

Juzgado de lo Social N.º. 3 de Pontevedra, Sentencia 25/2022 de 26 Ene. 2022, Proc. 674/2021

Ponente: Cabezas Lefler, Fernando.

Nº de Sentencia: 25/2022

Nº de Recurso: 674/2021

Jurisdicción: SOCIAL

Legítimo despido de un trabajador de residencia que se negó a hacer los test de antígenos

Cabecera

DESPIDO DISCIPLINARIO. Trabajador de una residencia de ancianos despedido por no querer hacerse test de detección del coronavirus. Acusó a su empresa de vulnerar su intimidad personal, su integridad física e incluso de torturas y otros delitos. La patronal actuó prudentemente. Existe una causa totalmente razonable, ya que los ancianos son especialmente vulnerables. La prueba no es invasiva. Por una parte, las autoridades sanitarias habían dictado sus normas, que gozan de validez, pero por otra, la LPRL impone al empresario adoptar medidas para proteger a los trabajadores de los riesgos de su trabajo. No solo ha habido desobediencia, sino quiebra de la buena fe poniendo siempre en entredicho las órdenes empresariales. Es la mismo que con los reconocimientos médicos, que no precisan consentimiento.

Resumen de antecedentes y Sentido del fallo

El Juzgado de lo Social núm. 3 de Pontevedra desestima la demanda interpuesta y declara procedente el despido disciplinario.

XDO. DO SOCIAL N. 3

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00025/2022

-

RUA HORTAS S/N 3ª PLANTA 36004 PONTEVEDRA

Tfno: 986-80.56.83/84

Fax: 986-80.56.80

Correo Electrónico:

Equipo/usuario: MN

NIG: 36038 44 4 2021 0002684

Modelo: N02700

DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000674 /2021

Sobre: DESPIDO

DEMANDANTE/S D/ña: SARA

ABOGADO/A: LUIS MARIA PARDO RODRIGUEZ

DEMANDADO/S D/ña: representante legal RAFAEL en representación de SACENDI

ABOGADO/A: JOSE ANTONIO MENENDEZ FERNANDEZ-KELLY

SENTENCIA Nº 25

En Pontevedra, a 26 de enero de 2022

Vistos por D. FERNANDO CABEZAS LEFLER Magistrado Juez del Juzgado de lo Social Nº 3 de Pontevedra los presentes autos 674/21 seguidos a instancia de DOÑA SARA frente a la empresa SACENDI S.L. SERVICIOS SOCIOSANITARIOS sobre DESPIDO CON TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES, con intervención del MINISTERIO FISCAL

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En este Juzgado tuvo entrada en fecha 16 de noviembre de 2021 demanda presentada por la parte actora en la que tras alegar los hechos y fundamentos que entendió de aplicación solicitó que se dicte sentencia por la que declare la NULIDAD DEL DESPIDO con condena de la parte demandada a la readmisión del actor en las condiciones de trabajo que regían con anterioridad a producirse el despido, a que abone los salarios dejados de percibir por el trabajador desde la fecha del despido hasta aquel en

que se notifique la sentencia mas la condena al abono de una indemnización en cuantía de 65000€ en concepto de daños y perjuicios. Subsidiariamente para el supuesto de desestimación de la anterior pretensión, se declare la IMPROCEDENCIA DE LA DECISIÓN EXTINTIVA, condenando a la parte demandada a que readmita al actor en iguales condiciones de trabajo con abono de los salarios dejados de percibir o a su opción, le abone la indemnización legal.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se señaló para juicio el día 17 de enero de 2022, compareciendo la demandante asistida del Letrado Sr. PARDO RODRIGUEZ y por la empresa SACENDI S.L. SERVICIOS SOCIOSANITARIOS el Letrado Sr. MENENDEZ FERNANDEZ KELLY, no compareciendo el Ministerio Fiscal. Dada cuenta de la demanda, se pasó al acto del juicio en el que las partes manifestaron lo que tuvieron por conveniente en apoyo de sus pretensiones y abierto el periodo de prueba propuso la demandada la documental y testifical, interesando la parte actora la documental, continuando el juicio con el resultado que es de ver en el acta, quedando a continuación los autos conclusos y vistos para sentencia.

TERCERO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- Doña Sara con DNI001 vino prestando servicios para la empresa SACENDI S.L. SERVICIOS SOCIOSANITARIOS desde el 2 de diciembre de 2017, con categoría profesional de gerocultora y salario prorrate 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 Conselleria 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.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Solicita la parte actora como petición principal la declaración de nulidad de la extinción de su contrato por entender de conformidad con los artículos 55 del E.T. y 108.2 de la L.R.J.S. que se han vulnerado varios de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, debiendo de delimitar de forma ordenada el debate, pues en demanda se contienen varias situaciones que aun relacionadas, merecen un examen separado, comenzando por rechazar la infracción formal que se ampara en el artículo 55 del E.T. y que de conformidad con su apartado cuarto conllevaría de declaración de improcedencia, disponiendo citado precepto que *cuando el trabajador fuera representante legal de los trabajadores o delegado sindical procederá la apertura de expediente contradictorio, en el que serán oídos, además del interesado, los restantes miembros de la representación a que pertenezca, si los hubiese. Si el trabajador estuviera afiliado a un sindicato y al empresario le constase, deberá dar audiencia previa a los delegados sindicales de la sección sindical correspondiente a dicho sindicato.* Ahora bien, la empresa ya le puso de manifiesto en escrito de 13 de noviembre de 2019 que al tener menos de 250 trabajadores no cuenta con delegado sindical, circunstancia que no fue cuestionada y que fácilmente podría haber sido acreditada por la trabajadora, que en su demanda afirma que existe una delegada de la sección sindical de CIG al que está afiliada, con la correspondiente citación como testigo, no existiendo por tanto dicha figura en la empresa ni requiriéndose por tanto la apertura del expediente ni la audiencia previa de la delegada sindical, que no existe, debiendo de diferenciar esta figura de la simple afiliación o de la presencia del sindicato en la empresa con menos trabajadores, estableciendo el artículo 64 del E.T. que el comité de empresa, con la periodicidad que proceda en cada caso, tendrá derecho a ser informado, derecho de contenido diferente a la intervención previa, de todas las sanciones impuestas por falta muy grave.

