

EL «DERECHO DE RESISTENCIA» DEL TRABAJADOR POR MOTIVOS DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

MANRIQUE COS EGEA

*Doctor en Derecho. Profesor Asociado.
Universidad de Murcia*

Extracto:

EL objeto del presente estudio es analizar el denominado *derecho de resistencia* del trabajador por razones de seguridad y salud en el trabajo. Una de las notas que definen de manera característica el trabajo objeto de un contrato de trabajo es la de dependencia, de forma que el trabajador desarrollará su prestación laboral dentro del ámbito de organización y dirección del empresario –art. 1.1 ET–. Ahora bien, el poder de dirección del empresario –art. 20.2 ET– no es absoluto, sino que ha de ejercerse dentro de los límites que conforma la legislación laboral.

Por tanto, el deber de obediencia del trabajador –art. 5 c) ET– no puede suponer, en contra de lo postulado por el principio *solve et repete*, la obligación de cumplir de manera inmediata las órdenes empresariales, al margen de su legalidad. A lo largo de este trabajo se tratará el derecho del trabajador a desobedecer legítimamente aquellas órdenes empresariales que resulten irregulares al generar su cumplimiento una situación de riesgo para la vida e integridad del trabajador.

Palabras clave: derecho de resistencia, deber de obediencia, poder de dirección y seguridad y salud en el trabajo.

THE «RIGHT OF RESISTANCE» BASED ON WORKER SAFETY AND HEALTH AT WORK

MANRIQUE COS EGEA

*Doctor en Derecho. Profesor Asociado.
Universidad de Murcia*

Abstract:

THE aim of this study is to analyze the so-called workers' *right of resistance* for health and safety at work. One of the notes typically define the work under a contract of employment is dependent, so that the worker will develop its work performed within the organization and management of the employer –art. 1.1 ET–. Now management power –art. 20.2 ET– is not absolute, but must be exercised within the limits of labour laws. Therefore, the duty of obedience of the worker –art. 5 c) ET– can not assume, contrary to that suggested by the principle of *solve et repete*, the obligation to fulfill immediately employer's orders, regardless of its legality. Throughout this paper we study the worker's right to refuse unsafe work.

Keywords: right of resistance, the duty of obedience, management power and health and safety at work.

Sumario

- I. El *derecho de resistencia* por motivos de seguridad y salud como límite al poder de dirección del empresario.
- II. Reconocimiento judicial del *ius resistentiae* basado en razones de seguridad y salud.
 1. Doctrina judicial sobre situaciones de riesgo derivadas de las condiciones personales del trabajador.
 2. Doctrina judicial sobre situaciones de riesgo derivadas de la falta de formación/capacitación del trabajador.
 3. Doctrina judicial sobre situaciones de riesgo derivadas de las propias condiciones de trabajo.
 4. Desobediencia injustificada por inexistencia de riesgos para la seguridad y salud: aplicación de la «teoría gradualista» y procedencia del despido.
- III. Reconocimiento normativo del *ius resistentiae* basado en razones de seguridad y salud: el artículo 21.2 de la LPRL.
 1. Antecedentes normativos.
 2. El artículo 21.2 de la LPRL y la «laboralización» del derecho fundamental a la vida e integridad física y moral (art. 15 CE).
 3. Requisitos para el válido ejercicio del derecho individual de paralización y consecuencias derivadas del mismo.
- IV. Conclusiones.

I. EL DERECHO DE RESISTENCIA POR MOTIVOS DE SEGURIDAD Y SALUD COMO LÍMITE AL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO

Desarrollando el trabajador su prestación laboral dentro del ámbito de organización y dirección del empresario (art. 1.1 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores –ET–), tiene aquel, como deber básico, el cumplir las órdenes e instrucciones que este emita en el ejercicio regular de sus facultades directivas [art. 5 c) ET] –el llamado «deber de obediencia»–.

La razón de esta subordinación del trabajador al empresario en cuanto a la ejecución de su prestación laboral la encontramos en la propia naturaleza de la relación de trabajo¹, no siendo el deber de obediencia sino «la vestidura formal, como obligación jurídica del trabajador, de la natural manera de ser y desarrollarse el trabajo objeto del Derecho del Trabajo»².

