



ADMINISTRACION DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN DE XUSTIZA

# T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL A CORUÑA

SENTENCIA: 03141/2022

-

PLAZA DE GALICIA S/N  
15071 A CORUÑA  
Tfno: 981-184 845/959/939  
Fax: 881-881133/981184853  
Correo electrónico:  
NIG: 36038 44 4 2021 0002684  
Equipo/usuario: MR  
Modelo: 402250

SECRETARÍA SR<sup>a</sup> xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

## RSU RECURSO SUPPLICACION 0001368 /2022MRA

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000674 /2021  
Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

ABOGADO/A: LUIS MARIA PARDO RODRIGUEZ

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña:

ABOGADO/A: xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

ILMO SR. D. xxxxxxxx

ILMA SR<sup>a</sup> D<sup>a</sup> xxxxxxxxxx

ILMO SR. D. xxxxxxxxxx

En A CORUÑA, a cuatro de julio de dos mil veintidós.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, 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 SUPPLICACION 0001368/2022, formalizado por el Letrado DON LUIS MARIA PARDO RODRIGUEZ, en nombre y representación de XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, contra la sentencia número 25/2022 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 3 de PONTEVEDRA en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000674/2021, seguidos a instancia de XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX frente a representante legal XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX en representación de XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

De las actuaciones se deducen los siguientes:

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** D/Dª representante legal XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX en representación de XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX presentó demanda contra XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 25/2022, de fecha veintiséis de enero de dos mil veintidós

**SEGUNDO:** En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: .

PRIMERO.- XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX con D.N.I. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX vino prestando servicios para la empresa XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX desde el 2 de diciembre de 2017, con categoría profesional de gerocultora y salario prorrateado de 1278,45€, siendo de aplicación a la relación laboral lo establecido en el convenio colectivo de residencias



privadas de Galicia./ SEGUNDO.- Mediante escrito de fecha 25 de octubre de 2019 el sindicato CIG puso en conocimiento de la empresa que ha constituido Sección Sindical, designando como delegada sindical a la demandante, denegando la demandada dicha cualidad en escrito de fecha 13 de noviembre de 2019./ TERCERO.- Por la Consellería de Sanidade y de Política social de la XUNTA DE GALICIA se elaboraron una serie de protocolos, remitiendo a las RESIDENCIAS una encuesta epidemiológica diaria de obligado cumplimiento con el fin de realizar un test de antígenos semanal enviados por la propia Consellería y realizados por el servicio de enfermería de la demandada a partir de enero de 2021. Tal situación fue transmitida a los trabajadores y al Comité de Empresa. Igualmente el personal, estuviera vacunado o no, debía someterse a los test de saliva que comenzaron a hacerse en octubre de 2020 cada 15 días, en diciembre de manera semanal, en marzo del 2021, de nuevo cada 15 días, en junio cada mes y a partir de julio, hasta la actualidad se realizan quincenalmente. A través de Resiplus, aplicación informática que se utiliza en la empresa para comunicaciones internas y de WhatsApp, se enviaron a los trabajadores los oportunos recordatorios para la práctica de las pruebas, contestando la trabajadora por correos de fechas 24 de junio y 9 de agosto de 2021, remitiéndole escrito en contestación a la comunicación recibida el 24 de agosto de 2021 en relación con el incumplimiento de sus obligaciones. La demandante no realizó los siguientes test de saliva: 19 agosto, 2 de septiembre, 16 de septiembre, 30 de septiembre y 14 de octubre ni los test de la semana del 14 de julio, semana del 19 de julio, semana del 26 de julio, semana del 2 de agosto, semana del 9 de agosto, semana del 16 de agosto, semana del 23 de agosto, semana del 30 de agosto, semana del 6 de septiembre, semana del 13 de septiembre, semana del 20 de septiembre, semana del 27 de septiembre y semana del 5 de

octubre./ CUARTO.- La empresa remitió a la trabajadora carta de despido disciplinario con fecha de efectos de 22 de octubre de 2021 por falta muy grave de los apartados b) y d) del artículo 54.2 del E.T. y 48, c) 2 del convenio colectivo aplicable.

**TERCERO:** En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: Desestimando la demanda interpuesta por DOÑA XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX frente a la empresa XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX absuelvo a la demandada de las pretensiones ejercitadas en su contra.

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

**QUINTO:** Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha 14-3-2022.

**SEXTO:** Admitido a trámite el recurso se señaló el día 4-7-2022 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.- La sentencia de instancia desestimó la demanda de despido disciplinario por desobediencia en el trabajo.



La trabajadora demandante (D<sup>a</sup>. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX) recurre en suplicación dicho pronunciamiento: Con cita del artículo y c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), solicita revisar los hechos probados y examinar el derecho que aplicó, con el fin de obtener "sentencia por la que con expresa estimación de los motivos aducidos, revocando la de instancia, se estimen las pretensiones de esta parte y declare la nulidad de pleno derecho del despido disciplinario" con los efectos inherentes a dicha declaración, "más la condena al abono de una indemnización en cuantía de sesenta mil quinientos euros (60.500 €) en concepto de daños y perjuicios por vulneración de los derechos fundamentales del artículo 14, 15, 16, 18, 24 y 25 de la Constitución Española y subsidiariamente en el supuesto de desestimación de la nulidad, suplicamos la improcedencia del despido disciplinario, todo lo anterior en correspondencia por la infracción del artículo 9 de la Constitución Española".

La empresa demandada (en acrónimo, SCD) impugna el recurso, solicitando su desestimación.

SEGUNDO.- Las pretensiones fácticas de suplicación, relativas al hecho probado 3º, son:

(A) Sustituir la frase "Tal situación fue transmitida a los trabajadores y al Comité de Empresa", por: "Tal situación fue transmitida exclusivamente a los trabajadores".

No se admite, porque la prueba testifical y la invocación de prueba negativa alegadas no sirven para lograr la revisión de los hechos probados según los artículos 193.b) y 196.3 LRJS y la jurisprudencia (SSTS 25-1-2018, r. 176/2017; 6-3-2012, r. 11/2011).

(B) Entre las expresiones "...se realizan quincenalmente" y "A través de Resiplus...", añadir los siguientes términos: "Así mismo los trabajadores no vacunados o que no tengan pauta

completa de vacunación debían realizarse un test de antígenos semanal desde el 15 de junio de 2021 hasta el 23 de julio de 2021 y el resto del personal no debían hacer el test de antígenos”, se basa en la carta de despido en el último apartado del folio 2 y en los últimos párrafos del folio 5.

Se acepta en la literalidad del mensaje de la Dirección Xeral de Salud Pública de 15-6-2021, que reproduce la invocada carta de despido, es decir, añadiendo los términos documentados “en aquellos centros que dispongan de ellos” y “el resto no harán la prueba salvo sintomatología compatible”, puesto que la documental invocada no hace ineficaz el contenido restante del apartado de impugnación.