SEGUNDO.- En cuanto a la petición de nulidad, comenzaremos por el argumento final expuesto en el apartado SEPTIMO de sus FUNDAMENTOS DE DERECHO en el que con cita de la sentencia del T.C. 10/2011 hace referencia a la garantía de indemnidad, no habiendo sin embargo en los HECHOS citado como vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva contemplado en el artículo 24 de la C. afirmando el Tribunal Constitucional en sentencias como la mencionada y otras anteriores 14/93, de 18 de enero y 54/95, de 24 de febrero, que este derecho no se satisface solo mediante la actuación de los jueces y tribunales, sino también a través de esta garantía, que conlleva que del ejercicio de acciones judiciales, o de los actos preparativos o previos al proceso, no puedan seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para quienes ejercen las acciones instando la actuación judicial, siendo que tal garantía es especialmente relevante en el ámbito de la jurisdicción social, dada la existencia de una relación de clara subordinación y dependencia de una de las partes del contrato, lo que supone que en este ámbito con mayor probabilidad pueda darse la situación de represalia que tal garantía constitucional intenta obviar. Esta garantía de indemnidad pretende así evitar que el ejercicio de una acción judicial por un trabajador contra su empresario, lleve aparejada directa o encubiertamente una represalia que le perjudique en el ámbito de su relación laboral, pasando así dicha garantía a formar parte del entramado esencial de derechos fundamentales, que le deben ser respetados al trabajador tras su incorporación a la empresa.

Por otro lado, en el plano procesal y probatorio, se ha venido consagrando en estos procesos de tutela la técnica de la inversión de la carga de la prueba, llevándose a cabo la distribución de la actividad probatoria, atendiendo en primer lugar a la desplegada por la parte demandante que entiende lesionado su derecho fundamental y en segundo lugar a la prueba de la parte demandada, que deberá probar la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada. El Tribunal Constitucional ha tenido también ocasión de señalar que en los casos en que se alegue que el despido es discriminatorio o lesivo de algún derecho fundamental del trabajador, y tal alegación tenga reflejo en hechos de los que resulte una presunción o apariencia de aquella discriminación o lesión, el empresario tiene la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable la decisión extintiva, precisando que no se trata de situar al empresario ante la prueba diabólica de un hecho negativo, como es la inexistencia de un móvil lesivo de derechos fundamentales, sino de acreditar que el despido obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito contrario al derecho fundamental en cuestión y ello por el respeto que merecen su reconocimiento y protección, no pudiendo anudarse al ejercicio de uno de estos derechos otra consecuencia que su reparación. *Esta dificultad probatoria hace que se distribuya la carga de la prueba en la forma mencionada, pues evidentemente, al trabajador le resulta en todo caso mucho más difícil averiguar cuál es la verdadera razón que lleva a la empleadora a la actuación de sus poderes de dirección en determinado sentido, apareciendo en ocasiones esas decisiones rodeadas de objetividad y razonabilidad que la hacen explicable y por tanto mucho más difícil averiguar y encontrar*

un móvil atentatorio a la libertad o derecho fundamental, debiendo de acudir a indicios que nos permitan suponer si esta intención y su reflejo en la decisión prohibida, existe. En palabras del T.C. (sentencia 151/2000), tendrán aptitud probatoria tanto los hechos que sean claramente indicativos de la probabilidad de la lesión del derecho sustantivo, como aquellos que, pese a no generar una conexión tan patente y resultar por tanto más fácilmente neutralizables, sean sin embargo de entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de la vulneración del derecho fundamental. Esto es, dicho en otras palabras, son admisibles diversos resultados de intensidad en la aportación de la prueba que concierne a la parte actora, pero deberá superarse inexcusablemente el umbral mínimo de aquella conexión necesaria, pues de otro modo, si se funda la demanda en alegaciones meramente retóricas o falta la acreditación de elementos cardinales para que la conexión misma pueda distinguirse, haciendo verosímil la inferencia, no se podrá pretender el desplazamiento del "onus probandi" al demandado. Por la misma razón, deberá de atenderse a todas las circunstancias anteriores, coetáneas e incluso posteriores a la actuación de la empresa para demostrar si esta es ajena a esa vulneración, siempre sobre la base que los derechos no son absolutos en sí mismos y que el ejercicio en el ámbito de la empresa debe de buscar una adecuada ponderación entre su garantía más absoluta, pues su eficacia no queda desvirtuada por esa integración del trabajador en una estructura empresarial y las facultades de organización que el ordenamiento jurídico atribuye al empresario.

TERCERO.- Para facilitar esta difícil tarea, la sentencia 11/1998, de 13 de enero del T.C (LA LEY 1407/1998). tiene establecido que la vulneración de derechos fundamentales no queda supeditada a la concurrencia de dolo o culpa en la conducta del sujeto activo o a la indagación de factores psicológicos y subjetivos de arduo control, siendo este elemento intencional irrelevante y bastando con constatar la presencia de un nexo de causalidad adecuado entre el comportamiento antijurídico y el resultado lesivo prohibido por la norma, afirmación que parece pues despojar a la conducta de ese componente subjetivo o de lograr un determinado resultado, añadiendo el citado Tribunal Constitucional en sentencia entre otras 17/2007 que la ausencia de prueba trasciende el ámbito puramente procesal y determina, en último término, que los indicios aportados por la parte demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del derecho garantizado.

Esta constatación es mucho más sencilla cuando la discrepancia ya se ha residenciado de alguna forma tangible, como cuando existe una reclamación judicial o extrajudicial o a través de la interposición de la papeleta de conciliación, no faltando resoluciones judiciales como la sentencia del T.S.J. de Madrid de 27 de marzo de 2006 que hacen gravitar esta garantía sobre la discrepancia y legítima solicitud del trabajador, como presupuesto ineludible de cualquier futura reclamación judicial, que califica de manifestación del ejercicio de un derecho fundamental, y como tal veda toda posibilidad de represalia empresarial con independencia de la existencia de la causa alegada desde el punto de vista de la legalidad

ordinaria. Sin embargo, otras sentencias como la del T.S.J. de Cataluña de 30 de enero de 2008, con una concepción más rigurosa, mantiene que el derecho a la tutela judicial efectiva, no puede confundirse con cualquier queja o reclamación verbal que haya podido formular el trabajador, postura que desde luego, supone una mayor seguridad a la hora de diferenciar una autentica reclamación de lo que en ocasiones no son sino intercambio de opiniones o planteamiento de determinados aspectos que sin embargo, no contienen una autentica carga reivindicativa. Y en este caso en la narración fáctica solo se contiene una referencia genérica a una papeleta de conciliación en agosto de 2019 y un expediente sancionador en septiembre del mismo año, habiendo transcurrido casi más de dos años, lapso temporal suficientemente amplio como para desvincular la decisión sancionatoria con aquellas actuaciones.