En efecto, la relación laboral se caracteriza como un contrato de tracto sucesivo, en la que no es posible determinar a priori de manera absoluta las prestaciones que integran la relación laboral. De esta forma, la satisfacción íntegra del derecho de crédito del empresario a obtener los frutos del trabajo del trabajador requiere que, a la determinación inicial de la obligación del trabajador operada en el pacto contractual de manera genérica –a través del encuadramiento del trabajador a un grupo

¹ MONTROYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1965, pág. 36. Señala este autor (pág. 49) que, dados los caracteres de la relación laboral (trabajo prestado por cuenta ajena y con un carácter continuo, personal y de prestación de hacer), la necesidad de que el acreedor de la prestación de trabajo «esgrima una potestad de dirección sobre ella viene a ser un principio de biología jurídica».

² ROMÁN DE LA TORRE, M.D.: *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Valladolid: Ediciones Grapheus, 1992, pág. 348.

profesional (art. 22.5 ET)–, se acompañe la determinación de las concretas obligaciones que tendrá que ir cumpliendo el trabajador a lo largo de la relación laboral. Esta concreción de la prestación laboral corresponde al empresario a través del ejercicio de su poder de dirección³.

Así, la expresión típica del poder directivo consiste en dirigir las singulares prestaciones de cada trabajador contratado⁴, que viene obligado a «realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien este delegue» (art. 20.1 ET) y debe, en el cumplimiento de esta obligación, la diligencia y colaboración en el trabajo que marquen, además de las disposiciones legales y convenios colectivos, las órdenes o instrucciones adoptadas por el empresario en el ejercicio regular de sus facultades de dirección (art. 20.2 ET).

Prestado en el «ámbito de organización y dirección del empresario» (art. 1.1 ET), el trabajo objeto de la prestación laboral es, así, un trabajo dependiente o subordinado, siendo precisamente, tal y como han señalado APARICIO y BAYLOS, la extensión de esta subordinación «el tema central del Derecho del Trabajo y la razón de su existencia, la implicación de la persona del trabajador en la relación de trabajo, de donde la necesidad intrínseca de limitar los poderes empresariales y restringir el sometimiento del trabajador al poder empresarial»⁵.

Pero es lo cierto que, en un primer momento –en aplicación de los arts. 69 y 77 b) de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944–, la jurisprudencia, al analizar el alcance del deber de obediencia del trabajador, llevó a cabo, sin una base jurídica sólida dentro de la lógica contractual⁶, una interpretación extensiva del citado deber a través de la articulación del principio *solve et repete*. Según este principio, y con base en la necesidad de mantener la disciplina necesaria para la organización del trabajo en la empresa y a la inconveniencia de que sea el propio trabajador quien se erija en definidor de sus propias obligaciones, debe este cumplir desde un primer momento la orden empresarial, aun cuando entienda que es inadecuada, en cuyo caso podrá acudir a los organismos oficiales competentes.

Este principio, nunca reconocido por el legislador español y, por tanto, de estricta creación jurisprudencial⁷, implica una presunción *iuris tantum* de legitimidad de la orden empresarial que se

³ Esta idea del poder de dirección como instrumento que actualiza el derecho general de crédito del empresario en derecho a prestaciones concretas en MONTOYA MELGAR, A.: *op. cit.*, pág. 16. En este sentido, destaca SUPLOT que si el contrato de trabajo definiese *ab initio* de forma precisa el conjunto de tareas que debe prestar el trabajador, no quedaría ningún espacio para el ejercicio del poder de dirección del empresario: SUPLOT, A.: *Crítica del Derecho del Trabajo*, Madrid: MTAS, 1996, pág. 145.

⁴ MONTOYA MELGAR, A.: «El poder de dirección del empresario», en *El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después. Edición especial del número 100 de la Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid: Civitas, 2000, t. I, pág. 584, quien destaca que la «idea de dependencia acuñada en el artículo 1.1 del ET –inserción del trabajador en el ámbito de dirección y organización del empresario (...)– lleva implícita tanto la atribución del empresario del poder de organizar laboralmente la empresa como el de dictar las singulares prestaciones de cada trabajador contratado», constituyendo esta segunda dimensión la expresión típica del poder directivo.

⁵ APARICIO TOVAR, J. y BAYLOS GRAU, A.: «Autoridad y democracia en la empresa» en APARICIO TOVAR, J. y BAYLOS GRAU, A.: (coords.) *Autoridad y democracia en la empresa*, Madrid: Trotta, 1992, pág. 11.

