



Roj: **STSJ M 6278/2021 - ECLI:ES:TSJM:2021:6278**

Id Cendoj: **28079340022021100487**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **09/06/2021**

Nº de Recurso: **318/2021**

Nº de Resolución: **549/2021**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **FERNANDO MUÑOZ ESTEBAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 02 de lo Social**

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 2 - 28010

Teléfono: 914931969

Fax: 914931957

34002650

**NIG:** 28.079.00.4-2019/0039292

**Procedimiento Recurso de Suplicación 318/2021 - LO**

**ORIGEN:** Juzgado de lo Social nº 10 de Madrid Procedimiento impugnación sanciones (art.114 y ss LPL) 820/2019

**Materia:** Sanción a trabajador

**Sentencia número: 549/2021**

**Ilmos. Sres**

D./Dña. FERNANDO MUÑOZ ESTEBAN

D./Dña. M<sup>a</sup> LUISA GIL MEANA

D./Dña. RAFAEL ANTONIO LOPEZ PARADA

En Madrid a nueve de junio de dos mil veintiuno 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 **318/2021**, formalizado por el/la LETRADO D./Dña. INES CARMEN UCELAY URECH en nombre y representación de D./Dña. Emilio , contra la sentencia de fecha 4 de febrero de 2021 dictada por el Juzgado de lo Social nº 10 de Madrid en sus autos número Procedimiento impugnación sanciones ( art.114 y ss LPL) 820/2019, seguidos a instancia de D./Dña. Emilio frente a ENAIRE, en reclamación por Sanción a trabajador, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./Dña. FERNANDO MUÑOZ ESTEBAN, 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.- El demandante DON Emilio con DNI nº NUM000 , presta servicios para la entidad pública empresarial ENAIRE desde 21.01.2003, categoría de Controlador de Tránsito Aéreo y salario mensual de 1789.362,50 euros con inclusión de las partes proporcionales de pagas extras.

SEGUNDO.- Tramitado expediente disciplinario ENAIRE dicta Resolución de fecha 21.06.2019 (recibida el siguiente 27) por la que "acuerda imponer al actor controlador de tránsito aéreo destinado en el Centro de control de Madrid, la sanción de 3 días de suspensión de empleo y sueldo por cada una de las faltas cometidas, de conformidad con el precepto anteriormente citado. Por tanto, 6 días de suspensión de empleo y sueldo".

Carta de sanción calificando los hechos en ella expuestos como "dos faltas muy graves" y que "Los días concretos de cumplimiento de la sanción serán fijados y notificados por escrito por la Jefa de RRHH de la Región Centro Norte atendiendo a las necesidades operativas del centro de trabajo".

Por razones de brevedad estando acompañada la carta de sanción con la demanda, se da aquí por reproducida.

(Folios 8 a 11)

TERCERO.- La carta motivadora de las dos sanciones contiene en la descripción de hechos consistentes en que teniendo el trabajador que realizar dos cursos online denominados "Factores Humanos" y "Fraseología" de 2 y de 3 horas de duración respectivamente para revalidar su Habilitación, no atiende los correos electrónicos con las convocatorias (en número de 16) desde 13.10.2016 hasta 03.10.2018; fecha ésta en la que el demandante recibe carta del Director Regional abriendo de nuevo plazo para realizar los 2 cursos "antes del 31.12.2018".

Correos electrónicos que figuran enviados a la dirección del correo corporativo del actor en relación con el que en página 7 de demanda indica: "que apenas miro o compruebo".

Carta que tipifica los hechos como desobediencia reiterada continuada y desobediencia de forma abierta del requerimiento efectuado a título personal por el Director Regional.

El demandante realiza los 2 cursos el día 10.01.2019.

(Folios 77 vuelta a 85, 173, 174 de autos)

CUARTO.- El demandante el 26.12.2018 remite a la Jefa de División de ENAIRE la siguiente comunicación:

"Expongo: Mi voluntad de realizar la formación online de acuerdo al art 227 del II Convenio Colectivo de Controladores Aéreos y, por ello, solicito que venga incluida en mi programación mensual, dentro del ciclo oficial de la dependencia que, de acuerdo con la última MSCT 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 computo 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 art.156.2 de la LGSS".

(Cara y envés de Folio nº 85 y 172)

QUINTO.- Conforme a los cuadrantes de programación del trabajador figuran la secuencia de 5 días de trabajo y 3 de descanso.

(Folios 507, 508)

SEXTO.- La relación laboral de controladores de Tránsito Aéreo en la Entidad Pública Empresarial Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA) se rige por el Estatuto Básico del Empleado Público, Estatuto de los Trabajadores y por el II Convenio Colectivo del sector, Estatuto de los Trabajadores y demás legislación general.

SEPTIMO.- El demandante fue designado el 22.11.2016 miembro de la Junta ejecutiva con el cargo de Vicesecretario General y de Relaciones Externas del Sindicato Profesional Independiente de Controladores Aéreos (SPICA).



(Folio 170)"

**TERCERO:** En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "*Desestimando la demanda interpuesta por DON Emilio frente a la entidad pública empresarial ENAIRE, absuelvo a la parte demandada de la reclamación frente a la misma formulada*".