(C) Sustituir el último párrafo por: “La demandante no realizó los siguientes test de saliva: 19 de agosto, 2 de septiembre, 16 de septiembre, 30 de septiembre y 14 de octubre La demandante no realizó los test de antígenos nasofaríngeos de la semana del 14 de julio, semana del 19 de julio, semana del 26 de julio, semana del 2 de agosto, semana del 9 de agosto, semana del 16 de agosto, semana del 23 de agosto, semana del 30 de agosto, semana del 6 de septiembre, semana del 13 de septiembre, semana del 20 de septiembre, semana del 27 de septiembre y semana del 5 de octubre”; se basa en el folio 4 de la carta de despido.

Se admite, porque integra una conducta que la empresa atribuye a la trabajadora en justificación de su decisión extintiva de la relación laboral.

TERCERO.- En el ámbito jurídico, el recurso denuncia que la sentencia vulnera, junto a la jurisprudencia que cita:

(A) Los artículos 9, 10, 14 a 16, 18, 24 y 25 CE, que garantizan:

El principio de legalidad (art. 9), de obligado acatamiento para todos, impone a los Tribunales velar por la



observancia normativa. La dignidad de la persona (art. 10), que rechaza cualquier conducta determinante de un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. La igualdad ante la ley y la no discriminación (art. 14), vinculada la primera a la actuación de los poderes públicos y la segunda también extensiva a las relaciones privadas, de modo que la igualdad sólo se infringe si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, o si está motivada por una conducta discriminatoria. El derecho a la vida e integridad física y moral (art. 15) que, junto al derecho a la intimidad (art. 18) integran el concepto de privacidad personal. La libertad de pensamiento (art. 16) o derecho de la persona a su propia opinión sobre cualquier asunto y de exteriorizarla. La libertad y seguridad de la persona (art. 17), es decir, la autonomía personal para elegir entre diversas opciones vitales sin más restricciones que las previstas legalmente. El derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen (art. 18), que abarca aspectos de la identidad física y social de la persona u otros elementos de su propia identificación, como la captación de su imagen, la honorabilidad y reputación, o el nombre como ámbito propio y reservado excluyendo que sean los terceros, particulares o poderes públicos los que delimiten los contornos de nuestra vida privada. La tutela judicial efectiva (art. 24), es decir, el derecho a obtener una resolución motivada fáctica y jurídicamente -no necesariamente favorable a quien la invoca-, que ha de dar respuesta adecuada y congruente a la pretensión planteada. La imposibilidad de condena o sanción por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o sanción administrativa (art. 25), que representa el principio de tipicidad.

Añade que la infracción descrita le ocasiona años morales susceptibles de indemnización, que cuantifica en 60.500 €.

(B) En relación con los preceptos constitucionales señalados, las normas de procedimiento y sustantivas laborales que el recurso entiende vulneradas por la decisión judicial de instancia, son: (a) El artículo 10 LJCA, redactado por la disposición final 2ª.2 de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre (Medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia).estableció: "1. Las Salas de lo Contencioso- Administrativo de los Tribunales Superiores conocerán en única instancia de los recursos que se deduzcan en relación con: ...

8. Conocerán de la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias de ámbito distinto al estatal consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente". (b) el artículo 17 ET, en relación con el artículo 10 CE, sobre no discriminación en el ámbito de las relaciones laborales, el artículo 54.2 del mismo código, en relación con los artículos 9 y 25 CE, tipifica los incumplimientos contractuales que conforman el despido disciplinario, entre otros, "b) La indisciplina o desobediencia en el trabajo" y "d) La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo", y (c) artículo 22 LRPL, que impone al empresario la vigilancia periódica del estado de salud de los trabajadores.

CUARTO.- A los efectos que ahora interesa, los hechos probados de sentencia afirman:





(1) D<sup>a</sup>. María presta servicios para SCD desde el 2-12-2017, en una residencia para personas mayores, con categoría profesional de gerocultora y salario de 1.278'45 €.

(2) A consecuencia de la pandemia por coronavirus, la Consellería de Sanidade e Política Social de la Xunta de Galicia elaboró y remitió a las residencias de mayores una encuesta epidemiológica diaria de obligado cumplimiento, para realizar a partir de enero de 2021 un test semanal de antígenos, suministrados por la entidad remitente y a practicar por su servicio de enfermería; fue comunicado al personal de dichos centros y al Comité de empresa.

A excepción del personal que presentara sintomatología compatible con el virus de referencia, los demás trabajadores, vacunados o no, habían realizar pruebas o test de saliva en aquellos centros que dispusieran de ellos, cada quince días en octubre y cada siete días en diciembre de 2020, y cada quince días en marzo, una vez en junio y cada quince días a partir de julio en 2021.

(3) La empresa, a través de su aplicación informática, envió recordatorios al personal para la práctica de dichas pruebas.

La demandante contestó mediante correos electrónicos fechados el 24-6 y el 9-8-2021, y remitió escrito sobre la comunicación que había recibido el 24-8-2021 relativa al incumplimiento de las pruebas señaladas.

No realizó los test de saliva fijados para los días 19 de agosto, 2 de septiembre, 16 de septiembre, 30 de septiembre y 14 de octubre, ni los test de antígenos nasofaríngeos previstos para las semanas iniciadas los días 14 de julio, 19 y 26 de julio, 2, 9, 16, 23 y 30 de agosto, 6, 13, 20 y 27 de septiembre, y 5 de octubre.

(4) SCD remitió a la trabajadora carta de despido por falta muy grave de los artículos 54.2.b) y d) ET, y 48.c).2 del Convenio colectivo de residencias privadas de Galicia.

QUINTO.- La pandemia causada por Covid-19 determinó una importante actividad legislativa y jurisprudencial; así:

[I] Con carácter general, hemos de estar al artículo 43 CE, que dispone: "1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La Ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto...", con distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas (arts. 148.1.21 y 149.1.16 CE).

Específicamente, la primera medida habilitada para paliar los efectos de la situación pandémica fue el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo (Declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19), norma que fue prorrogado por Reales Decretos 476/2020, de 27 de marzo, 487/2020, de 10 de abril, 492/2020, de 24 de abril, 514/2020, de 8 de mayo, y 537/2020, de 22 de mayo y 555/2020, de 5 de junio; la STC nº 148/2021, de 14 de julio, declaró parcialmente inconstitucional el citado RD 463/2020.

Tras la declaración del estado de alarma se promulgó el RD Ley 21/2020, de 9 de junio (Medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por Covid-19), con el fin de atender a la eventual a expiración de la vigencia del estado de alarma.