⁶ RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: «Un modelo democrático de relaciones laborales», en AA.VV.: *Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo*, Universidad de Sevilla, 1977, pág. 17.

⁷ Inciden en esta idea de creación jurisprudencial del principio *solve et repete* sin fundamento normativo que lo sustente: GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «Deber de obediencia y despido por desobediencia», *REDT*, n.º 87, 1998, pág. 79; BAYLOS GRAU,

traduce en una ejecutividad inmediata de esta. Según esta pauta interpretativa del alcance del deber de obediencia, el trabajador que desobedece la orden empresarial podrá ser sancionado aun en el caso de que se estuviese ante una orden ilegítima. De esta forma, la aplicación de este principio supone la ampliación de hecho del poder directivo del empresario, en tanto le faculta para exigir algo que está más allá de su poder de dirección⁸, al ampliar el deber de obediencia a órdenes que son ilícitas, desbordando así los límites del contrato de trabajo⁹.

No obstante, y como ha señalado la doctrina científica, la aplicación de este principio por la primera jurisprudencia no fue monolítica y también desde un primer momento se establecieron excepciones a la inmediata ejecutividad de la orden empresarial¹⁰. A través de estas excepciones, la doctrina judicial anterior a la promulgación del ET preveía unos supuestos en los que se admitía la desobediencia legítima del trabajador a una orden emanada en ejercicio del poder directivo. Por lo que a este trabajo interesa, es de destacar que entre estos supuestos se recogió el de que el cumplimiento de la orden implicase para el trabajador situaciones de «peligrosidad» o «riesgo» para su vida e integridad física (SSTS de 2 de octubre de 1973¹¹ y de 3 de abril¹² y de 20 de mayo de 1978¹³; STCT de 28 de junio de 1978¹⁴).

De esta forma, puede afirmarse que razones de seguridad y salud fundamentaron tempranamente lo que doctrinalmente se denominó el *ius resistetiae* del trabajador, esto es, su derecho a negar la prestación de sus servicios si del cumplimiento de la orden de trabajo se derivaban, entre otras, situaciones de peligrosidad. Tal y como ha señalado BAYLOS GRAU¹⁵, nos encontramos ante un límite al poder de dirección del empresario que goza de una cierta tradición de aceptación por parte de la jurisprudencia que, ante el dramatismo de una confrontación entre el principio jerárquico y la seguridad y salud de los trabajadores –y dado la prevalencia de estos últimos bienes jurídicos–, habilita una solución intermedia que evite dilaciones en el tiempo de resultados fatales para la vida e integridad de aquellos.

Por tanto, y tal y como recuerda la STSJ de Galicia de 16 de diciembre de 2010¹⁶, frente a la más acabada construcción del principio *solve et repete* –«el trabajador no puede desatender, bajo pretexto

A.: «La autotutela del trabajador a las extralimitaciones del poder de dirección del empresario», en CABEZA PEREIRO, J.; LOUSADA AROCHENA, J.F. y MOVILLA GARCÍA, M. (coords.), *Las limitaciones de los poderes empresariales y las responsabilidades por su utilización ilegítima*, Granada: Comares, 2002, pág. 35; ROMÁN DE LA TORRE, M.D.: *op. cit.*, pág. 351.

⁸ ROMÁN DE LA TORRE, M.D.: *op. cit.*, pág. 353.

⁹ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *op. cit.*, pág. 78.

¹⁰ MONTOYA MELGAR, A.: «El poder de dirección del empresario», en *El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después. Edición especial del número 100 de la Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid: Civitas, 2000, t. I, pág. 587; MUÑOZ CAMPOS, J.: «Poder de dirección y deber de obediencia: criterios jurisprudenciales», *Actualidad Laboral*, n.º 27, 1989, pág. 351.

¹¹ RJ 1973/3591.

¹² RJ 1978/1353.

¹³ RJ 1978/2141.

¹⁴ RTCT 1978/4547.

¹⁵ BAYLOS GRAU, A.: *op. cit.*, pág. 45.

¹⁶ AS 2011/95.

de improcedencia, las órdenes de quien en la empresa tiene el poder para cursarlas en razón a la facultad de dirección que le incumbe, sino que debe ante todo acatarlas, subordinando su apreciación subjetiva a la necesaria dependencia de la jerarquía empresarial, sin perjuicio de reclamar ante los organismos competentes si estima que fueron conculcados sus derechos»—, se abre en la doctrina judicial una posición intermedia, en la que recibe carta de naturaleza la desobediencia justificada del trabajador ante supuestos irregulares de ilegalidad manifiesta en la emanación de órdenes e instrucciones por parte del empresario, entre los que se incluye la concurrencia de circunstancias de peligrosidad.