CUARTO.- Esa misma indefinición puede igualmente atribuirse a la denuncia de un acoso moral, que sin embargo no tiene un apoyo claro en hechos o situaciones que puedan integrarse en este concepto, limitándose a exponer una consideración doctrinal del mismo, pero poco más, no pudiendo atribuir esa intención discriminatoria o atentatoria a la integridad física a los sucesos descritos que no pasan de conflictos que están presentes en cualquier empresa que crea oportuno utilizar sus facultades sancionatorias o de organización. En este sentido, efectivamente el acoso moral ha sido objeto de estudio desde diferentes campos, incluso por la psicología, que lo ha definido en este ámbito como situaciones de hostigamiento a un trabajador frente al que se desarrollan actitudes de violencia psicológica de forma prolongada y que conducen a su extrañamiento social en el marco laboral, le causan alteraciones psicosomáticas de ansiedad, y en ocasiones, consiguen el abandono del trabajador del empleo al no poder soportar el stress al que se encuentra sometido. Este acoso se manifiesta a través de muy variados mecanismos, con ataques a la víctima por medio de implantación de medidas organizativas como el no asignar tareas, asignar tareas innecesarias, degradantes o repetitivas, asignar tareas imposibles de cumplir, medidas de aislamiento social, impedir las relaciones personales con otros compañeros de trabajo, con el exterior y sus formas de expresión presentan múltiples conexiones con la relación jurídica que entre empresario y trabajador configura el contrato laboral; así, en unos casos el empresario puede ser sujeto activo del acoso y en otros espectador, no por ello exento de responsabilidad, de situaciones entre compañeros de trabajo vinculados o no jerárquicamente, en las que se cause por una persona o incluso por el colectivo, ese hostigamiento a un determinado trabajador.

Descrito de esta forma el acoso moral, no cabe duda de que constituye un atentado a la integridad moral de las personas a quienes se somete a tratos degradantes que impiden el libre desarrollo de su personalidad y que desde esta perspectiva constituye una vulneración del derecho que protege el artículo 15.1 Constitución Española (LA LEY 2500/1978). La respuesta no siempre resulta sencilla, primero en el aspecto conceptual a la hora de diferenciar el acoso de lo que no es sino una situación de conflicto o de tensión en el trabajo y en segundo lugar en el plano fáctico o de la prueba, manteniendo la doctrina que

la ausencia de un planteamiento sistemático de comportamientos repetitivos frente al trabajador permite diferenciar el mobbing de aquellas otras situaciones que tienen su origen en el ejercicio por parte del empresario de su poder de dirección y organizativo, pues la presencia de cualquier conflicto no determina la existencia de un hostigamiento laboral, porque los problemas son inevitables, hablando de un tipo de situación comunicativa que amenaza infligir al individuo perjuicios psíquicos y físicos. Distingue, en este sentido, la sentencia del T.S.J. de Galicia de 12 de septiembre de 2002 entre lo que propiamente es hostigamiento psicológico con el defectuoso ejercicio, abusivo o arbitrario, de las facultades empresariales, pues mientras en el primero se agreden derechos fundamentales de la persona en el segundo se limita a comprometer estrictos derechos laborales, diferencia que extiende a la motivación para significar como mientras que en el hostigamiento se aprecia intención de perjudicar al trabajador, en el ejercicio indebido de la actividad directiva prima el mal entendido interés empresarial, debiendo de reservarse la primera de las calificaciones ha de reservarse para los casos en que hay un acoso sistemático, repetición de determinadas conductas con una cierta duración en el tiempo y puesta en práctica con la intención de minar la autoestima del trabajador, lo que se compone de una serie de actuaciones hostiles, que, tomadas de forma aislada, podrían parecer anodinas, pero cuya repetición constante tiene efectos perniciosos, situación asociada normalmente a la finalidad de hacerle romper la relación laboral, lo que no significa que la finalidad tenga que estar predeterminada, pues puede también establecerse y calificarse la situación cuando se encuadra la relación en unos parámetros de ataque, reproches y humillación repetida, deliberados, que aparentemente para el trabajador no resultan explicables, llegando a afirmarse que en este tipo de conductas incluso convive el beneficio por acosar con el sufrimiento de la víctima. No obstante, como ya se expuso, esta calificación ha de obtenerse de elementos que puedan objetivarse; no basta la alegación y la constatación de algunas conductas que han de ubicarse en el contexto, en el tiempo y analizar la sistematicidad de las mismas, su repetición y su contenido, lo que impone un análisis profundo sobre la concurrencia de los hechos que puedan llevar a concluir que tal situación es susceptible de ser calificada de acoso moral, descripción fáctica que en este caso no existe.