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por D./Dña. Emilio, 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 02 de junio de 2021 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.-** Disconforme el actor con la sentencia de instancia, formula recurso de suplicación con la doble finalidad de revisar la declaración fáctica y examinar el derecho aplicado en dicha resolución.

Al recurso se opone la demandada en su escrito de impugnación por las razones alegadas en el mismo.

Así, en el primer motivo el recurrente solicita la revisión de los hechos declarados probados, al amparo del artículo 193 b) de la LRJS.

Ahora bien, a la vista de las alegaciones realizadas, se ha de significar aquí que, según tiene declarado la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en Sentencias de 28 de septiembre de 2004, recurso de suplicación 878/2004 y de 26 de junio de 2007, recurso de suplicación 1225/05 y esta misma Sala del T.S.J. de Madrid en la de 13-5-2009 (Rec. 1472/09), entre otras, con doctrina enteramente aplicable tras la entrada en vigor de la LRJS, se vienen considerando como requisitos a tener en cuenta para la procedencia de la revisión fáctica:

- 1.-Imposibilidad de aducir cuestiones fácticas nuevas no discutidas en el procedimiento.
- 2.-Precisión y claridad en la concreción del hecho o hechos a revisar.
- 3.-Determinación explícita y concreta de las pruebas documentales o periciales que sirvan de sustento a su pretensión, no siendo viables las interpretaciones distintas de las mismas pruebas ya valoradas por el Juez "a quo".
- 4.-No pueden servir para la revisión la referencia genérica a las pruebas practicadas, ni la alegación de inexistencia de prueba de hechos declarados como acreditados, ni la mención de determinados medios probatorios desvirtuados o contradichos por otros también incorporados a las actuaciones.
- 5.-El error del Juzgador debe inferirse directamente de las específicas pruebas documentales o periciales aducidas, y no de hipótesis, conjeturas o razonamientos efectuados a partir de las mismas.
- 6.-Debe ofrecerse el correspondiente texto alternativo que se pretende vaya a sustituir al llamado a ser suprimido.
- 7.-Por último, es necesario que la revisión propuesta, ya sea a través de la modificación, supresión o adición instada, resulte trascendente o relevante en orden al enjuiciamiento y resolución del tema litigioso objeto de debate.

Pues bien, en el supuesto de autos el actor solicita en el motivo Primero que se modifique el Hecho Probado Tercero a fin de que se le dé la redacción que propone, tratando el recurrente de apoyar su solicitud en la documental que indica. Sin embargo, no es posible ignorar que los documentos de referencia fueron ya valorados por el juzgador, sin que quepa apreciar error alguno con transcendencia al recurso susceptible de ser corregido por esta Sala, conforme a lo expuesto, debiendo subrayarse por lo demás que las circunstancias familiares a que hace referencia el actor resultan por completo irrelevantes a los efectos que nos ocupan, máxime si se tiene en cuenta que el propio actor remitió a la Jefa de División la comunicación recogida en el Hecho Probado Cuarto.

En definitiva, ninguna de las revisiones pedidas resulta posible, en el bien entendido de que, al no ser la suplicación una segunda instancia y configurarse como un recurso de naturaleza extraordinaria, lo que implica



el objeto limitado del mismo, el Tribunal "ad quem" no puede valorar "ex novo" toda la prueba practicada, como si de una apelación se tratara, como no puede revisar "in totum" el Derecho aplicable, y ello aun cuando las pruebas estuvieran mal interpretadas y aunque el Derecho estuviera mal aplicado. Y ha de insistirse asimismo en que el criterio del juzgador para establecer la datación fáctica no puede ser sustituido por el interesado y particular del recurrente sino en virtud de causa objetiva, contundente y suficientemente acreditada que evidencie de manera patente e incuestionable un error en la narración histórica con trascendencia al recurso, y nunca en virtud de otras pruebas de similar valor a las que el juez considere preeminentes o que ya fueron tenidas en cuenta por él para la conformación de su juicio.

Por lo que, con arreglo a lo indicado, ha de rechazarse en su integridad este primer motivo del recurso del actor.

**SEGUNDO.-** Al examen del derecho aplicado dedica el recurrente los siguientes motivos, en que, al amparo del artículo 193 c) LRJS, denuncia en primer lugar la infracción de los artículos 3.1 del Código Civil, 58.2 del Estatuto de los Trabajadores y 114 y 115.1.d) de la LRJS y concordantes, así como del artículo 97 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (motivo Segundo) y a continuación, en el motivo Tercero, la infracción de los artículos 3.3, 60.2 y 87.1 ET y 6 y 8.2 del II Convenio Colectivo profesional de los controladores de tránsito aéreo en la entidad pública empresarial Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA, actualmente denominada ENAIRE), así como del artículo 97 EBEP; mientras que en el motivo Cuarto denuncia la infracción de los artículos 58.1 ET y 114.3 y 115.1, apartados a y b), de la LRJS, denunciando en el motivo Quinto la infracción de los artículos 18.4 de la Constitución Española, 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, 23.1.d) ET y Disposición Adicional Única, primer párrafo, 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, así como de los artículos 29. 38 y 227 del II Convenio Colectivo antecitado.