De esta forma, frente al disciplinamiento de los trabajadores que exige el *solve et repete* se opone la interrupción del trabajo y la desobediencia a la orden empresarial como manifestación de la resistencia del trabajador a las consecuencias que sobre su naturaleza tiene en estos casos una racionalidad económica¹⁷, conforme a la cual «la desobediencia no tiene cabida en la lógica económica del contrato»¹⁸.

En los siguientes apartados analizaremos la configuración de este derecho de resistencia del trabajador frente a órdenes empresariales basado en razones de seguridad y salud. Al delimitar este *ius resistentiae* podemos diferenciar claramente entre, por una parte, un reconocimiento del mismo que se produce vía judicial al calificar los despidos que constituyen la respuesta sancionadora frente a la desobediencia del trabajador (apartado II) y, por otra, un reconocimiento que se produce normativamente, al haber positivado expresamente el artículo 21 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) un derecho del trabajador a interrumpir su actividad laboral en supuestos restrictivos y caracterizados por la entidad de la situación de riesgo generada por la orden empresarial (apartado III).

II. RECONOCIMIENTO JUDICIAL DEL *IUS RESISTENTIAE* BASADO EN RAZONES DE SEGURIDAD Y SALUD

La aplicación del principio *solve et repete*, basado en la idea de que el trabajador no tiene capacidad para juzgar y decidir de antemano si una orden empresarial se ajusta a la legalidad¹⁹, supone, en cuanto exige el cumplimiento inmediato de órdenes empresariales al margen de su legalidad, una situación de sumisión personal del trabajador que la doctrina ha criticado como incompatible con el principio de igualdad constitucional²⁰.

¹⁷ Señala BILBAO, A., en su análisis de la concepción del accidente de trabajo durante la revolución industrial, que la «doctrina del riesgo», según la cual el accidente se normaliza como un episodio de la producción, tiene como fundamento el que la extensión de la racionalidad económica «requiere el disciplinamiento de los individuos, cuyo significado fundamental es la indiferencia frente a las consecuencias que esa racionalidad tiene sobre la naturaleza de los individuos»: *El accidente de trabajo: entre lo negativo y lo irreformable*, Madrid: Siglo XXI, 1997, pág. 223.

¹⁸ GARRIGES GIMÉNEZ, A.: «Obediencia debida y desobediencia del trabajador: su tratamiento en la última jurisprudencia», *Tribuna Social*, n.º 120, 2000, pág. 43.

¹⁹ RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: «Obediencia debida y desobediencia justificada», *Relaciones Laborales* (I), 1998, pág. 30.

²⁰ RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: «Obediencia debida...», *op. cit.*, pág. 12.

El Derecho del Trabajo, como ordenamiento compensador e igualador en orden a la corrección, al menos parcialmente, de la desigualdad existente entre empresario y trabajador –desigualdad originaria que tiene su «fundamento no solo en la distinta condición económica de ambos sujetos, sino en su respectiva posición en la propia y especial relación jurídica que los vincula, que es de dependencia o subordinación de uno respecto del otro» (STC 3/1983, de 25 de enero)–, tiene como razón de ser el «civilizar» el poder empresarial, dotándole de un marco jurídico de ejercicio²¹. De esta forma, el Estado a través de la normativa laboral impone límites al poder de dirección del empresario, configurándose los derechos reconocidos legalmente al trabajador como fronteras al ejercicio del poder directivo del empresario²². Esta heterolimitación del poder directivo empresarial llevada a cabo por la legislación laboral supone establecer límites al deber de obediencia de los trabajadores, ampliando su esfera de libertad frente al poder de dirección del empresario²³.

Por tanto, el poder de dirección del empresario, de origen contractual, tendrá en la ley no solo su fundamento sino también su límite²⁴. Es en este sentido en el que debe entenderse la referencia que los artículos 5 c) y 20.2 del ET hacen a la «regularidad» en el ejercicio del poder de dirección. El deber de obediencia del trabajador no surge frente a cualquier orden empresarial, sino solo frente a aquella que se realiza en el ejercicio regular de las facultades directivas. Tal y como destaca ROMÁN DE LA TORRE, la discusión acerca de si el trabajador tiene un deber de obediencia frente a órdenes irregulares o ilegítimas puede cerrarse, pues no cabe otra interpretación de la legalidad: «las órdenes que no sean regulares no generan deber de cumplimiento y pueden ser desobedecidas»²⁵.