Al tiempo, la ya citada Ley 3/2020 dio nueva redacción al artículo 10.8 LJCA, precepto respecto del cual el TC (Pleno) acordó tramitar la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el TSJ Aragón Sala Contencioso-Administrativo (C-A),



también insinuada en SSTS C-A de 24-5-2021 (rec. 3375/2021) o 2-8-2021 (rec. 5655/2021), y declaró el carácter inconstitucional y la nulidad del precepto indicado, según nota informativa nº 52/2022 del propio TC, aunque la respectiva sentencia de inconstitucionalidad despliega sus efectos, con valor de cosa juzgada, a partir del día siguiente a su publicación en el Boletín Oficial del Estado (art. 164.1 CE).

Más adelante se publicó el RD 926/2020, de 25 de octubre (Declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-19), que limitó la libre circulación de las personas en determinadas horas, la permanencia de grupos de personas en espacios públicos y privados así como en lugares de culto.

Finalmente, la Ley 2/2021, de 29 de marzo, vino a sustituir el RD Ley 21/2020.

El estado de alarma cesó el 9 de mayo de 2021.

[II] Desde la vigencia del RD 463/2020 tuvo lugar la autorización o ratificación judicial de diversas medidas adoptadas por la Administración sanitaria, entre otras la cuarentena en un lugar determinado, el aislamiento domiciliario obligatorio y absoluto de persona positiva en la Covid-19, la entrada/salida de un municipio, el ocio nocturno.

En cuanto a la determinación del fundamento normativo sobre el que se pueden adoptar esas decisiones sanitarias restrictivas de derechos fundamentales y su validez como fuente de la limitación de dichos derechos:

La STS C-A de 24-5-2021, r. 3375/2021 declara: <<< ... lo primero que es menester es que no necesariamente ha de hacerse por ley orgánica. Es verdad que el desarrollo de los derechos fundamentales está reservado a esa fuente (artículo 81.1 de la Constitución) y que el Tribunal Constitucional ha equiparado al desarrollo el establecimiento de limitaciones a los

derechos fundamentales de tal intensidad que les afectan esencialmente. Pero con carácter general la ley ordinaria es suficiente para regular el ejercicio de los derechos, aunque al hacerlo habrá de respetar su contenido esencial (artículo 53.1 de la Constitución). Y establecer limitaciones puntuales de derechos, incluso fundamentales, no equivale a desarrollarlos siempre que, por las características de las restricciones, no lleguen a desnaturalizarlos. Dentro de la regulación que puede hacer la ley ordinaria cabe, pues, la imposición de limitaciones puntuales a los derechos fundamentales. Y, siendo suficiente para ello la ley ordinaria, esa reserva puede ser satisfecha tanto por la ley del Estado cuanto por las leyes que, dentro de su competencia, dicten las Comunidades Autónomas. En definitiva, no se corresponde con la Constitución la afirmación de que toda limitación de un derecho fundamental ha de hacerse única y exclusivamente por ley orgánica... >>>. En sentido análogo la STS C-A de 3-6-2021 (r. 3704/2021), con referencia a constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional, afirma que la reserva de ley orgánica <<<... solo es necesario cuando la restricción -o cualquier otra previsión normativa- implica desarrollo del derecho fundamental de que se trate; y "desarrollo" a efectos del art. 81 de la Constitución es tanto una regulación de conjunto del derecho fundamental, como cualquier otra regulación que incida en elementos básicos, nucleares o consustanciales del mismo. Así las cosas, la reserva de ley orgánica para las medidas sanitarias que supongan restricción o limitación de algún derecho fundamental de la Sección 1ª solo opera cuando tales medidas afecten a algún elemento básico, nuclear o consustancial. Y ello, como es obvio, solo puede verificarse examinando cada norma que prevea la restricción de un derecho fundamental; nunca de antemano según un criterio estandarizado, pretendidamente



válido para cualquier derecho, cualquier restricción y cualquier situación >>>.

Con base en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril (Medidas especiales en materia de salud pública,) la Ley 14/1986, de 25 de abril (General de Sanidad), y la Ley 33/2011, de 4 de octubre (General de Salud Pública), la ya citada STS C-A de 24 de mayo de 2021 añadió: <<<... este conjunto de preceptos ofrece suficientes precisiones, objetivas, subjetivas, espaciales, temporales y cualitativas para satisfacer la exigencia de certeza que han de tener los preceptos que fundamentan restricciones o limitaciones puntuales de derechos fundamentales y, en concreto de la libertad de circulación, las cuales, de otro lado, no pueden predeterminarse siempre -ya que no han de excluirse situaciones nunca imaginadas ni, en consecuencia, previstas- y no se alejan los términos recién examinados del parámetro admitido por el Tribunal Constitucional para la tipificación de sanciones, por ejemplo en su sentencia nº 14/2021. Sin ninguna duda hubiera sido deseable que, en vez de a conceptos indeterminados y cláusulas generales, pudiéramos acudir a una regulación específica para afrontar la pandemia que detallase cuantos extremos fueran susceptibles de precisión para ofrecer la máxima seguridad jurídica. No obstante, no puede preverse todo y tampoco puede decirse que los preceptos examinados adolecen de tal indeterminación que permitan hacer cualquier cosa a las Administraciones que los utilicen. Por el contrario, delimitan con una precisión mínima el campo de su aplicación. Y no es una novedad que los tribunales deban extraer del ordenamiento jurídico los criterios para resolver problemas que no han recibido una solución precisa por parte del legislador. Esto significa que será necesario examinar cada medida y valorarla atendiendo a la luz de los criterios extraídos de estos preceptos, si cumplen las exigencias de

adecuación, necesidad y proporcionalidad >>>; en términos semejantes, STS C-A de 17-6-2021 (r. 5655/2021), añadiendo la STS C-A de 19-8-2021 (r. 5904/2021) que tampoco precisan la cobertura del estado de alarma.

Con relación al artículo 10.8 LJCA y en aplicación de los principios de adecuación, necesidad y proporcionalidad de las medidas objeto de autorización en cuanto que limitan o inciden en derechos fundamentales, la jurisprudencia (STS C-A de 14-9-2021, rec. 5909/2021) autorizó el denominado "pasaporte covid", modificando el criterio anterior fijado por STS Sala Vacaciones de 21-7-2021 (rec. 5262/2021).