Así las cosas, vistas las alegaciones efectuadas por recurrente y recurrida, se ha de significar que para la resolución de estos motivos deben hacerse las consideraciones siguientes:

1ª) Para que pueda estimarse la demanda ha de quedar acreditado el hecho constitutivo de la acción que ejercita el demandante, recayendo sobre éste la carga de la prueba de dicho hecho, según declararon, aplicando la norma del art. 1214 del Código Civil, las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1980, 21 de diciembre de 1981, 15 de abril de 1982 y 31 de octubre de 1983, entre otras, habiendo sido esta norma recogida en el art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

2ª) Confiriéndose al empresario en el art. 58 del Estatuto de los Trabajadores, como uno de los poderes disciplinarios, el de imponer sanciones, la valoración de la falta y la sanción son, según se establece en el propio artículo, "siempre revisables ante la jurisdicción competente", viniendo atribuido el conocimiento de tales cuestiones al orden social, conforme a lo dispuesto en los arts. 1 y 2 a) de la LRJS, y estableciéndose en los arts. 114 y 115 de esta Ley normas especiales reguladoras del procedimiento para la impugnación de las sanciones distintas de la de despido.

Así, en la sentencia que recaiga en dichos procesos se ha de desestimar la demanda y confirmar la sanción, o en su caso, estimar la demanda, anulando la sanción (por defecto de forma, por suponer una vulneración de derechos fundamentales o por tratarse de una sanción prohibida por la Ley), confirmarla, revocarla totalmente (por defecto de fondo) o reducir la sanción impuesta, revocándola en parte y autorizando a imponer la que sea más adecuada a la gravedad de la falta ( art. 115.1 LRJS).

A tales efectos se ha de tener en cuenta que el antecitado art. 58 del Estatuto de los Trabajadores dispone asimismo que la sanción al trabajador por incumplimientos laborales habrá de imponerse de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezca en las disposiciones legales o en el Convenio Colectivo que sea aplicable, de forma que, tipificada la falta, el automatismo de la legalidad conduce, sin más, a encontrar la sanción adecuada, correspondiendo al empresario la elección, pero dentro del elenco enumerador.

Por lo demás, según tiene declarado el Tribunal Supremo en relación con las sanciones de despido, con doctrina enteramente aplicable en todo proceso laboral seguido en impugnación de sanciones, la sanción impuesta ha de ser objeto de interpretación restrictiva, y su específica naturaleza obliga a llevar a cabo un estudio de todas las circunstancias constitutivas de antijuridicidad ( SS Tribunal Supremo de 5 de Mayo de 1983, entre otras), bien entendido que según la llamada doctrina gradualista, creada y aplicada por el Tribunal Supremo de forma reiterada, se han de apreciar las circunstancias concurrentes en cada caso, y especialmente la existencia de gravedad y culpabilidad en las faltas imputadas, insistiéndose en que se exige la prueba plena de una acción u omisión del trabajador que sea culpable y tipificada por la normativa laboral, requisitos para cuya apreciación han de ponderarse de forma particularizada todos los aspectos subjetivos y objetivos concurrentes, teniendo en cuenta los antecedentes y circunstancias coetáneas que definen la relación laboral



como una relación continuada en el tiempo; habiéndose declarado así en numerosas sentencias del Tribunal Supremo que el enjuiciamiento debe hacerse, en todo caso, con criterio gradualista, tendente a establecer una adecuada proporción y correspondencia entre conductas y sanciones, y con criterio individualizador, conforme a las peculiaridades del caso concreto ( SS. del Tribunal Supremo de 17 de Noviembre de 1988, 28 de Febrero de 1990, 7 de Mayo de 1990, 24 de Septiembre de 1990 y 16 de mayo de 1991, entre otras muchas).

Igualmente, si bien es cierto que, tal como ha declarado el Tribunal Supremo, tanto la buena fe como el respeto al empresario y compañeros de trabajo son exigencias intrínsecas de la relación laboral por constituir el alma de toda convivencia, se ha de tener en cuenta en todo caso, conforme a lo indicado anteriormente, que, según ha establecido asimismo la doctrina del Alto Tribunal, las faltas han de ser enjuiciadas no sólo atendiendo a su elemento objetivo, sino valorando al mismo tiempo las circunstancias personales y subjetivas que concurran en su comisión ( STS de 10-12-1991 -Rec. 1091/1991).

3ª) En el supuesto de autos la representación del recurrente, tras denunciar las infracciones de referencia, afirma que la sentencia de instancia debió declarar nula la sanción impuesta, señalando en el motivo Segundo que se ha de declarar la nulidad de la carta de sanción por no fijar la fecha de efectos.

Sin embargo, no es posible ignorar que no se exige en el Convenio Colectivo ni tampoco en el EBEP dicho requisito, lo que impediría acoger tal pretensión, y en consecuencia ha de decaer este motivo.