En cuanto al problema que surge a partir de aquí en orden a la delimitación de la «regularidad» de la orden empresarial, debe señalarse que el contrato de trabajo se erige en figura clave, en tanto este incorpora a la relación laboral las regulaciones y límites de los derechos y obligaciones de empresarios y trabajadores establecidos en leyes y convenios colectivos²⁶.

Por lo que se refiere la seguridad y salud en el trabajo, el ejercicio de la libertad de empresa (art. 38 CE) –que constituye el fundamento constitucional del poder de dirección–, puede colisionar con el derecho de los trabajadores a su integridad física. El Estado ha intermediado en este conflicto a través de una normativa en materia de prevención de riesgos laborales que impone unas exigencias de seguridad y salud al diseño organizativo y productivo de la empresa, sacrificando espacios de libertad del empresario²⁷.

²¹ SUPIOT, A.: *op. cit.*, pág. 148.

²² MONTOYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1965, pág. 234.

²³ KAHN-FREUND, O.: *Trabajo y Derecho*, Madrid: MTAS, 1987, pág. 57.

²⁴ RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: «Obediencia debida...», *op. cit.*, pág. 12. En este sentido, habla SUPIOT, de la «ambivalencia irreductible» del Derecho del Trabajo, en tanto legaliza y limita al mismo tiempo el poder de dirección del empresario: *op. cit.*, pág. 148.

²⁵ ROMÁN DE LA TORRE, M.D.: *op. cit.*, 369.

²⁶ Véase nota anterior.

²⁷ SANTOS HERNÁNDEZ, M.^a D.: *El contrato de trabajo como límite al poder del empresario*, Albacete: Bomarzo, 2005, págs. 158-159. Señala SUPIOT a este respecto que la idea de seguridad física ha sido y continúa siendo el corazón mismo del Derecho del Trabajo, apareciendo en el origen histórico de todos los derechos del trabajo europeos y constituyendo la parte irreductible de este sector del ordenamiento jurídico: SUPIOT, A.: *op. cit.*, pág. 91.

Al trabajador se le reconoce el derecho contractual a su integridad física y a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene [arts. 4.2 d) y 19.1 ET]. Este derecho del trabajador y el correlativo deber de seguridad del empresario han sido desarrollados por la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y por las disposiciones reglamentarias promulgadas en aplicación de la misma.

La orden empresarial cuyo cumplimiento implica para el trabajador una situación de peligro conculca esta legalidad prevencionista y deviene «irregular», pudiendo el trabajador legítimamente desobedecer esta orden. Así lo viene entendiendo la doctrina judicial y jurisprudencial que califica de improcedentes los despidos de trabajadores basados en la desobediencia en el trabajo [art. 54.4 b) ET] que se produce en este tipo de situaciones.

Tratando de sistematizar esta doctrina, utilizando como criterio el motivo concreto de la desobediencia, podemos agrupar estas resoluciones judiciales en tres grupos:

1. Doctrina judicial sobre situaciones de riesgo derivadas de las condiciones personales del trabajador

Nos encontramos ante supuestos que, tras la promulgación de la LPRL, son encuadrables en el ámbito subjetivo de aplicación del artículo 25 de la LPRL. En estos casos las situaciones de peligrosidad se deben a que los trabajadores son especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo, lo que hace que «estén especialmente predisuestos a sufrir accidentes de trabajo o contraer enfermedades de trabajo»²⁸.

Esta especial sensibilidad, que se deriva de las propias características personales o estado biológico de los trabajadores, hace que estos trabajadores presenten «factores sobreañadidos de riesgo por sus condiciones personales», no bastando «con la adopción de medidas dirigidas a la salvaguarda de la salud de los trabajadores que ordinariamente sufren el mismo» (STSJ de Canarias de 31 de mayo de 2001²⁹).

Para activar la protección prevencionista de este tipo de trabajadores no se precisa que las características del trabajador que lo hacen especialmente vulnerable a los riesgos tengan un origen laboral, puesto que como se señala en la STSJ de Castilla y León de 3 de enero de 2001³⁰, el ámbito de aplicación del citado precepto «no se limita a los supuestos de dolencias provenientes de enfermedades profesionales o accidentes de trabajo (...) sino que se extiende a la protección de la salud en sentido amplio, incluyendo la prevención de riesgos personales derivados de las dolencias

²⁸ FERNÁNDEZ MARCOS, L.: *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Salud Laboral)*, Madrid: Dykinson, 2006, pág. 156.

