



Roj: **STSJ GAL 7579/2022 - ECLI:ES:TSJGAL:2022:7579**

Id Cendoj: **15030340012022105265**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **14/11/2022**

Nº de Recurso: **3602/2022**

Nº de Resolución: **5132/2022**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARTA MARIA LOPEZ-ARIAS TESTA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL

A CORUÑA

SENTENCIA: 05132/2022

-

PLAZA DE GALICIA, S/N

15071 A CORUÑA

Tfno: 981-184 845/959/939

Fax:

Correo electrónico:

NIG: 32054 44 4 2022 0000180

Equipo/usuario: MF

Modelo: 402250

SECRETARIA SRA.IGLESIAS FUNGUEIRO

RSU RECURSO SUPLICACION 0003602 /2022-MFV

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000047 /2022

RECURRENTE D Bernardino

ABOGADO/A: SERVANDO GIRALDO MARTINEZ

RECURRIDO: AGUASORENSE SL

ABOGADA: FATIMA MARIA SALGADO CARBAJALES

ILMO. SR.PRESIDENTE:

D. LUIS F. DE CASTRO MEJUTO

ILMOS/AS SRES/AS MAGISTRADOS/AS:

D. JOSÉ ELÍAS LÓPEZ PAZ

D^a. MARTA LÓPEZ-ARIAS TESTA

En A CORUÑA, a catorce de noviembre 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 3602/2022, formalizado por el Letrado D. Servando Giraldo Martínez, en nombre y representación de Bernardino, contra la sentencia número 200/2022 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 4 de OURENSE en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 47/2022, seguidos a instancia de Bernardino frente a AGUASORENSE SL, con intervención del Ministerio Fiscal, siendo Magistrado-Ponente la Ilma Sra D^a MARTA MARIA LOPEZ-ARIAS TESTA.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D Bernardino presentó demanda contra AGUASORENSE SL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 200/2022, de fecha treinta y uno de marzo de dos mil veintidós.

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: " **1.-** El actor presta servicios para la demandada dedicada a la actividad de venta y reparto de bebidas con categoría de oficial de segunda repartidor, antigüedad de 17 octubre 2018 y salario mensual bruto y prorrateado de 1209,99 euros (hecho conforme). **2.-** El 3 diciembre 2021 le fue entregada al actor carta de despido disciplinario del siguiente tenor literal, en lo que interesa (folio 5): "En Pereiro de Aguiar, a día 3/12/2021 El motivo de la presente, es comunicarle que según se recoge en el Estatuto de los Trabajadores artículo 55.1 la empresa procede a su despido disciplinario en base a los hechos probados descritos en el mencionado Estatuto de los Trabajadores artículo 54.2, consistentes en: Indisciplina o desobediencia en el trabajo Transgresión de la buena fe contractual En fecha 25.11.2021 y días posteriores, la empresa les ha comunicado la necesidad de disponer de pasaporte Covid o Certificado Covid para poder continuar con el desarrollo de nuestra actividad, tal y como exige la actual legislación, es necesario portar carnet de vacunación para poder entrar en los centros de trabajo a realizar el reparto de nuestro producto, (tanto en empresas como en colegios) dicha exigencia está establecida por la normativa en nuestra comunidad autónoma y es de obligado cumplimiento. De ahí que nuestros clientes, nos exijan portar el certificado de vacunación para acceder a sus instalaciones. Dada su negativa a cumplir con dicha exigencia, es por lo que la empresa se ve en la obligación de proceder a su despido disciplinario. Así mismo, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 49.2 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores aprobado por el Real Decreto Legislativo de 2/2015 se le acompaña la propuesta del documento de liquidación de retribuciones que tiene pendientes de abono y que está a su disposición en las oficinas de esta empresa.". **3.-** El mismo día 3 de diciembre, durante la jornada, el empresario preguntó al actor si se había vacunado, diciéndole el actor que no y que no quería vacunarse. El empresario le contestó que si no se vacunaba le despediría (grabación de audio en sobre al folio 16). **4.-** El actor se encargaba del servicio de reparto de agua a domicilio con una furgoneta, teniendo asignada una ruta en que también repartía agua en Portugal (de demanda y testifical). Diversas empresas clientes y clientes particulares comunicaron a la demandada en torno a las fechas del despido que para entrar en sus centros de trabajo y domicilios exigirían "pasaporte covid" (folios 17 a 21). **5.-** No consta condición representativa del actor (de demanda sin oposición)".