QUINTO.- *Realmente el peso de la fundamentación jurídica tiene su apoyo en un contexto muy definido como es la situación provocada por el COVID 19 y la multitud de normas dictadas para hacer frente a los problemas sociales, económicos y sanitarios que ello ha provocado, reprochando la actora la validez de la obligación impuesta por la demandada de realizar pruebas de detección del virus, de lo que deriva consecuencias tan dispares en su ámbito personal, como son una afectación a su honor, integridad física y una discriminación por sus creencias u opiniones sobre este tema, con vulneración de su libertad ideológica, entendiéndose que la cuestión fáctica sobre la negativa a someterse a los test de antígenos no es discutida.* En este sentido, a pesar de que en demanda se dice que los hechos imputados en la comunicación son genéricos e imprecisos, inciertos y falsos, de forma un tanto contradictoria afirma en

su apartado V que "NUNCA se ha negado a realizar las mismas pruebas que los demás trabajadores del centro, por lo que no puede haber indisciplina alguna, pero lo que si solicitó y le fue denegado repetidamente, fue el derecho legítimo a conocer por que se tenia que someter a dichas pruebas invasivas indiscriminadas de manera obligatoria" lo que en definitiva se traduce en esa desobediencia que entiende legitima. Por otro lado, la carta es del todo concluyente y precisa en cuanto a la descripción de las conductas atribuidas, que por otro lado no requieren de una mayor explicación, siendo no obstante una redacción que excediéndose de lo que es una simple narración de hechos, contiene igualmente aclaraciones y argumentaciones que dan sustento jurídico a su decisión, añadiendo que todo ello aparece acreditado por la declaración testifical prestada de forma veraz y convincente por la testigo y Directora del Centro Dña. Lucía. No hace falta profundizar en la justificación ofrecida por la empresa para exigir esas pruebas, tratándose de una residencia de ancianos, especialmente vulnerables a las consecuencias de un contagio, que fácilmente puede también extenderse a otros compañeros de trabajo, examinando a continuación de forma detenida los derechos fundamentales que se dicen vulnerados, comenzando por señalar que como razona la sentencia del T.S. de 5 de diciembre de 2003, el derecho a la libertad de empresa y el poder de dirección de la actividad laboral que tiene el empresario constitucional y legalmente reconocidos han de compatibilizarse con el respeto a los derechos fundamentales del trabajador, de los que sigue disfrutando cuando lleva a cabo trabajos por cuenta ajena; ahora bien, estos derechos no son en si mismos absolutos o incondicionados y deben de relacionarse con los que corresponden a terceros, entendiendo que en una primera aproximación la actuación de la empresa no supone una agresión a ninguno de los mencionados, ni siquiera con una concepción amplia de todos y cada uno de ellos. Así, el honor, entendido como un concepto jurídico indeterminado y subjetivo, que depende de las propias personas y de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento, respecto a la buena reputación y la fama y la honra de los individuos, no aparece en absoluto limitado o cuestionado en el relato de hechos de la demanda y parecidas reflexiones pueden hacerse respecto a la libertad ideológica regulada en el artículo 16 de la Constitución (LA LEY 2500/1978) y que tiene una vertiente íntima, como es el derecho de cada uno no sólo a tener su propia visión sobre cualquier tema, sino también todo tipo de ideas u opiniones, libertad que alcanza su trascendencia en su vertiente externa y se traduce en la posibilidad de compartirlas y transmitir las, entendiendo que en este supuesto no se cuestionan las creencias personales de la demandante, limitándose la empleadora a dar cumplimiento a la normativa sanitaria, no siendo en ningún momento obligada a declarar sobre su ideología o creencias. Es oportuno señalar que esta libertad de creencias o de opiniones tiene un alcance diferente en función de los ámbitos en los que se ejercite, existiendo algunos, como el sector de los tributos o en la reglamentación vial en los que nadie pone en duda que en caso de imponer esas obligaciones, con la coerción sancionatoria, exista una vulneración de la libertad ideológica a la hora de conceptuar esos deberes; otras situaciones ofrecen una mayor complejidad, como aquellas que pueden suponer una objeción de conciencia a una determinada norma y se configura como la facultad de oponerse, por

razones ideológicas, al cumplimiento de deberes establecidos de forma general por el ordenamiento, haciendo referencia la Constitución a dicha objeción con respecto al servicio militar y a la denominada "cláusula de conciencia" de los periodistas, extendiéndola también la doctrina del Tribunal Constitucional a la objeción de médicos y personal sanitario en relación con determinadas prácticas. No es el supuesto que nos ocupa y el límite a estos derechos reconocidos en el primer párrafo del artículo 16 lo constituye el orden público protegido por la ley, indicando que el Tribunal Supremo ha tenido ya ocasión de unificar doctrina en la Sentencia de la Sala 3ª de 11 de febrero de 2009 que afirma que no existe un derecho constitucional general a la objeción de conciencia, ni siquiera como proyección del artículo 16 de la Constitución, porque éste encuentra su límite en la Ley, oponiendo a la objeción de conciencia el artículo 9.1 de la Constitución al entender que lo contrario supondría hacer depender las normas de su conformidad a cada conciencia individual. Y en este sentido, en demanda se contienen abundantes pasajes sobre el tema de la pandemia, cuestionando la actuación de la empresa sobre la base de la falta de evidencia científica de determinadas situaciones, no estando ante un debate de esta naturaleza, sino algo más sencillo, como es el cumplimiento de las obligaciones que corresponde a trabajador y empresario, manteniendo el T.S. en sentencia de 28 de diciembre de 2006 que *parece indiscutible que la existencia de una relación contractual laboral entre empresario y trabajador genera un complejo de obligaciones y derechos recíprocos que condicionan el ejercicio de la libertad.*

No hay en definitiva prueba de que la opinión de la actora haya supuesto un tratamiento discriminatorio, desprendiéndose de su petición más bien lo contrario al sugerir, mediante la calificación de nulidad de la decisión sancionatoria, que se le exonere de una obligación impuesta al resto de compañeros de trabajo, teniendo en este caso la expresión "indiscriminada" todo su sentido a la hora de referirse sin distinción, a todos los trabajadores, estén o no vacunados. En este sentido, es preciso distinguir en el plano conceptual el principio constitucional de igualdad y la proscripción de la discriminación, pues aunque uno y otra tengan su sede en el artículo 14 de la Constitución citado en demanda y estén relacionados, presentan diferencias significativas, como ha establecido con reiteración la doctrina constitucional, que señala que el artículo 14 comprende dos prescripciones que han de ser diferenciadas: la primera, contenida en el inciso inicial de ese artículo, se refiere al principio de igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley por los poderes públicos; la segunda se concreta en la prohibición de discriminaciones y tiende a la eliminación de éstas en cuanto implican una violación más cualificada de la igualdad en función del carácter particularmente rechazable del criterio de diferenciación aplicado, utilizando un factor de distinción que merece especial rechazo por el ordenamiento y provoca una reacción más amplia, porque para establecer la diferencia de trato se toman en consideración condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista. Desde la perspectiva de la