Y en cuanto a la realización periódica de pruebas de antígenos, la STS C-A de 19-8-2021 (rec. 5904/2021), señaló: <<< Cabe precisar que las medidas controvertidas implican una clara incidencia en el derecho fundamental a la intimidad personal; garantizado en el artículo 18.1 CE en la medida que se obliga de forma general a todos los trabajadores de las residencias de mayores y demás centros reseñados a someterse a la realización periódica de pruebas de antígenos. Asimismo, compromete el derecho de circulación del artículo 19 CE, como apunta el Ministerio Fiscal, al contemplar el aislamiento obligatorio de, aquellos sospechosos de síntomas de la enfermedad hasta el momento de la prueba. De modo que debemos comprobar si cabe la restricción de estos derechos fundamentales a través de la habilitación que dispensa la legislación vigente, interpretada en los términos expuestos por la Sala Tercera de este Tribunal Supremo que ha puesto énfasis en la exigencia de la justificación de las medidas que se adopten y en la observancia del principio de proporcionalidad. Y singularmente, viene exigiendo motivación a la Administración que ha de justificar que sus medidas que no sólo han de ser idóneas para hacer frente a esa emergencia sanitaria, sino que también han de ser necesarias y



proporcionadas en sentido estricto. Como hemos visto, la ratio decidendi del Auto aquí impugnado es la ausencia de datos suficientes sobre la incidencia y evolución de la pandemia en las residencias y centros, omisión que lleva a la Sala a concluir que no se puede constatar la necesidad y adecuación de las medidas...En fin, lleva razón la Sala de instancia al sostener la escasa aportación de datos apropiados que sustente la petición de autorización de la obligatoriedad de las pruebas y el asilamiento mencionado, al conjunto de los trabajadores de todas las residencias y centros que radiquen en Castilla-La Mancha. La solicitud deducida se encuentra huérfana de información suficiente y clara, lo único que se incorpora en el informe sanitario en relación a las residencias de mayores es una tabla que discrimina entre semanas, brotes, casos, hospitalizaciones y defunciones a lo largo del año 2021, y la incidencia del proceso de vacunación. Se explica en el informe "que en las semanas 8 y 23 la ocurrencia de brotes y enfermedad y muerte es casi, anecdótica, quedando relegados a brotes puntuales ocasionados por circunstancias particulares" observándose a partir de la semana 24 un aumento paulatino que no evidencia por sí un crecimiento exponencial de contagios con aumento de hospitalizaciones. No se añaden más datos sobre la tasa de incidencia en concretos y determinados centros de la Comunidad que permitan considerar la necesidad de la imposición de la medida y su carácter indispensable. Debemos subrayar, además, que la Administración no solo no pone de manifiesto al Tribunal la existencia de cifras detalladas y significativas, ni distingue la problemática de los centros, que pueden presentar cifras no homogéneas, sino que tampoco contrapone la eficacia de otras medidas menos invasivas frente a la más invasiva de los derechos fundamentales que desarrollen una eficacia similar. Finalmente, no cabe acoger el alegato de la

Junta recurrente que sustenta la ratificación y corrección de las medidas en el principio de precaución que inspira la actuación de la Administración por mandato legal (pág. 20 del escrito de interposición) o de prevención, como se explicita en la propia resolución de 5 de agosto de 2021 y aun cuando, como señala el Ministerio Público es cierto que el componente precautorio subyace en toda medida sanitaria, hemos señalado expresamente en la STS 875/2021 (FJ 4º) que antes hemos transcrito - que la propia recurrente invoca y conoce- que el artículo 3 LOSEP no confiere habilitación para la adopción de medidas bajo cualquier circunstancia, ya que tal precepto fija un ámbito subjetivo, sin que pueda llegar más allá del mismo y convertirse en general, y que a los efectos ahora debatidos de restricción de derechos fundamentales "no bastan meras consideraciones de conveniencia, prudencia o precaución >>>.

Al efecto, la ya citada STC 148/2021, señala que : <<< Obviamente, solo el legislador democrático puede adoptar tales reformas normativas que, por otra parte, han recomendado recientemente órganos como el Consejo de Estado (Dictamen 213/2021, de 22 de marzo), y el Tribunal Supremo [Sentencia 719/2021, de 24 de mayo , fundamento cuarto, letra D)]>>>". En efecto, la STS CA de 24-5-2021, también referida, declara que: <<< Sin ninguna duda hubiera sido deseable que, en vez de a conceptos indeterminados y cláusulas generales, pudiéramos acudir a una regulación específica para afrontar la pandemia que detallase cuantos extremos fueran susceptibles de precisión para ofrecer la máxima seguridad jurídica >>>, y el dictamen unánime de la Comisión Permanente del Consejo de Estado, en sesión de 22-3-2021, indica: <<< Con independencia de la procedencia de la interposición de recurso de inconstitucionalidad en los términos señalados, el análisis de la cuestión debatida permite al Consejo de Estado sugerir que el contenido de la Ley Orgánica 3/1986 podría estar necesitado





de una adecuación legislativa que le aporte mayor detalle y concreción, en orden a proporcionar a las autoridades sanitarias competentes el mejor marco jurídico posible para afrontar las situaciones presentes y futuras de riesgo grave para la salud pública >>>.

SEXTO.- [I] Teniendo en consideración el panorama jurídico descrito en el fundamento de derecho anterior y respecto de la primera denuncia de recurso, entendemos, porque así lo afirmó la ya citada STS C-A de 19-8-2021, que la práctica obligada del test de antígenos incide en el derecho fundamental a la intimidad personal (art. 18 CE).

[II] La cuestión que ahora se plantea es la colisión entre tal derecho con el derecho a la protección de la salud, cuya organización y tutela es responsabilidad de los poderes públicos, a la que han de dotar de medidas preventivas, prestaciones y servicios necesarios (art. 43 CE).

Sabido es, como dice la jurisprudencia (STS C-A de 24-5-2021, r. 3375/2021) que <<<... ningún derecho, ni siquiera los que reciben el calificativo de fundamentales, es absoluto. El artículo 10.1 de la Constitución lo advierte cuando afirma que el respeto a los derechos de los demás es uno de los fundamentos del orden político y de la paz social: los derechos de unos llegan, pues, hasta donde empiezan los derechos de otros... >>>, y que (STS C-A de 20-11-2020, r.140/2020) <<< En una indiscutible situación de pandemia como la generada por el virus COVID 19 que, notoriamente, no se circunscribe al territorio español, resulta evidente que debe prevalecer el interés general sobre el individual, esto es el derecho a la vida de la mayoría de los ciudadanos sobre la pretensión individual aquí ejercitada ... Partimos de la presunción de que las medidas adoptadas por los poderes públicos tienden a la supervivencia de la comunidad...>>>.

Se hace preciso analizar la medida sanitaria litigiosa y valorarla atendiendo a los principios de adecuación, necesidad y proporcionalidad, dentro de la confusión provocada por Covid-19 a nivel técnico y mundial, así como de su resultancia letal de todos conocida.

El Covid-19 es un agente biológico del grupo 3, esto es, "aquél que puede causar una enfermedad grave en el hombre y presenta un serio peligro para los trabajadores, con riesgo de que se propague a la colectividad y existiendo generalmente una profilaxis o tratamiento eficaz", conforme al art. 3 del RD 664/1997 de 12 de mayo (Protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo).