4ª) Sentado lo anterior, y habida cuenta de que en el motivo Tercero el actor insiste en que se ha producido la prescripción de los hechos, hemos de señalar que, según se indica en la sentencia de instancia, con cita de la sentencia de esta misma Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 22-6-2020 (Recurso de Suplicación 260/2020):

*"DECIMOSEXTO.- En punto a la prescripción de las faltas laborales .....el artículo 97 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP), aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2.015, de 30 de octubre, cuyos mandatos coinciden con los del mismo precepto de la Ley 7/2.007, de 12 de abril, también del Estatuto Básico del Empleado Público, toda vez que la empresa reviste la forma de ente público empresarial. Así, traer a colación la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2.016 (recurso nº 2.501/14 ), dictada en función unificadora, resolución judicial que continúa la línea que comenzó la de 23 de mayo de 2.013 (recurso nº 2.178/12), también unificadora. Pues bien, a su tenor: "(...) Centrándonos en el tema objeto de debate, como se ha adelantado, consistente en determinar sí, tratándose de un trabajador por cuenta ajena que ostenta la condición de personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas incluidas en el ámbito de aplicación del EBEP, el plazo de prescripción de las posibles faltas disciplinarias cometidas es el más breve establecido en el art. 60.2 ET o en los posibles convenios colectivos aplicables o debe ser el más largo preceptuado en el art. 97 EBEP ; y la respuesta debe ser que, en todo caso, en este concreto tema de la prescripción de las faltas disciplinarias son plenamente aplicable los plazos establecidos en el art. 97 EBEP y no los fijados en el art. 60.2 ET o en los posibles convenios colectivos aplicables , pues en la regulación del régimen disciplinario de los distintos empleados públicos la aplicación imperativa y preferente del EBEP respecto al personal laboral, a diferencia de lo que se contempla para otras materias en el referido Estatuto, se establece claramente en el art. 93.1 ('Los funcionarios públicos y el personal laboral quedan sujetos al régimen disciplinario establecido en el presente Título y en las normas que las Leyes de Función Pública dicten en desarrollo de este Estatuto') y 4 ('El régimen disciplinario del personal laboral se regirá, en lo no previsto en el presente Título, por la legislación laboral') EBEP, que relega a un carácter subsidiario la aplicación de la legislación laboral (ET o convenios colectivos) respecto de lo no previsto en dicho Título normativa dedicada al régimen disciplinario, y precisamente la prescripción de las faltas disciplinarias está expresamente prevista y regulada en el art. 97 EBEP (a diferencia, p.ej., de la definición de las faltas muy graves y graves en las que deja un margen a la integración de normativas al posibilitar que se adicione las establecidas 'por los convenios colectivos en el caso de personal laboral', art. 95.2.p y 3 EBEP .*

*DECIMOSEPTIMO.- .....invocada por la sentencia STS/IV 23-mayo-2013 (rcud 2178/2012 ), ya se dio respuesta por esta Sala de casación a la cuestión ahora planteada, en favor de que, en todo caso, a los trabajadores que ostenten la condición de empleados públicos se les aplique el plazo de prescripción de las faltas previsto en el art. 97 EBEP , a cuya doctrina debemos estar por razones de seguridad jurídica, acordes con la finalidad de este recurso, y en la que, en esencia, se razonaba que: a) 'Tras la entrada en vigor del EBEP.. el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se rige por lo que en él resulte, así como por la legislación laboral que sea de aplicación con arreglo a las disposiciones del EBEP. Así se estipula en el art. 7 , referido a la 'normativa aplicable al personal laboral', que señala: 'El personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo disponen'. Se trata, pues, de una técnica de exclusión pormenorizada, de suerte que la norma de la legislación laboral queda excluida cuando así se establezca en el propio EBEP para dar cabida a su norma específica; todo ello, dejando a salvo el papel de la negociación colectiva en las*



materias en las que quepa la disponibilidad (como pusimos de relieve en las STS de 7 de diciembre, rcud 4318/2009 y rcud 4415/2009, y 9 de diciembre de 2010, rcud 4178/2009, en relación a los permisos por asuntos particulares en que concurría regulación específica en el convenio colectivo aplicable)' y '... es que la inclusión del personal laboral dentro del EBEP no se lleva a cabo con toda plenitud, sino que unas veces se produce una equiparación completa con los funcionarios públicos, otras se incluye al personal laboral con matices, y en otras ocasiones se le excluye expresamente con remisión al régimen laboral (así lo destacábamos en la STS de 26 de noviembre de 2010, rcud 41/2010 ); b) 'Procede, pues, examinar la regulación específica del EBEP en materia disciplinaria para extraer la normativa aplicable al régimen de infracciones del personal laboral', señalando que 'La responsabilidad disciplinaria del personal laboral de las Administraciones Públicas está sujeta al régimen disciplinario establecido en el Título VII del EBEP' y en las normas que las leyes de Función Pública dicten en desarrollo de este Estatuto' ( art. 93.1 EBEP ). Para el personal laboral, el ap. 4 del art. 93 EBEP añade que su régimen disciplinario 'se regirá, en lo no previsto en el presente Título, por la legislación laboral'. Partiendo de tal presupuesto normativo, se interpreta que 'Se consagra aquí de nuevo la compleja técnica, ya detectada en nuestros anteriores pronunciamientos, que implica una cierta indefinición en el establecimiento de un orden de primacía y supletoriedad entre el propio EBEP y la legislación laboral 'ordinaria', que 'En el Título VII se contempla la regulación del ejercicio de la potestad sancionadora, las faltas disciplinarias ( art. 95 EBEP ), las sanciones ( art. 96EBEP ), la prescripción de las faltas y sanciones ( art. 97EBEP ) y el procedimiento disciplinario y medidas provisionales ( art. 98 EBEP )'.