igualdad, no toda diferencia de trato irrazonable o no justificada constituye una discriminación en el sentido que este término tiene cuando no se encuentra enumerado en la relación del artículo 14 de la Constitución Española (nacimiento, sexo, raza, convicciones ideológicas y religión), ni en las ampliaciones de los artículos 4.1c) y 17.1 Estatuto de los Trabajadores (estado civil, edad, condición social, afiliación sindical, lengua, parentesco y minusvalías) señalando la doctrina que el último inciso del artículo 14 de la C. al mencionar cualquier otra condición o circunstancia personal o social, ha de entenderse referido pese a su aparente amplitud, a condiciones que guarden analogía con las específicamente enumeradas en el mencionado precepto. Centrándonos en el examen de la discriminación, según sentencia del T.S.J. de Galicia de 13 de abril de 2007, cuando se alegue la vulneración del principio de igualdad han de superarse dos juicios: primero, el "juicio de identidad", es decir, la necesidad de acreditar la existencia de un nivel suficiente de similitud respecto a la situación de la que se invoca el agravio; y segundo el "juicio de racionalidad", es decir, debe tener una consistencia de *fumus boni iuris*, sin arbitrariedad. A la vez, la desigualdad únicamente es calificable de constitucional cuando se superan otros dos juicios: el "causal o finalista", es decir, cuando exista una causa "objetiva y razonable" conforme a criterios o juicios de valor generalmente aceptados; y el "de adecuación o proporcionalidad", cuando la medida adoptada y el resultado que produce son adecuados al fin pretendido y no resultan especialmente gravosos para los afectados. En este caso *no existe "agravio" y desde luego la utilización de los test obedece a una causa razonable, como avala la experiencia y la exigencia generalizada por todas las administraciones públicas, a los efectos de evitar que trabajadores contagiados, pero asintomáticos, puedan incorporarse al trabajo con el riesgo que ello supone.*

SEXTO.- En cuanto a la integridad física, debe de reiterarse que no se sanciona la decisión de no vacunarse, que la empresa asume, si no la no realización de pruebas cuya calificación de invasiva es más que dudosa, protegiendo este derecho a la persona contra cualquier atentado no sólo físico, sino también moral, afirmando el T.C. en sentencia 120/1999 que con él se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular, aunque no haya malestar, riesgo o daño para la salud, señalándose en el ámbito sanitario en el que se sitúa el conflicto, que el derecho a la integridad conlleva una facultad negativa, que implica la imposición de un deber de abstención de actuaciones médicas salvo que se encuentren constitucionalmente justificadas, y, asimismo, una facultad de oposición a la asistencia médica, en ejercicio de un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal, como distinto del derecho a la salud o a la vida (sentencia del T.C. 154/2002). Nuevamente hemos de referirnos a la colisión de derechos, recordando la doctrina constitucional que las limitaciones que se establezcan sobre un derecho fundamental para preservar otros derechos fundamentales protegidos no pueden obstruir el derecho más allá de lo razonable, de modo que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de

asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin perseguido y ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquel a quien se le impone y, en todo caso, respetar su contenido esencial. Esta conclusión vale para este y todos los derechos examinados, teniendo en cuenta la mínima entidad de la intervención sobre la persona de la trabajadora y la finalidad de las pruebas que no es otra que preservar la vida y la integridad física de terceras personas, no existiendo otra alternativa en la actualidad para averiguar si una persona es o no portadora del virus.

De esta forma, *la intimidad personal a la que también se alude en demanda, no aparece vulnerada*, teniendo el Tribunal Supremo dicho en sentencia de 21 de enero de 2019 que *en lo que afecta a la posible colisión de la imposición de los reconocimientos médicos con el derecho a la intimidad del trabajador, recordamos en aquellas sentencias que los derechos fundamentales no son ni ilimitados ni absolutos, es obvio que pueden ser sometidos a restricciones, por lo que el derecho fundamental a la intimidad personal puede ceder ante otros derechos y bienes constitucionalmente relevantes, siempre que la limitación que haya de experimentar esté fundada en una previsión legal que tenga justificación constitucional, se revele necesaria para lograr el fin legítimo previsto y sea proporcionada para alcanzarlo, y sea además respetuosa con el contenido esencial del derecho. Tras lo que concluimos que la restricción del derecho resulta necesaria sin que exista ninguna otra medida alternativa al reconocimiento médico para verificar el estado de salud del trabajador y existe proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y el beneficio que se pretende obtener (preservar la salud del propio trabajador; de sus compañeros de trabajo y de terceros que se relacionen con el trabajador por motivo de su relación laboral)*. La empresa, ante las manifestaciones de la demandante realizadas tras la solicitud de las pruebas, explica que *el tratamiento de datos está destinado única y exclusivamente a controlar la epidemia y poner a salvo a nuestros trabajadores y clientes. Y siempre con sujeción a los preceptos de la ley de protección de datos, añadiendo en un esfuerzo por dotar de cobertura jurídica su actuación, innecesario como ya se expuso, pero a la vez muy ilustrativo, que el Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, vigente en España, establece en su "considerando 46" que "el tratamiento de datos personales también debe considerarse lícito cuando sea necesario para proteger un interés esencial para la vida del interesado o la de otra persona física. En principio, los datos personales deben tratarse sobre la base del interés vital de otra persona física cuando el tratamiento no pueda basarse manifiestamente en una base jurídica diferente. Ciertos tipos de tratamiento pueden responder tanto a motivos importantes de interés público como a los intereses vitales del interesado, como por ejemplo cuando el tratamiento es necesario para fines humanitarios incluido el control de epidemias y su propagación o en situaciones de emergencia humanitaria, sobre todo en caso de catástrofes naturales o de origen humano*. Cita finalmente la excepción que el artículo

9 del Reglamento contiene a la prohibición del tratamiento de datos personales sobre la salud cuando sea necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social o para fines de medicina preventiva o laboral. Poco mas se puede decir, salvo apuntar que la instrumentalización de las pruebas, como declaró la testigo, se lleva a cabo con un ordenador proporcionado por la XUNTA DE GALICIA que lo utiliza solo una persona, garantizando con ello el tratamiento adecuado.