En el contexto patológico de referencia y a diferencia del test de saliva, protección terapéutica que puede entenderse no especialmente invasiva pues, sin perjuicio de otros sistemas de ejecución, supone arrojar suavemente el fluido líquido que genera la boca sobre un pequeño recipiente que recoge la muestra, y que cualquier persona puede realizar de forma autónoma, sin embargo entendemos que la prueba de antígenos, también medida protectora frente al Covid-19, sí es especialmente invasiva, al consistir en la introducción de un bastón o hisopo con punta de algodón por las fosas nasales hasta la parte alta de la garganta para obtener muestras de la mucosa de nariz y boca, y a practicar por personal técnico, sí incide en el derecho a la intimidad personal del artículo 18 CE.

Por otro lado, resultan de ponderación necesaria las circunstancias personales y laborales de la demandante que consigna el fundamento de derecho 4º que precede, de tal modo que, por su categoría profesional (gerocultora), trabaja en un medio (residencia de personas mayores) necesitado de adecuada y constante atención, ahora por la fácil propagación viricida



para quienes se encuentran en dichos centros de trabajo, es decir, trabajadores, y también las personas residentes que por su edad o discapacidad integran un colectivo especialmente vulnerable, así como las personas visitantes.

[III] Durante la vigencia del Real Decreto 463/2020, las comunidades autónomas, aunque mantuvieran su capacidad de gestión en la crisis de que se trata, estaban obligadas a respetar las directrices del Ministerio de Sanidad, por ser aquellos entes autoridad competente delegada respecto de la protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo a la que tienen derecho los implicados en los centros de mayores.

Si bien la empresa demandada se vio obligada realizar las pruebas diagnósticas en otros momentos de la pandemia provocada por Covid-19, lo cierto es que ahora, incluso más allá de la circunstancialidad ponderada por la ya citada STS C-A de 19-8-2021, los hechos probados no registran acontecimientos trascendentes y específicos propios de Covid-19 ni en el centro de trabajo de la recurrente, como su alcance objetivo y personas afectadas, brotes, contagios por contacto estrecho con personas ya afectadas o con personas contagiadas pero asintomáticas, personas en aislamiento, u otras situaciones sugerentes del virus, ni tampoco en otras residencias ubicadas en esta Comunidad Autónoma.

Por otra parte, el control de la crisis sanitaria provocada por el virus SARS CoV-2 en las residencias de mayores y en otros centros sociosanitarios en un contexto de alta transmisión vírica, aprobado el 17-11-2020 por acuerdo de la Comisión clínica para la gestión de la crisis sanitaria de Covid-19 (doc. nº 6 de empresa), y que tuvo efectividad con carácter previo a su no interesada -y entonces precisa- autorización o ratificación judicial (art. 10.8 LJCA), con alcance objetivo y extensión subjetiva generalizados en los

lugares de trabajo señalados, careció de naturaleza normativa, es decir huérfano de cobertura legal (STC nº 56/2019), dado su origen y contenido, limitado éste a sugerir las medidas a adoptar en la situación creada por la pandemia (detección precoz no personal, autoevaluación y seguimiento de síntomas, pruebas de detección de infección activa, detección precoz en personas residentes, detección proactiva de casos, nuevos ingresos), pero sin aportar datos objetivos de su eventual repercusión en los centros laborales del ámbito territorial señalado; términos análogos, sino idénticos, conforman el Protocolo de actuación interna de la empresa demandada elaborado por servicio de prevención ajeno frente al nuevo coronavirus SARS-COV-2 (su doc. nº 7), y también el documento técnico "Adaptación de las medidas en residencias de mayores y en otros centros de servicios sociales de carácter residencial en un contexto de alta transmisión comunitaria" del Ministerio de Sanidad de 9-8-2021 (doc. nº 5).

En definitiva y con independencia de la conducta de la trabajadora demandante, de clara y reiterada oposición a las medidas indicadas (test de saliva y de antígenos), hemos de reiterar que la práctica del hisopado nasofaríngeo es incompatible, por su carácter invasivo, con el derecho fundamental a la intimidad personal (art. 18 CE), aún tratándose de una prueba diagnóstica de bajo riesgo y sin efectos secundarios importantes.

Por el contrario y con carácter general, no apreciamos la vulneración de los demás derechos constitucionales que alega la recurrente, toda vez que: - Los Tribunales garantizan el principio de legalidad (art. 9 CE) mediante una respuesta, en todo caso motivada, no satisfactoria a las pretensiones de que solicita su actuación (art. 24 CE). - No se percibe la situación de la demandante en un ambiente adverso o ignominioso (art. 10 CE), entre otros motivos por la extensión



objetiva y aceptación subjetiva de las pruebas diagnósticos. - Tampoco es apreciable la desigualdad (art. 14 CE), tanto por la ya indicada genérica proyección de dichos test, como por perseguir éstas una finalidad, encomiable por la confusión e inseguridad imperante, cual fue afrontar el Covid-19, en los términos que la Autoridad administrativa estimó adecuados para detener el avance de la pandemia, de ahí su dedicación principal respecto de las personas con un cuadro clínico de infección respiratoria aguda y de cualquier gravedad; todo ello descarta estimar transgredido el principio de tipicidad (art. 25 CE). - La recurrente expresó y transmitió voluntaria y libremente, con plena autonomía, su criterio sobre las medidas ofrecidas (arts. 16 y 17 CE). - La honorabilidad e imagen personal son aspectos del derecho a la intimidad (art. 18 CE).

SÉPTIMO.- La comunicación de la mercantil demandada a los trabajadores y al comité de empresa de la encuesta epidemiológica diaria remitida por la Consellería de Sanidade e Política Social de la Xunta de Galicia, con el fin de realizar los test de antígenos (HP 3°), entendemos, como expone la suplicación, que no se ajusta debidamente al derecho a la información, consulta y participación que legalmente corresponde a la representación social según el artículo 36 LRPL: Primero, porque en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, el artículo 35 LPRL atribuye los derechos indicados a los delegados de prevención, de modo que aunque su nombramiento deriva de los órganos representativos unitarios, e incluso pueden coincidir con los integrantes de éstos -ahora no acreditado-, aquéllos son los representantes de los trabajadores con funciones específicas en la materia (art. 35 LPRL), sin perjuicio de las competencias y facultades que sobre dicho aspecto tengan encomendadas los otros órganos de

representación, comités de empresa, delegados de personal, y delegados sindicales en su caso (art. 34 LPRL). Segundo, porque de forma específica el artículo 36.3 LPRL confiere a los delegados de prevención emitir los informes correspondientes sobre los daños producidos en la salud de los trabajadores una vez que el empresario tiene conocimiento de los mismos (art. 36.2.c LPRL), de ahí que no se trate de un mero trámite de audiencia en las cuestiones sobre prevención de riesgos laborales, sino de un aspecto del derecho de consulta a los trabajadores que facilita su participación en todo aquello que afecta a la seguridad y salud en el trabajo. Tercero, porque la demandada, no obstante la notificación que cursó al comité de empresa y a los trabajadores de las recomendaciones adoptadas por la Administración autonómica sanitaria, prescindió del dictamen referido, omisión ésta que descarta apreciar el cumplimiento a su cargo del deber de información, consulta y participación.