²⁹ AS 2001/4273.

³⁰ AS 2001/1213. En el mismo sentido, STSJ de Canarias de 30 de abril de 2001 (AS 2001/3594) y STSJ de Galicia de 13 de diciembre de 2003 (JUR 2004/59574).

comunes...» que puedan sufrir los trabajadores pues, en definitiva, los agravamientos que pueda sufrir el trabajador «por la prestación de sus servicios, serán dolencias producidas con motivo u ocasión del trabajo».

Pues bien, cuando el empresario asigna a estos trabajadores unas tareas que, por no tener en cuenta las especiales condiciones de los mismos, suponen una situación de riesgo para su seguridad y salud³¹, el trabajador estará legitimado para desobedecer desde un primer momento la orden empresarial. Como veremos, la doctrina jurisprudencial y judicial que reconoce este *ius resistentiae* al trabajador, lo hace sin acudir a la fundamentación normativa del artículo de la 25 LPRL –ni de sus precedentes normativos³²– sino amparándose en la irregularidad de la orden empresarial que genera un peligro para la integridad física del trabajador y que permite exceptuar la aplicación del principio *solve et repete*.

Así, la STS de 29 de enero de 1989³³ declara improcedente el despido de un trabajador al que, tras sufrir un infarto de miocardio, se le había prescrito médicamente el evitar esfuerzos violentos, los cambios bruscos de temperatura y el estar sometido a temperaturas excesivamente frías. Este trabajador desobedeció la orden empresarial que le encomendaba una tarea, que no se le asignaba desde hacía años, y que implicaba el tener que estar durante una hora y media en una nave en la que la temperatura era de 10 a 11 grados. El Tribunal Supremo, al enjuiciar el despido disciplinario de este trabajador basado en el artículo 54.2 b) del ET, recuerda que no toda desobediencia puede constituir causa determinante del despido sino que esta ha de reunir una serie de

³¹ Esta actuación empresarial supone la infracción de la obligación sustantiva que, en materia preventiva, recoge el segundo párrafo del artículo 25.1 de la LPRL, según el cual se prohíbe al empresario emplear a los trabajadores especialmente sensibles en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de su situación puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro. Este incumplimiento empresarial aparece tipificado como ilícito administrativo en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social: el artículo 12.7 del citado texto sancionador tipifica, en la primera parte de su redacción, la conducta empresarial consistente en la «adscripción de los trabajadores a puestos de trabajo cuyas condiciones fuesen incompatibles con sus características personales conocidas o que se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo, (...)». En el supuesto de que de esta conducta empresarial se derivase un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores, la calificación de la contravención administrativa sería la de muy grave (art. 13.4).

³² La Orden de 9 de marzo de 1971, por la que se aprueba la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo preveía, entre las obligaciones generales del empresario en materia de seguridad y salud reguladas en el apartado sexto de su artículo 7, la de impedir la ocupación de trabajadores en máquinas o actividades peligrosas cuando los mismos sufran dolencias o defectos físicos o se encuentren en estados o situaciones que no respondan a las exigencias psicofísicas de sus respectivos puestos de trabajo. Entre las dolencias o defectos físicos de los trabajadores que activaban la obligación empresarial se citaban, a modo de ejemplo, la epilepsia, calambres, vértigos, sordera, anomalías de visión u otros análogos. Por su parte, el artículo 10.4 de la citada Ordenanza incluía, entre las obligaciones del personal directivo, técnico y de los mandos intermedios, la de impedir el trabajo de «aquellos trabajadores en los que se advierta estados o situaciones de los que pudieran derivarse graves peligros para su vida o salud o la de sus compañeros de trabajo». Posteriormente, el artículo 189 del Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, que aprobó el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social introdujo, entre las disposiciones sobre seguridad e higiene en el trabajo, la regulación de las «categorías especiales de trabajadores», estableciendo la prohibición de emplear a las personas que sufran defectos o dolencias físicas, tales como epilepsia, calambres, vértigos, sordera, vista defectuosa o cualquier otra debilidad o enfermedad de efectos análogos en máquinas o trabajos en los cuales a causa de dichos defectos o dolencias pudiesen ellos o sus compañeros de trabajos ponerse en especial peligro.