SEPTIMO.- A continuación, vamos a analizar los títulos que la empresa expone para exigir, con esa contundencia, la realización de las pruebas, existiendo una primera imposición que deriva de las *normas dictadas por la XUNTA DE GALICIA, que gozan en principio de una presunción de validez, no habiendo sido impugnada ante ningún Tribunal, debiendo no obstante advertir que la posible obligatoriedad de vacunarse que establece el convenio, si bien aparece consensuada y tiene una fundamentación plausible, no resulta decisiva, al menos como argumento general de eficacia. El protagonismo atribuido a esta administración en una situación de pandemia es esencial para comprender la actuación de la demandada, que sin ninguna duda, debe de acatar las correspondientes instrucciones, citándose el Protocolo Conjunto de la Conselleria de Sanidades y de la Conselleria de Política Social para el manejo de las crisis sanitaria provocada por el virus SARS COV2 (COVID 19) en las Residencias de Mayores y en otros centros socio sanitarios aprobado el 17 de noviembre de 2020* que sustenta el contenido de los correos remitidos a la Dirección del Centro en relación a la operativa y frecuencia temporal de las pruebas, de manera similar a otras normas anteriores, como el documento PLAN DE REACTIVACIÓN EN EL ÁMBITO SOCIOSANITARIO EN RELACIÓN CON LA INFECCIÓN POR EL VIRUS SARS-CoV-2 aprobado por el Consello da Xunta de Galicia el 15 de mayo de 2020 y modificado en la Comisión Clínica para la Gestión de la crisis sanitaria del COVID-19 el 15 de junio de 2020 y posteriores, que van acomodando las actuaciones a la propia evaluación de la pandemia. *Ciertamente la opinión que cada uno tenga sobre este particular podrá condicionar la manera de enfrentarse a esta situación, incluso la crítica a la gestión hecha por las autoridades o la empresa, pero lo que no cabe aceptar es que esa sola discrepancia pueda impedir la aplicación normativa, siendo relevante que exista esa imposición, que empresa y trabajador deben de acatar, llegando la trabajadora en sus comunicaciones a la empresa de acusarla veladamente de torturas y otros delitos, exceso que se reitera en demanda recurriendo a la cita de autores o enseñanzas de la Historia sobre la quema de libros o personas o su estigmatización que en este contexto de crisis sanitaria y al entender de este juzgador, no resulta afortunada.*

Seguramente por no apreciar vulneración de ningún tipo de derechos fundamentales, sino una actuación prudente y en sintonía con el resto de medidas dirigidas a preservar la salud, la XUNTA DE GALICIA no solicitó la autorización o ratificación judicial de este tipo de medidas en aplicación de lo dispuesto en el

artículo 10 de la L.J.C.A. incorporada mediante la disposición final segunda de la Ley 2/2020 de 18 de septiembre, que establece que corresponderá a la Sala de lo Contencioso Administrativo de los T.S.J. conocer 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 que implique la limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente, nueva competencia no exenta de cierta crítica en diferentes resoluciones como el Auto del T.S.J. de Galicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 20 de agosto de 2021 citada por la parte demandante y que fue anulado por el T.S. en sentencia de 14 de septiembre de 2021 que en relación a la justificación del pasaporte COVID y el derecho a la intimidad realiza algunas reflexiones que merece la pena transcribir, expresando que *no parece que pueda esgrimirse la prevalencia de este derecho frente al derecho a la vida y a la protección de la salud pública, toda vez que la información sobre si se ha recibido la vacuna o no, en momentos en los que se atraviesa una pandemia, es una pieza básica y esencial para impedir la propagación de la infección por el SARS-CoV-2 y, por tanto, de la preservación de la vida y la salud de todos. Es cierto que se trata de una información médica, pero las connotaciones que impone la situación de pandemia, el carácter masivo de la vacunación y la solidaridad que comporta la protección y ayuda entre todos, devalúa la preeminencia de la intimidad en este caso. Además no parece coherente que el derecho a la intimidad deba ceder frente a bienes jurídicamente protegidos como las investigaciones de la inspección tributaria, o la investigación de la paternidad, y sin embargo haya de resultar preferente y prevalente frente a circunstancias tan graves y desoladoras para la vida y la salud pública como las que acarrea la Covid-19.* Hasta tal punto nos encontramos ante un debate sometido a multitud de variables, que los primeros pronunciamientos de los Tribunales con ocasión de las iniciativas seguidas por la administración pública fueron precisamente dirigidos a examinar la ausencia de controles y medidas de prevención que los trabajadores solicitaban, encontrándonos en este caso precisamente con lo contrario. De esta forma, el T.S. ha convalidado diferentes actuaciones de las empresas dirigidas a garantizar la salud de los trabajadores en materias tales como la reordenación del tiempo de trabajo, rechazando las sentencias de 12 de mayo y 15 de julio de 2021 la existencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo, afirmando que *las medidas adoptadas por la empresa, como queda dicho, son consecuencia de la excepcional situación derivada del estado de alarma a consecuencia del COVID-19 y no constituyen una modificación sustancial de las condiciones de trabajo. La empresa se ha limitado a aplicar la normativa al respecto, a partir del Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria provocada por la COVID-19, coherenciándola con la normativa de prevención de riesgos, en todo caso, para preservar la vida y la integridad de los trabajadores ante esta situación excepcional y temporal, dentro del adecuado marco del poder de dirección y organización asignado a la empresa,* reconociendo el artículo 4.2 del E.T. el derecho de los trabajadores en la relación de trabajo, a su integridad física, disponiendo por su parte el artículo 14 de

la L.P.R.L. que los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo lo que supone, al entender del Alto Tribunal, *no sólo que tienen derecho a que se adopten medidas que garanticen su seguridad y salud, sino que éstas han de ser eficaces y, lógicamente, en consonancia con la correcta y adecuada información de que se dispone en cada momento. El mismo precepto impone al empresario el deber de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales de tal forma que en cumplimiento de este deber el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio. El empresario deviene así en garante de la seguridad y salud de los trabajadores en todos los aspectos, circunstancias o condiciones de trabajo. En demanda se contienen pasajes de otras resoluciones, sobre todo del orden contencioso administrativo con un objeto diferente al que nos ocupa, tratándose por otro lado, de una actuación que en absoluto resulta invasiva o contraria a ningún derecho fundamental, pues no se constata una entidad suficiente para afectar de forma grave y cierta a su vida, integridad física o psíquica ni afecta al contenido esencial del resto de los derechos, estando debidamente justificada, por lo que la necesidad de su ratificación judicial es más que dudosa, a diferencia de otro tipo de medidas que si pueden entrañar una restricción más significativa.*