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: " **FALLO:** Que debo declarar y declaro procedente el despido del actor y en consecuencia desestimo la demanda presentada por D. Bernardino y en virtud de ello absuelvo a AGUAS OURENSE S.L. de las peticiones deducidas en su contra".

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por Bernardino 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 21 de junio de 2022.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló día 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.- Frente a la sentencia de instancia, que desestimó la demanda presentada por la parte actora en la que solicitaba que se declarara la nulidad de su despido y se condenara a la demandada a readmitir al demandante con abono de los salarios dejados de percibir, así como al pago de la indemnización de 10.000 € en concepto de indemnización de daños y perjuicios, o, subsidiariamente que se declarara su improcedencia y se condenara a la empresa a readmitir al trabajador con abono de los salarios dejados de percibir o se le abonara la indemnización que legalmente le correspondiera, interpone recurso de suplicación dicha parte en el que alega la infracción de las normas jurídicas y de la jurisprudencia.

El recurso ha sido impugnado por la parte demandada.

SEGUNDO.- Alega la parte recurrente que la sentencia dictada en la instancia infringe los arts. 55-1 y 54-2 del Estatuto de los Trabajadores. Se señala que en la carta se atribuye al demandante, por su negativa a vacunarse contra el Covid-19, indisciplina o desobediencia en el trabajo y transgresión de la buena fe contractual debido a la necesidad de disponer de certificado Covid para desarrollar su actividad laboral, exigencia que niega la parte recurrente, que destaca que la vacunación es un derecho básico de los ciudadanos y que todo paciente o usuario tiene derecho a negarse a un tratamiento (en este caso, a vacunarse), bajo el principio del consentimiento informado, por lo que los citados incumplimientos no se habrían producido.

La denuncia prospera. La carta de despido fundamenta el cese del demandante en la indisciplina y desobediencia en el trabajo, así como en la transgresión de la buena fe contractual que, según se expone en la carta, derivan de los siguientes hechos:

"En fecha 25.11.2021 y días posteriores, la empresa les ha comunicado la necesidad de disponer de pasaporte Covid o certificado Covid para poder continuar con el desarrollo de nuestra actividad, tal y como exige la actual legislación, es necesario portar carnet de vacunación para poder entrar en los centros de trabajo a realizar el reparto de nuestro producto, (tanto en empresas como en colegios) dicha exigencia está establecida por la normativa en nuestra comunidad autónoma y es de obligado cumplimiento. De ahí que nuestros clientes, nos exijan portar el certificado de vacunación para acceder a sus instalaciones.

Dada su negativa a cumplir con dicha exigencia, es por lo que la empresa se ve en la obligación de proceder a su despido disciplinario."