³³ RJ 1987/298.

requisitos, entre los que se encuentra la de tratarse de una desobediencia «injustificada»³⁴. Señala la sentencia, a este respecto, que debe entenderse que existe una justificación total, que legitima la desobediencia, «cuando las órdenes del empresario lesionan los derechos irrenunciables del trabajador, son manifiestamente ilegales o implican la concurrencia de circunstancias de peligrosidad». Entiende el Tribunal Supremo que, en este caso, la ilicitud de la orden de la empresa –en tanto, el no haber exigido la empresa la entrada en las naves durante siete años suponía la modificación del objeto del contrato en el sentido de no entender incluidas esas tareas– justifica la negativa a cumplirla por parte del trabajador, «especialmente cuando su ejecución implicaba un riesgo nada despreciable para su salud».

En esta línea, la STS de 27 de julio de 1988³⁵ conoce de un supuesto en el que un trabajador, al que un informe médico contraindicaba la carga de pesos, desobedece la orden empresarial de participar en la descarga de camiones. Esta tarea no era una actividad propia de la categoría profesional del trabajador pero este había convenido su realización a cambio de una gratificación económica. El Tribunal Supremo declara improcedente el despido al entender que el anterior pacto «no transforma su vinculación a la disciplina de la empresa hasta el extremo de atentar seriamente contra su salud so pena de incurrir en desobediencia» y que la razón que asiste al trabajador para negarse a cumplir la orden empresarial es un «derecho constitucionalmente garantizado por el artículo 43».

Por este mismo motivo de incompatibilidad entre el estado de salud del trabajador y el requerimiento físico del trabajo encomendado, la STSJ de Cataluña de 17 de septiembre de 2007³⁶ declara improcedente el despido de un trabajador que, tras ser declarado en reconocimiento médico apto con limitación de no levantar pesos superiores a 20 kg, desobedece una orden empresarial de carga y descarga de materiales. Alega la empresa la procedencia del despido con base en que el trabajador ha de cumplir la orden en todo caso, sin perjuicio de su posibilidad de oponerse a ella impugnándola adecuadamente, y en que, además, los pesos del material eran inferiores al contraindicado. Frente a esto, el Tribunal Superior de Justicia entiende que no queda acreditado que las órdenes de carga y descarga respetaran las limitaciones físicas del trabajador y que no resulta aplicable la doctrina que alega la empresa «sobre la obligatoriedad de cumplir la orden, sin perjuicio de su impugnación por parte del trabajador, pues, en el caso de que los bastidores tuviesen un peso superior al indicado, la empresa no debió dar una orden al trabajador para realizar unas funciones cuyas limitaciones funcionales ya le constan». También la STSJ de La Rioja de 16 de mayo de 1996³⁷ conoce del despido de un trabajador que padece problemas dorsolumbares y al que, tras baja laboral, se le desaconsejan los esfuerzos y la

³⁴ Es la denominada «teoría gradualista», que exige que para que la desobediencia pueda operar como causa de despido, esta suponga una actitud exageradamente indisciplinada por ser grave, trascendente e injustificada. Numerosas sentencias de las que se tratan inmediatamente en este trabajo traen a colación este criterio interpretativo, precisamente para señalar que la conducta del trabajador está justificada por la peligrosidad que encierre el cumplimiento de las órdenes empresariales. No obstante, el análisis de esta teoría se ha dejado para más adelante, en tanto se entiende que su virtualidad práctica está, no en las situaciones en las que los trabajadores no incurren en incumplimiento por estar justificada su desobediencia, sino precisamente en aquellos supuestos en los que, siendo legítima la orden empresarial, la desobediencia del trabajador no reúne los requisitos necesarios para ser objeto de despido aunque sí de una sanción menor.

³⁵ RJ 1998/6257.

³⁶ JUR 2007/335203.

³⁷ AS 1996/1499.

carga de pesos. El trabajador desobedeció la orden empresarial de descargar la mercancía de un camión y después volverla a cargar y, frente a la alegación empresarial de aplicación del principio *solve et repete*, el Tribunal Superior de Justicia recuerda que la concurrencia de circunstancias de peligrosidad justifican la negativa a obedecer la orden de la empresa y declara el despido improcedente, pues en este caso el trabajador desobedeció una «orden perjudicial para su integridad física».