OCTAVO.- *Esta referencia a la Ley de Prevención de Riesgos es el otro argumento decisivo y suficiente, que la empresa también cita en su extensa comunicación de despido, poniendo diferentes resoluciones el acento en esa facultad y obligación del empresario de suministrar las medidas de seguridad oportunas, afirmando la sentencia del T.S.J. de Aragón de 22 de septiembre de 2020 que el empresario, por su deuda de seguridad, tiene el deber de adoptar todas las medidas necesarias a fin de que los equipos de trabajo sean adecuados para el trabajo de forma que garanticen la seguridad de la salud y la seguridad de los trabajadores, proporcionándoles los EPIs adecuados, y estando el empresario obligado en el caso de los agentes biológicos a garantizar una vigilancia adecuada y específica de la salud de los trabajadores conforme a las pautas que determinen las autoridades sanitarias. Es más, el T.S. en sentencia de 17 de marzo de 2021 afirma a la hora de examinar el objeto de un procedimiento de tutela de derechos fundamentales como el que nos ocupa que la vulneración de las normas de prevención de riesgos laborales por parte de los deudores de seguridad, pueden vulnerar el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral de los trabajadores, cuando se acredite que dichos incumplimientos pueden provocar riesgos graves y ciertos para la vida e integridad física y psíquica de los trabajadores, entendiéndose dudoso que se pueda mantener con rotundidad la expresión contraria de que la observancia de estas normas puedan vulnerar esos mismos derechos de un trabajador. E l artículo 22 de la norma citada impone al empresario la obligación de garantizar a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo, estableciendo que tal vigilancia sólo podrá llevarse a cabo cuando el trabajador preste su consentimiento, teniendo no obstante carácter no voluntario la práctica de reconocimientos médicos, entre otros supuestos, en aquellos en los que su realización sea imprescindible para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir*

un riesgo para sí mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa, situación que sin ninguna duda concurre en el presente caso.

Ya desde una perspectiva de legalidad ordinaria, corresponde a continuación enjuiciar el uso que ha hecho la empresa de su potestad sancionadora, pues para poder mantener alguna conclusión sobre si el incumplimiento que manifiesta la conducta descrita por la empresa en su carta es de entidad suficiente para justificar la sanción de despido, resulta necesario su análisis, a fin de determinar si los actos imputados son de carácter culpable, afectan a deberes laborales y alcanza cotas de gravedad suficiente, pues sólo el incumplimiento contractual grave y culpable puede fundar dicha sanción, como establece el artículo 54 del E.T. siendo igualmente admitido que la facultad empresarial sancionadora debe acomodarse a la equidad y a los dictados de la buena fe, de manera que no pueden subsumirse mecánicamente los hechos en la norma, sino que deben apreciarse los factores concurrentes en el concreto supuesto objeto de examen, analizando la conducta imputable de tal suerte que resalten todos sus aspectos objetivos, subjetivos, antecedentes y coetáneos, pues la máxima sanción de despido sólo puede ser impuesta si queda de manifiesto que el trabajador la lleva a cabo con plena conciencia de que afecta al elemento espiritual del contrato, o con grave imprudencia, concluyendo, así, que hay que conjugar conducta, antecedentes, trascendencia y gravedad para adecuar acto y sanción para que exista una perfecta proporcionalidad entre los hechos, la persona y la sanción, que al tratarse de la más grave en el Derecho laboral, impone una interpretación restrictiva, pudiendo acordarse judicialmente que el empresario resulte facultado para imponer otras sanciones distintas de la de despido, si del examen de las circunstancias concurrentes resulta que los hechos imputados, si bien son merecedores de sanción, no lo son de la más grave, como es el despido, por no presentar los hechos acreditados, en relación con las circunstancias concurrentes, una gravedad tan intensa ni revestir una importancia tan acusada como para poder justificar el despido efectuado, autorización que ahora aparece contemplada en el artículo 108 1. de la L.R.J.S.