c) Afirma que 'Corresponde ahora analizar en qué aspectos de la regulación de la materia disciplinaria que el EBEP lleva a cabo se contiene un sistema completo y en cuáles tiene cabida la legislación laboral a la que se remite el antes citado art. 93.4 EBEP ', que 'Puede observarse, a título de ejemplo, como la tipificación de las faltas del art. 95 EBEP mantiene abierta la vía de la intervención de la negociación colectiva en esta materia', que 'Centrándonos en el tema de la prescripción de las faltas, el art. 97 establece: (...); d) Concluyendo, en cuanto ahora directamente afecta, que 'No hay en el precepto del EBEP remisión alguna a la legislación laboral y no cabe entender que la regulación sobre la prescripción de las faltas resulta incompleta. El legislador opta por un sencillo esquema de fijación de un plazo y determinación del momento inicial del mismo', que 'Hemos de concluir, por tanto, con la inaplicabilidad del art. 60.2 E.T. a los empleados públicos, de suerte que carece de toda fundamentación legal la pretensión de trasponer a ese tipo de relaciones laborales el plazo de 60 días desde el conocimiento de la comisión de las faltas' y que 'Finalmente, como recuerdan tanto la sentencia de Instancia como la recurrida, en nuestra STS de 4 de noviembre de 2010 (rcud. 88/2010 ) ya sostuvimos que el art. 93 EBEP establece 'una clara jerarquización entre los dos tipos de normas reguladoras del régimen disciplinario del personal laboral, a saber, la normativa aplicable es la contenida en el EBEP y, únicamente en el supuesto de que no hubiera regulación en dicho Estatuto se aplicaría la legislación laboral'".

De modo que, con arreglo a lo indicado, resulta indudable que se ha de rechazar también este motivo, debiendo significarse por lo demás que en todo caso la prescripción queda interrumpida por la tramitación del expediente disciplinario, conforme determina una reiterada jurisprudencia.

5ª) Llegados a este punto, y la vista de lo manifestado en los restantes motivos del recurso dedicados al examen del derecho aplicado, hemos de señalar que las cuestiones aquí planteadas han sido resueltas por esta misma Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, según pone de relieve la propia sentencia de instancia que cita la de fecha 22-6-2020 a que hemos hecho referencia anteriormente, en que se dice que:

"DECIMOCTAVO.- A continuación, el motivo sexto se queja de la vulneración del artículo 18 -sin más precisiones- de la Constitución, en conexión con el 88 de la Ley Orgánica 3/2.018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, y 31 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, citando también como conculcada la doctrina que luce en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ( TJUE) de 21 de febrero de 2.018 (asunto C-518/15 ) y 14 de mayo de 2.019 (asunto C-55/18 ). Su discurso argumentativo pivota, al igual que hiciera en la instancia, en el alegato que sigue: "(...) Pues bien, ante tales premisas resulta clara, a criterio de esta parte, la vulneración por parte de ENAIRE del derecho a la intimidad de la trabajadora reconocido en el artículo 18 de la Constitución Española que consagra su derecho a disponer de un espacio de intimidad y vida personal totalmente libre de injerencias por parte de su patrón: durante su tiempo de DESCANSO la trabajadora tiene derecho a descansar y tiene derecho a no atender las órdenes empresariales que le impongan obligaciones laborales en dicho tiempo de descanso", premisa mayor que se revela errónea.

DECIMONOVENO.- Contrariamente a la tesis mantenida por quien hoy recurre, la Juez de instancia argumenta así para desecharla: "(...) Debiendo desestimar esta pretensión, toda vez que la conducta empresarial que se denuncia nada tiene que ver con el ámbito del derecho fundamental que proclama el art. 18 de la CE, tal como ha sido interpretado por la doctrina. En efecto, el derecho a la intimidad personal y familiar que establece el art. 18.4 de la CE, según doctrina jurisprudencial establecida por el Tribunal Constitucional ( SSTC 73/1982, de 2 de diciembre ); 110/1984, de 26 de noviembre ; 89/1987, de 3 de junio ; 231/1988, de 2 de diciembre ; 197/1991, de



17 de octubre y en general las SSTC 134/1999, de 15 de julio, 144/1999, de 22 de julio, y 115/2000, de 10 de mayo), en su proyección a la esfera de las relaciones laborales implica la limitación de las facultades de vigilancia y control del trabajador por parte del empresario, que afectan a la esfera íntima personal y familiar del mismo. Este derecho determina la prohibición del empresario de captación, guarda y divulgación de los datos personales, de la vida privada y de la salud de los trabajadores, así como la interdicción de las injerencias en su vida privada. Confiere a la persona del trabajador el poder jurídico de imponer al empresario el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido: impide, por tanto, las injerencias en la intimidad arbitrarias o ilegales (sentencia del TC 196/04). En igual sentido la STC 110/1984, de 26 de noviembre, razona 'que se vulnerará el derecho a la intimidad personal cuando la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto no sea acorde con la Ley, no sea eficazmente consentida o, aún autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida'. En consecuencia, procede descartar la nulidad de la sanción, pues en la misma la empresa se limita reprochar la conducta de la demandante, negándose a cumplir en el plazo concedido unas acciones formativas, que debía realizar on-line cuando quisiese fuera de los turnos de control, sin que mediase intromisión alguna de la empresa en su ámbito íntimo y familiar", criterios que, por su acierto, la Sala no puede sino asumir.