OCTAVO.- Respecto de la normativa de prevención y riesgos laborales:

[I] Jurisprudencia reiterada (entre otras, STS 30-06-2010, r. 4123/2008), sistematiza pormenorizadamente la evolución seguida en la materia diciendo que: <<< El punto de partida no puede ser otro que recordar que el Estatuto de los Trabajadores genéricamente consagra la deuda de seguridad como una de las obligaciones del empresario, al establecer el derecho del trabajador "a su integridad física" [art. 4.2 .d)] y a "una protección eficaz en materia de seguridad e higiene" [ art. 19.1]. Obligación que más específicamente -y con mayor rigor de exigencia- desarrolla la LPRL [Ley 31/1995, de 8 /Noviembre], cuyos rotundos mandatos -muy particularmente los contenidos en los arts. 14.2, 15.4 y 17.1 LPRL - determinaron que se afirmase "que el deber de protección del empresario es



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE XUSTIZA

incondicionado y, prácticamente, ilimitado" y que "deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran" >>>. Así:

[II] Con carácter general, el artículo 22 LPRL (Vigilancia de la Salud) dispone: "1. El empresario garantizará a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo. Esta vigilancia sólo podrá llevarse a cabo cuando el trabajador preste su consentimiento. De este carácter voluntario sólo se exceptuarán, previo informe de los representantes de los trabajadores, los supuestos en los que la realización de los reconocimientos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa o cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad. En todo caso se deberá optar por la realización de aquellos reconocimientos o pruebas que causen las menores molestias al trabajador y que sean proporcionales al riesgo. 2. Las medidas de vigilancia y control de la salud de los trabajadores se llevarán a cabo respetando siempre el derecho a la intimidad y a la dignidad de la persona del trabajador y la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud. 3. Los resultados de la vigilancia a que se refiere el apartado anterior serán comunicados a los trabajadores afectados. 4. Los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores no podrán ser usados con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador. El acceso a la información médica de carácter personal se limitará al personal médico y a las autoridades sanitarias que lleven a

cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores, sin que pueda facilitarse al empresario o a otras personas sin consentimiento expreso del trabajador. No obstante lo anterior, el empresario y las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención serán informados de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo o con la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención, a fin de que puedan desarrollar correctamente sus funciones en materia preventiva. 5. En los supuestos en que la naturaleza de los riesgos inherentes al trabajo lo haga necesario, el derecho de los trabajadores a la vigilancia periódica de su estado de salud deberá ser prolongado más allá de la finalización de la relación laboral, en los términos que reglamentariamente se determinen. 6. Las medidas de vigilancia y control de la salud de los trabajadores se llevarán a cabo por personal sanitario con competencia técnica, formación y capacidad acreditada”.

En términos semejantes, artículo 24 del IV Convenio colectivo de residencias privadas de la tercera edad de Galicia (DOG 11-4-2018).

[III] De forma específica, la Ley 2/2021(antes, RD Ley 21/20) establece:

Artículo 7 (Centros de trabajo). "1. Sin perjuicio del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales y del resto de la normativa laboral que resulte de aplicación, el titular de la actividad económica o, en su caso, el director de los centros y entidades, deberá: a) Adoptar medidas de ventilación, limpieza y desinfección adecuadas a las características e intensidad de uso de los centros de trabajo, con arreglo a los protocolos que se establezcan en cada caso. b) Poner a disposición de los





trabajadores agua y jabón, o geles hidroalcohólicos o desinfectantes con actividad virucida, autorizados y registrados por el Ministerio de Sanidad para la limpieza de manos. c) Adaptar las condiciones de trabajo, incluida la ordenación de los puestos de trabajo y la organización de los turnos, así como el uso de los lugares comunes de forma que se garantice el mantenimiento de una distancia de seguridad interpersonal mínima de 1,5 metros entre los trabajadores. Cuando ello no sea posible, deberá proporcionarse a los trabajadores equipos de protección adecuados al nivel de riesgo. d) Adoptar medidas para evitar la coincidencia masiva de personas, tanto trabajadores como clientes o usuarios, en los centros de trabajo durante las franjas horarias de previsible mayor afluencia. e) Adoptar medidas para la reincorporación progresiva de forma presencial a los puestos de trabajo y la potenciación del uso del teletrabajo cuando por la naturaleza de la actividad laboral sea posible. 2. Las personas que presenten síntomas compatibles con COVID-19 o estén en aislamiento domiciliario debido a un diagnóstico por COVID-19 o que se encuentren en periodo de cuarentena domiciliaria por haber tenido contacto estrecho con alguna persona con COVID-19 no deberán acudir a su centro de trabajo. 3. Si un trabajador empezara a tener síntomas compatibles con la enfermedad, se contactará de inmediato con el teléfono habilitado para ello por la comunidad autónoma o centro de salud correspondiente, y, en su caso, con los correspondientes servicios de prevención de riesgos laborales. De manera inmediata, el trabajador se colocará una mascarilla y seguirá las recomendaciones que se le indiquen, hasta que su situación médica sea valorada por un profesional sanitario".

Artículo 8 (Centros, servicios y establecimientos sanitarios). "La administración sanitaria competente garantizará que se adoptan las medidas organizativas, de

prevención e higiene para asegurar el bienestar de los trabajadores y los pacientes. Asimismo, garantizará la disponibilidad de los materiales de protección necesarios en las ubicaciones pertinentes, la limpieza y desinfección de las áreas utilizadas y la eliminación de residuos, así como el mantenimiento adecuado de los equipos e instalaciones”.

Artículo 10 (Servicios sociales). 1. Las administraciones competentes deberán asegurar el cumplimiento por los titulares de centros de servicios sociales de carácter residencial y centros de día de las normas de desinfección, prevención y acondicionamiento de las instalaciones, que aquellas establezcan. En particular, velarán por que su normal actividad se desarrolle en condiciones que permitan en todo momento prevenir los riesgos de contagio. 2. Las autoridades competentes deberán garantizar la coordinación de los centros residenciales de personas con discapacidad, de personas mayores y de los centros de emergencia, acogida y pisos tutelados para víctimas de violencia de género y otras formas de violencia contra las mujeres, con los recursos sanitarios del sistema de salud de la comunidad autónoma en que se ubiquen. 3. Los titulares de los centros han de presentar a la autoridad sanitaria que la comunidad autónoma determine en virtud de sus competencias, un Plan de Contingencia COVID-19 orientado a la identificación precoz de posibles casos entre residentes y trabajadores y sus contactos, activando en su caso los procedimientos de coordinación con la estructura del servicio de salud que corresponda...”.