Se señala en los hechos probados que el demandante comunicó, en la misma fecha del despido, que no se había vacunado, y que no pensaba hacerlo, y el empresario le comunicó que si no se vacunaba le despediría; También se expresa que el demandante se encargaba del servicio de reparto de agua a domicilio con una furgoneta y que tenía asignada una ruta en la que también repartía agua a Portugal, así como que diversas empresas clientes y clientes particulares comunicaron a la empresa en torno a las fechas del despido que para entrar en sus centros de trabajo y domicilios exigían "pasaporte covid". Entendemos que, de acuerdo con estos hechos probados, el despido no está justificado. La empresa adopta la decisión, de acuerdo con la carta, por la negativa del trabajador a vacunarse, y aduce la normativa de aplicación en la Comunidad Autónoma y la exigencia de sus clientes de que ha de portarse el certificado de vacunación para acceder a las instalaciones. No se hace ninguna referencia en la carta de despido a que el demandante realice una ruta de reparto en el territorio portugués (existían restricciones para la movilidad intracomunitaria si no se disponía de certificado Covid), por lo que esta cuestión no puede fundamentar el despido al no constar en la carta. Tampoco existía normativa, en dicha fecha, que exigiera la necesidad de vacunación para acceder a ninguna empresa o instalación (ni siquiera a los colegios, en los que se instauraron protocolos por lo que no se permitía generalmente la entrada de personas externas, estuvieran o no vacunadas, diferentes a los profesores y alumnos, pero nunca se estableció como requisito de entrada el certificado de vacunación, al margen de las normas sobre uso obligatorio de la mascarilla, ventilación frecuente, lavado de manos o distancia social) a tales efectos de reparto, ya que la exigencia del certificado de vacunación era para la entrada (y consumición, sin mascarilla) en establecimientos de hostelería (Orden de 25 de noviembre de 2021, publicada en DOG en la misma fecha). Otra cosa eran las medidas de seguridad consistentes en portar mascarilla, utilizar gel hidroalcohólico y mantener las distancias de seguridad, acerca del cumplimiento de las cuales por el trabajador no se hace referencia en la carta de despido.

El hecho de que diversas empresas y clientes particulares hubieran comunicado a la empresa que para entrar en sus centros de trabajo y domicilios exigirían "pasaporte covid", como se establece en el hecho probado cuarto, no impide alcanzar esta conclusión, por lo que luego se dirá y porque ni consta el número de clientes que así se manifestaron ni su incidencia en las rutas que llevaba a cabo el demandante, sin olvidar que nada impide al empresario modificarlas y enviar al trabajador a realizar aquellas en las que los clientes no expresen esa exigencia.

No cabe identificar la negativa del demandante a vacunarse con indisciplina o desobediencia en el trabajo pues la vacunación es un derecho del ciudadano, pero ninguna norma la impone, y, precisamente, la autonomía del paciente es un principio informador de las actuaciones en el ámbito de la sanidad, de acuerdo con el conjunto de preceptos que recoge la Ley 41/2002. En segundo lugar, **nada tiene que ver la aceptación o no de la vacunación con la actividad laboral del demandante**, se trata de una cuestión que es ajena al trabajo, y, por tanto, el empresario nada puede ordenar en este sentido al trabajador pues, ha de significarse también, que ni siquiera la vacunación, como ya era conocido en el momento del despido, y al margen de sus beneficios para evitar la evolución más grave de la dolencia, podía impedir los contagios. Para que pueda sancionarse la desobediencia o indisciplina del trabajador con la sanción más grave, que es el despido disciplinario, ha de ser grave, es decir, en abierta contradicción con la orden empresarial, culpable, por tanto fruto de una decisión voluntaria y consciente de éste, trascendente para el interés de la empresa e injustificada, punto en el que es de aplicación la teoría gradualista, por lo que han de tenerse en cuenta las circunstancias concurrentes y establecer una sanción proporcional y adecuada al hecho. Elementos que en el caso de autos no podemos entender concurrentes por lo que ya hemos expuesto y por lo que se señalará en el fundamento tercero.

En cuanto a la transgresión de la buena fe, que también se establece en la carta de despido, tampoco se aprecia, pues ésta constituye una actuación contraria a los especiales deberes de conducta que deben presidir la correcta ejecución del contrato, previstos legalmente en los arts. 5 (a y 20-2 del ET. Como señala reiteradamente la jurisprudencia, la buena fe es consustancial al contrato de trabajo, pues su naturaleza genera derechos y obligaciones recíprocos, lo 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.

La esencia de su incumplimiento no está en la causación de un daño, sino en el quebranto de los anteriores valores, por lo que, aunque no existiera perjuicio económico alguno para la empresa, no se enerva la transgresión, para cuya consideración también deben valorarse las condiciones personales y profesionales del trabajador y la confianza depositada en éste. Añade la jurisprudencia que tampoco es necesaria la concurrencia de dolo en la conducta entendida como conciencia y voluntad en su realización, pues basta que los hechos se produzcan de manera culpable, si la culpa es grave e inexcusable, para estimar cometida la infracción de la norma (sentencias del Tribunal Supremo de 18 de mayo 1987, 30 de octubre 1989, 14 febrero 1990 y 26 febrero 1991), si bien en este caso, dada la reiteración con la que se producen los hechos, ha de entenderse que existe plena intención del demandante y que no son achacables a un simple descuido.