VIGESIMO.- Obviamente, la decisión empresarial según la cual la demandante tiene que llevar a cabo cada 3 años, entre otras, dos actividades formativas online, una, en materia de factores humanos con una duración de dos horas, y la otra, de fraseología de tres horas, no es un capricho de su empleador, ..... , siendo ésta la única forma de que pueda revalidar la consiguiente anotación de unidad y, por tanto, la licencia que autoriza su ejercicio profesional como Controladora de la circulación aérea. Así,....."El Reglamento UE 2015/340 de la Comisión, de 20 de febrero de 2015, establece los requisitos técnicos y procedimientos administrativos relativos a las licencias y certificados de los controladores de tránsito aéreo. A su vez el Reglamento (CE) nº 216/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, regula la licencia europea que habilita al controlador aéreo para el desempeño de las funciones propias de dicha categoría. Esta habilitación asociada a la licencia debe especificar el tipo de servicios de tránsito aéreo que el controlador está autorizado a prestar (anotaciones). Las anotaciones de la licencia deben acreditar tanto las aptitudes específicas del controlador como la autorización otorgada por las autoridades competentes para prestar servicios en un determinado sector, grupo de sectores y/o puestos de trabajo. El Reglamento, encomienda a los estados miembros la constitución de la autoridad o autoridades encargadas de supervisar y verificar la observancia de dicha norma europea, la expedición de las licencias o prórroga del plazo de validez de las anotaciones, así como la suspensión o revocación de las licencias, habilitaciones, anotaciones o certificados en los casos en que las condiciones de su expedición hayan dejado de cumplirse. En ejecución y cumplimiento del Reglamento UE citado, se crea la Agencia Estatal de Seguridad Aérea (AESA), que es un organismo público dependiente del Ministerio de Fomento, regulado por Real Decreto 184/2008, de 8 de febrero, que tiene por objeto la ejecución de las funciones de ordenación, supervisión e inspección de la seguridad del transporte aéreo y de los sistemas de navegación aérea y de seguridad aeroportuaria, en sus vertientes de inspección y control de productos aeronáuticos, de actividades aéreas y del personal aeronáutico, así como las funciones de detección, análisis y evaluación de los riesgos de seguridad en este modo de transporte. Este Organismo tiene reconocida, entre otras, la competencia para la expedición, renovación, suspensión, mantenimiento y revocación de autorizaciones, habilitaciones, licencias, certificaciones y otros títulos habilitantes para la realización de actividades aeronáuticas civiles, tales como la operación de aeronaves, de aeropuertos y de servicios de navegación aérea, así como para el diseño, fabricación, mantenimiento, y uso de las aeronaves, los productos, componentes y equipos aeronáuticos civiles, el reconocimiento y aceptación de títulos, licencias, autorizaciones o certificados expedidos por otras autoridades y que sean requeridos para el ejercicio de profesiones aeronáuticas", en tanto que el siguiente agrega: "Los requisitos para revalidar las anotaciones de unidad se derivan del citado Reglamento 2015/340 y se recogen en los Planes de Capacitación y de Formación de Unidad aprobados por AESA. En ellos se establece que para revalidar una anotación de unidad es necesario realizar un número mínimo de horas operacional, superar una Evaluación de la Competencia Operacional y completar la formación de actualización establecida que es de duración trienal. Entre la formación Factores Humanos aprobados por AESA que se realizan a través de la plataforma on-line, sin cuya realización no se posible revalidar la anotación de unidad que permite el desempeño de la actividad de controlador aéreo, conforme la normativa en vigor".

VIGESIMO-PRIMERO.- Y en punto al alegato, tantas veces repetido, según el cual la realización de esas actividades formativas implica necesariamente tener que interrumpir el tiempo de descanso, .....lo que prevé el artículo 227 de la norma convencional de referencia, en lo que aquí interesa, es: "1. Se entiende como formación no presencial 'on-line' aquella en la que no es necesario acudir a un lugar determinado para su realización y que se realiza a través de soporte digital. Esta formación es flexible y no está sujeta al cumplimiento de un horario. No obstante lo anterior, ciertas actividades tutoriales relacionadas con el desarrollo de los cursos podrán estar limitadas en su horario o sometidas a un sistema de cita previa. (...) 3. Valoración del tiempo de