[IV] De la normativa expuesta y con la finalidad jurisprudencial señalada, se concluye la existencia de dos tipos de reconocimientos médicos, a los que también se refiere el artículo 25 del Convenio de aplicación:

Uno, de carácter voluntario, que es aquel que se realiza, previo consentimiento del trabajador, en virtud de la



obligación que tiene el empresario de garantizar a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo.

La voluntariedad del trabajador respecto de los exámenes médicos es el principio esencial en la materia, aunque con reservas.

Otro, de carácter obligatorio, por tanto excepcional, en aquellos supuestos en los que la realización de los reconocimientos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa o cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad.

Exigencias legales que ahora no aparecen cumplimentadas: En primer lugar, porque el Protocolo conjunto de las Consellerías de Sanidade e de Política Social, el Protocolo de actuación interna de la empresa demandada elaborado por servicio de prevención ajeno y el documento técnico " Adaptación de las medidas en residencias de mayores y en otros centros de servicios sociales de carácter residencial en un contexto de alta transmisión comunitaria" del Ministerio de Sanidad recogidos en el FJ 6º.III que precede, no son disposición legal de las previstas en el artículo 81 y siguientes CE. En segundo término, porque la decisión empresarial litigiosa no contó con el preceptivo informe de los delegados de prevención, según indicamos en el FJ 7º anterior; ahora de mayor exigencia y significación por la obligatoriedad inherente a las pruebas diagnósticas. Tercero, porque no ampara estas particularidades el denominado "ius

variandi" del empresario (art. 20.4 ET), pues aun siendo manifestación de las distintas facultades de dirección y control de la actividad laboral que le corresponden, su ejercicio no es omnímodo sino que está sujeto a limitaciones, como el respeto a los derechos de los trabajadores en la relación laboral (art. 4 ET), y especialmente, dado el ámbito en que nos encontramos, el derecho a la intimidad personal de la recurrente (arts. 4.2.e ET, 18 CE), que la empresa no fundamentó -pudiendo hacerlo- en el citado artículo 22 LPRL, como consta en el anterior FJ 6º.III, en el que indicamos la ausencia de datos concretos en los hechos probados (brotes, contagios, etc.) sobre la incidencia del Covid-19 en el centro de trabajo de la demandante, a los efectos de ponderar si concurren las circunstancias para la práctica del reconocimiento médico obligatorio que, con carácter excepcional, prevé el antedicho artículo 22 LPRL.

NOVENO.- [I] El artículo 54.2.b) ET considera incumplimiento contractual la indisciplina o desobediencia en el trabajo, pues el trabajador, en virtud del contrato, debe al empresario la diligencia y colaboración laboral que se establezca en la Ley, el convenio colectivo aplicable y en los usos y costumbres, de modo que está obligado a cumplir las órdenes e instrucciones del aquél en el ejercicio regular de sus facultades de dirección (artículos 5.c y 20.2 ET), debiendo el empleador ejercerlas con arreglo a dichas normas.

En el ámbito del Convenio de aplicación, el artículo 48.c.2, que recoge el HP 4º de la sentencia de instancia, prevé como falta muy grave "El fraude, la deslealtad y el abuso de confianza en las gestiones encomendadas y cualquier conducta constitutiva de delito doloso", sancionable con despido.



Para que pueda sancionarse la desobediencia o indisciplina del trabajador con la sanción más grave, que es el despido disciplinario, ha de revestir las siguientes características: a) Gravedad, pues es preciso que la negativa del trabajador a obedecer sea clara y en abierta contradicción con la orden empresarial, que muestre una actitud de resistencia decidida, persistente y reiterada. b) Culpabilidad, en cuanto que ha de ser imputable directamente al trabajador, que voluntaria y conscientemente se niega a cumplir la orden empresarial. c) Trascendente, que no necesariamente ha de suponer un perjuicio material para la empresa, sino que también pueda afectar al prestigio de la empresa o al interés de terceros clientes de la empresa. d) Falta de justificación, como ausencia de concurrencia de circunstancias que atemperen o atenúen la conducta del trabajador. e) En todo caso, debe aplicarse la doctrina gradualista, lo que obliga a que se adopte la decisión atendiendo a las circunstancias concurrentes, individualizando el examen de la conducta para aplicar la sanción de una forma proporcional y adecuada al hecho.

Cuando el empresario emite aquellas órdenes e instrucciones que se enmarcan dentro del contrato de trabajo, existe la presunción "iuris tantum" de que son legítimas y de ahí la regla general que obliga a obedecerlas sin perjuicio de impugnarlas cuando se estimen lesivas o abusivas salvo que concurren determinadas circunstancias de peligrosidad, ilegalidad y ofensa a la dignidad del trabajador u otras análogas que justifiquen la negativa, sin que exonere de la responsabilidad la mera disconformidad con la orden, de lo que sólo puede derivarse el legítimo ejercicio de las pertinentes acciones laborales o cualquier otra de tipo sindical prevista en la legislación laboral. El artículo 20 ET impone a las

partes -trabajador y empresario- someterse en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe.

El "ius resistentiae" opera no sólo frente a órdenes de contenido delictivo o cuyo incumplimiento entrañe riesgo grave para la integridad física del trabajador, sino también frente a órdenes atentatorias a la dignidad personal del trabajador, o que sean fruto de la arbitrariedad, capricho o abuso empresarial; entender lo contrario supondría, desde una perspectiva constitucional, pervertir el contenido del vínculo contractual, razón por la cual la doctrina jurisprudencial se ha cuidado de conjugar conductas, antecedentes, trascendencia y gravedad para calibrar la proporcionalidad y adecuación entre el hecho imputado y la sanción impuesta (SSTS de 10 y 16-7-1986), de forma tal que <<< una simple desobediencia que no encierra una actitud exageradamente indisciplinada, que no se traduzca en un perjuicio para la empresa, o en la que concurra una causa incompleta de justificación, no puede ser sancionada con la extinción del contrato de trabajo >>> (STS 5-3-1987).

[II] En el presente caso, la conducta de la demandante, de reiterada oposición los test de saliva y antígenos, cuestionando y entorpeciendo las instrucciones de la empresa, llegando a enfrentarse con una compañera de trabajo (FJ 9º, págs. 14 y 15 de la sentencia recurrida) encajaría por reprochable, en una apreciación inicial, en la causa de despido disciplinario que prevé el citado artículo 54.2.b) ET.