NOVENO.- La falta de desobediencia sancionada nos introduce de lleno en el debate sobre la posibilidad del trabajador de no acatar las órdenes del empresario, manteniéndose que solo se producirá un incumplimiento contractual, cuando aquella sea injustificada, por lo que se hace preciso determinar la posible justificación de la resistencia del trabajador, el llamado *ius resistentiae*, que en este y como ya se apuntó, la actora trata de hacer valer sobre la base de conocer y según palabras de su demanda, "con exactitud quien es el autor de semejantes instrucciones" en relación a los cribados masivos. En este sentido, el deber laboral básico de obediencia debe de completarse con lo dispuesto en el artículo 20 del E.T. que dispone que el trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue, añadiendo en su párrafo 2º que en el 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 o instrucciones adoptadas por aquél en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y en cualquier caso por los usos y costumbres. En definitiva, *en el caso de la desobediencia, a la conducta del trabajador deben unirse elementos caracterizadores relativos a la orden incumplida y el carácter justificado o injustificado de la misma, como anteriormente se ha indicado. De este modo, el poder de organización del trabajo no consiste en una facultad que pueda ser ejecutada de forma absoluta e indiscriminada, de manera que no puede admitirse ni la arbitrariedad ni el abuso de derecho en las órdenes emanadas de la empresa, pues dicha facultad se justifica en función del buen funcionamiento de la misma.* En palabras de la sentencia del T.S.J. de Galicia de 9 de octubre de 2012, los principios de buena fe y lealtad han de presidir las relaciones recíprocas del empresario con el trabajador hasta el punto de ser inspiradores del actuar de uno y otro, con la finalidad de evitar que aquél, el empresario, dé órdenes inadecuadas y no concordes con el mejor servicio de la empresa en cuanto unidad de producción, precisada de una rectoría no arbitraria ni omnímoda. De ahí que el legislador haga referencia al ejercicio regular de las facultades directivas que no se extiende a las órdenes que resulten caprichosas o totalmente extrañas a sus obligaciones laborales. En contrapartida al ejercicio regular de las facultades directivas, la orden empresarial goza de presunción de legitimidad hasta que se demuestre o acredite lo contrario y por ello debe ser ejecutada y esta ejecutividad se extiende a órdenes de todo tipo, tanto si se trata de aquellas que sean una consecuencia de la prestación laboral, como de aquellas otras que deriven del propio vínculo laboral y de las facultades empresariales, declarando también la doctrina de los Tribunales, que el trabajador debe obedecer las decisiones del empresario que se encuentren dentro del marco del ejercicio regular de sus facultades directivas e incluso debe cumplirlas en el supuesto de que las considere desacertadas o incorrectas, pues las ha de acatar para no incurrir en indisciplina o desobediencia sancionable, sin perjuicio de que pueda utilizar los medios legales procedentes contra ellos ante los órganos judiciales competentes, y por el cauce que corresponda. *Se mantiene así el principio solve et repete por cuya virtud el trabajador tiene el deber primordial de obedecer y cumplir la orden recibida y, si es el caso, la facultad de reclamar contra la misma. Y únicamente ampara al trabajador un derecho de resistencia, en supuestos de órdenes radicalmente viciadas de ilegitimidad o antijuricidad; calificación reservada por nuestros Tribunales para aquellas que atentan manifiestamente al orden penal, para aquellas órdenes peligrosas, con grave riesgo para la salud o integridad física del trabajador, con manifiesto y objetivo abuso de derecho o con derivación de irreparable perjuicio o grave daño para la integridad o dignidad personal del trabajador. De lo contrario, el trabajador se erigiría en unilateral definidor del contenido de sus obligaciones, sin acudir a los mecanismos e instrumentos legalmente previstos para la eventual defensa de su derecho y ello rompería el más elemental principio de disciplina empresarial.* Así pues, conforme a la doctrina de nuestros Tribunales Superiores de Justicia, los principales fundamentos de derecho de resistencia del trabajador frente a una orden empresarial serían:

a) la seguridad y salud en el trabajo, b) los derechos fundamentales del trabajador, c) la ilegalidad de la orden empresarial.

Ninguna de estas circunstancias concurre en el caso que nos ocupa a tenor de lo razonado, siendo oportuno en este apartado precisar el alcance de la obligación de recabar el consentimiento del trabajador para la realización de reconocimientos o análisis médicos y por otro lado el carácter obligatorio o voluntario de los mismos, pues en palabras de la sentencia del T.S.J. de Canarias -Santa Cruz de Tenerife- de 13 de junio de 2017 *una cosa es que se pida autorización al trabajador antes de realizarle cualquier reconocimiento médico o analítica, autorización que como regla general se ha de recabar siempre, por tratarse de una invasión de la intimidad del trabajador; y otra que el reconocimiento o analítica, a la que se pide o invita al trabajador someterse, sea voluntaria u obligatoria, pues en el primer caso la negativa del trabajador a someterse a la misma no le puede deparar perjuicio dentro de la relación jurídica laboral, mientras que si el reconocimiento o analítica es obligatoria, la negativa injustificada a someterse a la misma puede tener, dentro del contrato de trabajo, consecuencias de índole disciplinaria (...)* Por lo que, para garantizar que el trabajador se someta voluntariamente a los reconocimientos médicos legalmente obligatorios, y dar en definitiva efectividad a ese carácter obligatorio respetando al propio tiempo los derechos constitucionales en juego, se puede asociar, a la negativa injustificada a tal sometimiento, una coerción jurídica consistente por ejemplo en sanciones disciplinarias previamente establecidas en la normativa aplicable y por ello conocidas o debidas conocer por el trabajador, sanciones que resultarán legítimas si también son legítimos y constitucionalmente relevantes los intereses que justifiquen la obligatoriedad del reconocimiento médico. La actitud de constante cuestionamiento de las instrucciones de la empresa, dudas sobre su competencia y entorpecimiento continuo de su actuación puestas de manifiesto en los correos remitidos de fechas 24 de junio y 9 de agosto de 2021 tienen mucho que ver con la quiebra de la buena fe que también se imputa a la demandante, apuntando que la trasgresión de la buena fe, constituye una actuación contraria a los especiales deberes de conducta que deben presidir la correcta ejecución del contrato, previstos legalmente en los artículos 5) a y 20. 2 del E.T. y que es consustancial al contrato de trabajo, pues su naturaleza genera derechos y obligaciones recíprocos, que se traduce en una exigencia de comportamiento ético, acorde a una serie de valoraciones objetivas, que limita o condiciona el ejercicio de los derechos subjetivos, y que se concreta en valores que pueden traducirse por lealtad, honorabilidad, probidad y confianza, estando la esencia de su incumplimiento no tanto en la causación de un daño, sino en el quebranto de los anteriores valores, por lo que a pesar de la inexistencia de perjuicio alguno a la empresa, siendo un elemento a considerar y ponderar en orden a su gravedad, no se enerva la transgresión, para cuya consideración también deben valorarse las condiciones personales y profesionales del trabajador y la confianza depositada en el mismo. *A esa constatada desobediencia se le suma pues esa falta de colaboración cercana al enfrentamiento por una cuestión personal, acudiendo*

al comportamiento del resto de la plantilla como un elemento de juicio más a la hora de identificar cual es la actuación adecuada, que no es otra que asumir como necesarias las pruebas solicitadas a los trabajadores para garantizar su salud y la de los residentes, a lo que hay que añadir las posibles consecuencias sancionatorias que pudieran imponerse a la empresa por el incumplimiento de estas normas administrativas y de seguridad y la falta de confianza que la falta de control pudiera generar a los usuarios, no dejando otra alternativa a la empleadora que prescindir de los servicios de la demandante, razones estas que nos llevan a la desestimación de su demanda.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Desestimando la demanda interpuesta por DOÑA SARA frente a la empresa SACENDI S.L. SERVICIOS SOCIOSANITARIOS absuelvo a la demandada de las pretensiones ejercitadas en su contra.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber de qué contra la misma cabe interponer recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en un plazo de cinco días, conforme disponen los artículos 194 y siguientes de la L.R.J.S.

Así lo pronuncio, mando y firmo.

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.