realización de los cursos. 1. Cada curso tendrá valorado el tiempo, en horas, necesario para su realización. Este tiempo de duración estimada se determinará durante el diseño y la fase de prueba del curso. 2. Si se observara durante la impartición de un curso que el tiempo medio de realización difiere del estimado en más de un 20% se corregirá la valoración de dicho curso. 4. Compensación de la formación realizada 'on-line'. Cada curso tendrá determinado el número de horas estimadas para su realización. Este número computará a efecto del cómputo de jornada. 5. Organización de los cursos 'on-line'. 1. Todos los cursos que se realicen 'on-line' serán administrados, gestionados y organizados directamente por AENA garantizándose de esta forma tanto la confidencialidad como su control, evaluación y seguimiento. 2. Siempre que se estime conveniente, a todos los cursos que se impartan 'on-line' se les asignará un sistema de tutorías, al objeto de reforzar y dinamizar el aprendizaje, asesorar y realizar un seguimiento del desarrollo de los mismos. A los CTA que colaboren como tutores se les facilitará la formación necesaria para garantizar su capacitación".

VIGESIMO-SEGUNDO.- En definitiva, si la participación en las actividades formativas online de constante cita se considera tiempo efectivamente trabajado y, por ende, se tiene en cuenta para el cómputo de la jornada laboral anual de la actora, el hecho de que tal formación no presencial haya de llevarse a cabo fuera de las horas programadas de actividad dentro de los ciclos aeronáuticos de 5 días de trabajo y, además, 3 de descanso que tiene establecidos no significa necesariamente que haya de interrumpir este último período de pausa, pues, para empezar, en su caso el descanso obligatorio solamente es de 48 horas -54 si se trata de trabajo nocturno-, y sin que la recurrente haya acreditado, siquiera, la jornada que efectivamente realiza en cómputo anual, la cual, .....en armonía con el Real Decreto 1.001/2.010, 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, lo que abunda en lo expuesto .....

VIGESIMO-TERCERO.- Finalmente,.....tampoco el que la empresa trate de ponerse en contacto con la trabajadora en los tiempos de actividad aeronáutica a través de su dirección corporativa de correo electrónico,....., son conductas que entrañen infracción alguna de lo ordenado por el artículo 88 de la Ley Orgánica 3/2.018 , .....atinente al derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral, precepto a cuyo tenor: "1. Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar. 2. Las modalidades de ejercicio de este derecho atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores. 3. El empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, elaborará una política interna dirigida a trabajadores, incluidos los que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas".

VIGESIMO-CUARTO.- A continuación, el ordenado como séptimo censura como infringido el artículo 10.3 de la Ley Orgánica 11/1.985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical , acogiéndose, a su vez, a la doctrina jurisprudencias que emana de las sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2.001 y 12 de julio de 2.006 , ambas igualmente unificadoras. En palabras del propio motivo: "(...) la Empresa se limita a entregar una copia de la decisión de sancionar ya adoptada en relación a la cual ni tan siquiera se brindó la posibilidad de efectuar alegación alguna en defensa de la expedientada máxime cuando, lo que se notifica al sindicato es exactamente la misma carta de sanción que se entrega en ese mismo acto a la trabajadora: es decir, sólo se informa de una decisión ya tomada". No le acompaña la razón, por lo que el motivo fracasa como los anteriores, habida cuenta que la premisa que le sirve de sustento no se compece con la realidad, sin que sea acertado tampoco su entendimiento de la garantía objeto de controversia.

VIGESIMO-QUINTO.-...

VIGESIMO-SEXTO.- ...

VIGESIMO-SEPTIMO.- Finalmente, .....el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el 54 del EBEP , 2.2 de la Ley 9/2.010, de 14 abril , por la que se regula la prestación de servicios de tránsito aéreo, se establecen las obligaciones de los proveedores civiles de dichos servicios y se fijan determinadas condiciones laborales para los controladores civiles de tránsito aéreo, 4 del Real Decreto 1.001/2.010, antes citado, Disposición Adicional Sexta del Real Decreto 1.567/1.995 -quiere referirse, sin duda, al 1.561/1.995-; de 21 de septiembre, de jornadas especiales de trabajo y, por último, 8 del Real Decreto 184/2.008, de 8 de febrero, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea (AESA). Trae igualmente a colación





como conculcado el artículo 227 del Convenio Colectivo aplicable, así como 9.3 de nuestra Carta Magna y 3 del Estatuto de los Trabajadores en lo que atañe al principio de jerarquía normativa.

VIGESIMO-OCTAVO.- Bien mirado,.....lo ya dicho con anterioridad en cuanto a la ilegalidad que atribuye a la forma en que debe realizar las dos actividades de formación online que venimos analizando, y sin que, por otra parte, dedique ninguna argumentación significativa a fundamentar su oposición a la realidad de los hechos que representan las faltas de desobediencia que su empleador le achaca, los cuales resultan inobjetable. En lo que se refiere a la regularidad de la actuación empresarial con base en el artículo 227 del Convenio Colectivo aplicable, norma pactada que, por otra parte, no contradice la regulación legal y reglamentaria en materia de tiempo de trabajo y descanso de los controladores aéreos, y a fin de evitar inútiles repeticiones, nos limitaremos a remitirnos a lo ya expuesto en sentido contrario a la tesis que sostiene la recurrente.