Sin embargo, dicho comportamiento resulta amparado por el antedicho "ius resistentiae" de la trabajadora, como medio protector de su derecho a la intimidad personal (art. 18 CE), que estimamos infringido, ante una orden que, en definitiva, la empresa adoptó, aunque no pueda calificarse como una instrucción de las que son comunes y regulares en el ámbito de la relación laboral ordinaria entre las partes litigantes,



pero con la importante particularidad de su omitida fundamentación, consignada en el FJ 8º.IV que precede, la cual, en otro caso, excluiría cualquier eventual indefensión de la mercantil demandada que, en definitiva, no suministró datos bastantes y necesarios para analizar y justificar, desde la perspectiva constitucional de que se trata, que la prueba de antígenos respondía al principio de proporcionalidad que informa la materia litigiosa, sin que a tal fin resulte suficiente la aportación de encuestas o estadísticas (HP 3º) cuyo contenido y alcance se desconoce.

La vulneración del derecho constitucional señalado impone, por sí misma, declarar la existencia del despido nulo que tipifica el artículo 55.5 ET, con los efectos previstos en el apartado 6 de dicho precepto

DÉCIMO.- [I] En materia de reparación de daños por vulneración de derechos fundamentales, la STS 25-1-2018/r. 30-2017) indica: 'A) Como hemos advertido más de una vez, ha de reconocerse que la doctrina de la Sala en orden a la cuestión de que tratamos -indemnización por vulneración de derechos fundamentales- no ha tenido la uniformidad que sería deseable. Recordemos sus hitos cronológicos.

Primera posición: Con arreglo a una primera interpretación, se asume la concesión automática en la que se entendió procedente la condena al pago de la indemnización por los daños morales causados, sin necesidad de que se acredite un específico perjuicio, dado que éste se presume. En SSTS 09/06/93 -rcud 3856/92-; y 08/05/95 -rco 1319/94- viene a decirse que la sentencia que aprecie lesión del derecho a la libertad sindical ha de condenar a la indemnización de los daños morales, sin necesidad de que se acredite un específico perjuicio, dado que éste se presume.

Segunda posición: Otras veces se asume la exigencia de bases y elementos clave de la indemnización reclamada que justifiquen suficientemente la misma y que estén acreditados indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar la condena. En resoluciones como las SSTS 22/07/96 - rco 7880/95-; ... 11/06/12 -rcud 3336/1 -; y 15/04/13- rcud 1114/12- el demandante debe aportar al juez indicios o elementos suficientes que sustenten su concreta petición indemnizatoria; acreditada la violación del derecho, no es automática la aplicación de la indemnización de daños y perjuicios sino que precisa de la alegación de elementos objetivos, aunque sean mínimos, en los que se basa el cálculo.

Tercera posición: Se atiende al criterio aperturista que actualmente informa el resarcimiento del daño moral [incluso se recomienda su aplicación en el ámbito de los incumplimientos contractuales por los PETL y por UNIDROIT: STS I 15/06/10 -rec. 804/06-]. Asimismo se subraya la "inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que tal daño [moral] esencialmente consiste ... [lo que] lleva, por una parte, a un mayor margen de discrecionalidad en la valoración ..." y, por otra parte, "diluye en cierta medida la relevancia para el cálculo del quantum indemnizatorio" de la aplicación de parámetros objetivos, pues "los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados no tienen directa o secuencialmente una traducción económica" [ SSTS/I<sup>a</sup> 27/07/06 y 28/02/08 -rec. 110/0 -]» ( SSTS 21/09/09 -rcud 2738/08 -; y 11/06/12 -rcud 3336/11-).

B) Actualmente, en atención a la nueva regulación que se ha producido en la materia tras la LRJS, se considera que la exigible identificación de "circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada" ha de excepcionarse en el caso de los daños morales unidos a la





vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada.

C) Las SSTs/ 17-diciembre-2013 (rco 109/2012), 8-julio-2014 (rco 282/2013), 2-febrero-2015 (rco 279/2013), 26-abril-2016 -rco. 113/2015 o 649/2016 de 12 julio ( rec. 361/2014) exponen lo siguiente acerca de la indemnización por daño moral cuando existe vulneración de derecho fundamental ( arts. 179.3, 182.1.d, 183.1 y 2 LRJS): ...en la LRJS se preceptúa que:

... d) "El tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño" (art. 183.2 LRJS), deduciéndose que respecto al daño, sobre cuyo importe debe pronunciarse necesariamente el Tribunal, se atribuye a éste, tratándose especialmente de daños morales ("cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa" y arg. ex art. 179.3 LRJS), la facultad de determinándolo prudencialmente, así como, con respecto a cualquier tipo de daños derivados de vulneraciones de derechos fundamentales o libertades públicas, se preceptúa que el importe indemnizatorio que se fije judicialmente debe ser suficiente no solo para la reparación íntegra, sino, además "para contribuir a la finalidad de prevenir el daño", es decir, fijando expresamente los principios de suficiencia y de prevención...''.

[II] La doctrina expuesta nos lleva a estimar en parte el correspondiente motivo de suplicación y fijar el resarcimiento por daños morales en tres mil euros (3.000 €), cantidad que entendemos ajustada a las circunstancias

novedosas y excepcionales del contexto pandémico en que acontecieron los hechos, así como al interés de la empresa, aunque no suficientemente fundamentado, respecto de la detención del virus.

UNDÉCIMO.- Por último, resulta necesario indicar que la decisión que adoptamos no implica en modo alguno atribuir eficacia al simple desacuerdo o disconformidad por sus destinatarios con las medidas antipandémicas que la Administración sanitaria pueda adoptar con el fin de conseguir la detención del Covid-19, sino que la divergencia con tales disposiciones, lejos de cualquier autorización a modo de "patente de corso", ha de proyectarse a las circunstancias particulares de cada supuesto, con especial ponderación del juicio de proporcionalidad, siendo lo cierto, como ya indicamos, que en el presente caso no existen elementos en el relato fáctico que permitan incardinar la práctica de las pruebas diagnósticas señaladas en los exámenes médicos obligatorios que, excepcionalmente, prevé el artículo 22 LPRL.

### **F A L L A M O S**

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por el abogado Dº. Luis María Pardo Rodríguez, en nombre y representación de Dª. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Pontevedra, de 26 de enero de 2022 en autos nº 674/2021, que revocamos, declaramos nulo el despido de la trabajadora recurrente que la empresa demandada, XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX acordó con fecha 22 de octubre de 2021, a la que condenamos en los siguientes términos:

- 1.- A la readmisión inmediata de la trabajadora.



2.- A abonarle los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido, 22 de octubre de 2021.

3.- A abonarle, como indemnización por daños morales, tres mil euros (3.000 €).

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo.**

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 37 \*\*\*\* ++**).

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

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.