En definitiva, que la relación laboral, genéricamente, pero también en unos casos más que en otros, exige una confianza entre las partes que se quiebra por la realización de conductas que denotan engaño u ocultación, en la medida en que hacen tambalear los cimientos de esa confianza. Pero, en el caso concreto examinado, no se identifica la conducta del trabajador con el quebranto de la buena fe contractual que debe presidir la relación laboral, pues el demandante ha ejercido una opción legítima como es la de no vacunarse, vacunación que el empresario no puede imponerle al ser una decisión propia de su ámbito personal.

TERCERO.- Plantea la parte recurrente como solicitud principal la nulidad del despido por vulneración de los derechos fundamentales, en concreto de los recogidos en los arts. 15 y 18 de la Constitución.

Como ya se ha adelantado, no está justificada la orden empresarial de vacunarse, dirigida al trabajador, y, por ende, la orden de aportar certificado de vacunación. Cuando el empresario emite 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 concurran 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.

La sentencia de esta Sala de lo Social del TSJ de Galicia de fecha 4 de julio de 2022 se refiere, precisamente, al derecho del trabajador a resistirse a determinadas órdenes del empresario en los siguientes términos:

"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 situación que se evalúa en el presente procedimiento es de mayor entidad en lo que se refiere a la vulneración de los derechos fundamentales y, en concreto, del derecho a la intimidad del demandante, quien no está obligado a proporcionar datos acerca de su salud al empresario, ni su legítima (equivocada o no, eso no podemos valorarlo) elección por no vacunarse, que afecta al ámbito de su vida personal, puede constituir causa o motivo de despido alguno. Hemos de decir, por otro lado, que la actividad laboral del demandante tampoco era motivo, por su naturaleza, para una especial intervención de la empresa en tal sentido, al no precisar un contacto estrecho y duradero en el tiempo con colectivos especialmente vulnerables, como el de personas ancianas o con enfermedades de base. Por todo lo expuesto, procede la estimación del recurso presentado y la declaración de nulidad del despido del demandante que en él se solicita.

CUARTO.- En lo que se refiere a la petición de indemnización de daños por vulneración de derechos fundamentales, no se señalan circunstancias que puedan servir para su fijación, pero ello no impide que haya de existir un pronunciamiento al respecto, pues la vulneración ocasiona un daño moral en todos los casos.

Las sentencias de la Sala de lo Social del TS de 17 de diciembre de 2013, 8 de julio de 2014, 2 de febrero de 2015, 26 de abril de 2016 y de 12 julio de 2016 señalan a este respecto (arts. 179-3, 182-1. d, 183-1 y 2 LRJS) que 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..."

Y ello, en el caso de autos, atendidas las circunstancias concurrentes, y el contexto de pandemia en el que se produce la actuación empresarial, conduce a fijar, de modo prudencial, la indemnización por daño moral del demandante en la cantidad de 7.000 €, que estimamos adecuada tanto para reparar el perjuicio ocasionado al demandante con la pérdida del empleo, como para prevenir situaciones futuras similares.

FALLAMOS

Que, con estimación del recurso interpuesto por D. Bernardino contra la sentencia de fecha 31 de marzo de 2022, dictada por el Juzgado de lo Social 4 de Ourense en autos 47/2022, procedimiento de despido con vulneración de derechos fundamentales seguido a instancia de dicho demandante contra la empresa AGUAS OURENSE S. L., con intervención del Ministerio Fiscal, la Sala la revoca, declara la nulidad del despido del demandante y condena a la empresa demandada a la readmisión con abono al demandante de los salarios dejados de percibir desde el despido hasta la efectiva readmisión a razón de 39,78 €/día, así como al pago al demandante de la indemnización por daño moral de 7.000 €.

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.