VIGESIMO-NOVENO.- En cuanto a la calificación jurídica que merezca su conducta, .....En relación a esta cuestión, el art. 20 del Estatuto de los Trabajadores dispone que el trabajador está obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue, que en cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato el trabajador debe al empresario la diligencia y colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes e instrucciones adoptadas por aquel en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres, debiendo someterse en todo caso en sus obligaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe, tal como pregonan también el art. 5.a) y c) de norma estatutaria, por último establece en cuanto a aquí afecta, en el apartado tercero que el empresario podrá adoptar las medidas oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales. En materia sancionadora, el Tribunal Supremo ha señalado de forma reiterada que la desobediencia ha de darse frente a las órdenes del superior, que tenga competencia para ello, y han de ser claras y concretas, dentro del ámbito de la empresa y en el área de sus facultades, debiendo el trabajador cumplir la orden sin perjuicio de su posibilidad de oponerse ante la autoridad laboral. Manteniendo que únicamente puede negarse a cumplirla, sin incurrir en desobediencia, cuando el empresario actúe con manifiesta arbitrariedad y abuso de derecho o atente contra la dignidad del trabajador o exista peligro grave e inminente ( SSTS de 28-12-1989 ; 10-4-1990 ), o si la orden es claramente antijurídica ( STS de 15-3- 1991 )", añadiendo después: "(...) En el presente caso, a pesar de que se incluyó a la actora en varias convocatorias con la antelación y plazo de realización estipulados en el Convenio y Reglamentos UE, no ha completado los cursos online necesarios para revalidar su anotación de unidad de LECM. Pues tal como se extrae de la prueba le fue encomendada la realización de las prácticas formativas on line 'Factores Humanos' -al menos desde el 5 de octubre de 2016- y 'Fraseología' -al menos desde el 30.....de 2016-; sin embargo la Sra. .... dejó transcurrir sin justificación razonable alguna el periodo límite de la formación trienal que estaba fijado en el 31 de diciembre de 2018, sin que diese cumplimiento a lo ordenado por la demandada, ello con el agravante de haberle sido concedidas un total de ..... prórrogas para la actividad formativa de 'Factores Humanos' y ....prórrogas para la actividad formativa de 'Fraseología' (...)", para acabar así en lo que atañe al motivo de oposición aducido por la trabajadora: "(...) Pero esta alegación no puede ser estimada, toda vez que del tenor del art. 227 del Convenio que regula de manera detallada la 'Formación 'on-line', se extrae que esta clase de acciones formativas se desarrollan sin necesidad de acudir a un lugar determinado para su realización, se realizan a través de soporte digital y al margen de los servicios de control aéreo asignados. Se trata pues de una formación que es flexible y no está sujeta al cumplimiento de un horario, correspondiendo de manera directa a la demandada la competencia para su organización, administración y gestión. En consecuencia, hay que concluir que sí venía obligada la actora al cumplimiento de la acción formativa que le había sido ordenada. Dicha conducta ha de considerarse, en consecuencia, constitutiva de la falta muy grave, sin que la orden resulte abusiva, ni atentatoria o contraria a la dignidad, ni provoque peligro grave o inminente, ni entrañe perjuicio para la salud del actor, pues contra lo que manifestó, ha quedado acreditado que los cometidos formativos que había de desempeñar resultaban absolutamente imprescindibles para la renovación de la licencia a tenor de lo que establece el Reglamento UE2015/340 de la Comisión, de 20 de febrero de 2015, establece los requisitos técnicos y procedimientos administrativos relativos a las licencias y certificados de los controladores de tránsito aéreo y el Reglamento (CE) nº 216/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, regula la licencia europea que habilita al controlador aéreo para el desempeño de las funciones propias de dicha categoría. Por ello, ha de concluirse que no existe justificación razonable a la negativa de la actora a cumplir la orden de trabajo, debiendo destacar que la actora no puede erigirse en definidora de sus propias obligaciones, existiendo otros medios de impugnar las órdenes, sin necesidad de desobedecerlas, por lo que debe considerarse conforme a derecho la calificación de falta muy grave dada por la empresa", criterios que ..... la Sala no puede por menos que hacer suyos, habida cuenta la petición de principio que preside todo el motivo, por lo que nada tiene que añadir a las razones expuestas ...".

Y en el mismo sentido se ha pronunciado más recientemente la sentencia de esta misma Sala y Sección del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 4-11-2020 (Rec. 430/2020) que, en lo que aquí interesa, dice:



"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 incombustibles 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."



Tal doctrina resulta de entera aplicación en el supuesto de autos y a ella ha de estarse necesariamente por evidentes razones de seguridad jurídica e igualdad ante la ley, y en consecuencia, con arreglo a lo expuesto, ha de desestimarse el recurso interpuesto, confirmando la sentencia de instancia en todos sus extremos. Sin costas ( art. 235 LRJS).

**VISTOS** los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

## FALLAMOS

Que, desestimando el recurso de suplicación interpuesto por D. Emilio contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 10 de los de Madrid de fecha 4 de febrero de 2021, dictada en virtud de demanda presentada contra ENAIRE en reclamación por SANCIÓN, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución. 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 Publico 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 nº 2827- 0000-00-0318-21 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martinez 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 2827-0000-00-0318-21.

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.