la flexibilidad horaria, ni la formación on line, algo que solamente resultaría si la elección realizada fuese contraria a norma, lo que no consta acreditado, menos todavía cuando el curso no se realizó por el trabajador. Si el trabajador efectuase una elección contraria a las normas sobre jornada y descansos sin que la empresa hubiera impartido instrucciones precisas al respecto la consecuencia sería que la responsabilidad por esa elección incorrecta recaería necesariamente sobre la empresa y no sobre el trabajador, puesto que es la empresa la deudora de seguridad. Es decir, lo que puede imputarse a la empresa no es que conceda una facultad de elección de horarios (flexibilidad horaria) para cumplir el número de horas de jornada exigido, sino que no establezca unos criterios que garanticen que esa elección se hace respetando el cumplimiento de las normas de seguridad.

Pero la falta de tales criterios ni implica la ilegalidad de la orden, ni justifica la desobediencia de la misma, máxime cuando el escaso número de horas de formación requerido y la amplitud del marco temporal para su realización permitían el respeto de los descansos legales sin especiales dificultades y además el motivo por el que expresamente el trabajador se negó a cumplir la orden no fue su ignorancia sobre las normas aplicables a jornada y descansos para elegir correctamente el momento de su actividad formativa on line, sino la exigencia de que se incluyese en la jornada programable de actividad aeronáutica, lo que carece de amparo legal.

CUARTO.- El tercer motivo de recurso se ampara en la letra c del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social y denuncia la vulneración de los artículos 5.c y 20 del Estatuto de los Trabajadores y 95.2.i del Estatuto del Empleado Público, así como 11.1.2 del convenio colectivo. No habiendo quedada acreditada la ilegalidad de la orden de realizar la actividad formativa on line la negativa

reiterada y contumaz del trabajador es constitutiva de la falta laboral imputada y por ello la demanda debió ser desestimada, sin que quepa aquí analizar aquellos motivos de impugnación de la sanción que alegó el trabajador pero que fueron desestimados en la instancia y no se elevan como causas de oposición subsidiaria en el escrito de impugnación del recurso de suplicación al amparo del artículo 197.1 de la Ley de la Jurisdicción Social.

El recurso por tanto es estimado.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Estimar el recurso de suplicación interpuesto por el letrado D. Rafael C. Sáez Carbó en nombre y representación de la entidad pública empresarial ENAIRE contra la sentencia de 17 de enero de 2020 del Juzgado de lo Social número 22 de Madrid, en los autos número 867/2019. Revocamos el fallo de la misma y, en su lugar, desestimamos la demanda presentada por D. Gerardo. Sin costas.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS, y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente n.º 2827-0000-00-0430-20 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martínez Campos, 35; 28010 Madrid, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de BANCO DE SANTANDER. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2827-0000-00-0430-20.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.