Nótese que en los supuestos enjuiciados en las sentencias citadas hasta ahora, mediaban informes médicos de los que se deducía la incompatibilidad del trabajo encomendado con las características personales de los trabajadores. Más radical en la protección de la seguridad y salud de los trabajadores frente al poder de dirección empresarial, se muestra una doctrina judicial a la que basta la alegación por parte del trabajador de «motivos de salud» para entender justificada la desobediencia.

Así, la STSJ de Madrid de 18 de enero de 2005³⁸ entiende plenamente justificada la desobediencia de un trabajador a una orden de viajar, frente a la que alega «motivos de salud» y «no encontrarse bien». El trabajador cursa baja médica, tras sufrir un infarto, 10 días después de su negativa a viajar y la citada resolución entiende que el despido producido «11 días después de haberse materializado objetivamente mediante un infarto el precario estado de salud que había sido manifestado por el trabajador» como justificación de su desobediencia, no reúne los caracteres –grave, trascendente, injustificado y culpable– que han de concurrir para que la empresa pueda acudir al despido, puesto que «el trabajador ofrece una justificación razonable de su voluntad de no seguir realizando más desplazamientos por motivos de salud».

En esta misma línea de hacer prevalecer las consideraciones razonables de los trabajadores acerca de su estado de salud y la peligrosidad de tareas encomendadas por la empresa frente al criterio de esta última, la STSJ de Galicia de 20 de febrero de 1997³⁹, declara improcedente el despido de una trabajadora que, tras impugnar su alta médica, desobedece las órdenes de trabajo, alegando que le es imposible su cumplimiento por las limitaciones físicas que padece. Se recuerda en esta resolución que la doctrina de los Tribunales según la cual «no cabe entender que por la simple impugnación de las resoluciones administrativas sobre la extinción de la situación de incapacidad temporal se mantenga automáticamente la suspensión del contrato (...), pudiendo, por tanto, el empresario actuar las consecuencias disciplinarias que se deriven de la falta de justificación del trabajador de la incomparecencia o no reincorporación tras el alta médica», se recuerda, decíamos, que esta doctrina ha sido matizada en sentido contrario por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 15 de abril de 1994 (RJ 1994/3249) cuando por parte del trabajador se «desarrolla una conducta positiva dirigida a manifestar su voluntad de mantener la relación laboral y acreditar que, pese al alta médica (...) subsiste una incapacidad temporal que impide la reincorporación al trabajo, ofreciendo, en su caso, los medios de verificación de esa situación». Entiende la Sala que estas circunstancias concurren en el caso del que conoce pues la trabajadora se reincorporó inmediatamente al trabajo, «siendo destinada por la encargada al sótano donde se ubican los vestuarios ante la imposibilidad física de realizar su cometido de limpiadora, permaneciendo durante toda la jornada laboral en el centro de trabajo, a donde se desplaza a diario costeándose un taxi, constanding también como pro-

³⁸ AS 2005/21.

³⁹ AS 1997/318.

bado que presenta como secuela una insuficiencia valvular que produce dolor en la planta del pie izquierdo (...), caminando ayudada de bastón (...), datos que conforman los supuestos de excepción que, con arreglo a la doctrina expuesta, excluyen la aplicación de los motivos disciplinarios determinantes del despido (...)).

También se ha entendido justificada la desobediencia de la trabajadora que no atiende la orden empresarial de quitarse un *piercing*, puesto que «la negativa está fundada en la eventualidad de que se produjera una lesión para la propia salud o aspecto físico si no le podía retirar el pendiente mientras no cicatrizase la herida» (STSJ de Cantabria de 17 de agosto de 2000⁴⁰). Recuerda esta resolución judicial la virtualidad del la excepción al principio *solve et repete* basada en razones de seguridad y salud ya que «si bien el trabajador no puede erigirse en definidor de sus propias obligaciones, porque, ante una orden encuadrada en la empresa, lo primero es cumplirla, es posible que, como sucede en este supuesto, la orden pueda comportar riesgos inminentes para el operario». Por tanto, se entiende exceptuada del deber de obediencia la orden empresarial de quitarse el *piercing* por concurrir circunstancia de peligrosidad que razonablemente justifica la negativa a obedecer la orden de la empresa.

Por último, señalar que en estos casos en los que el trabajador decide desobedecer la orden empresarial de realizar determinadas tareas, argumentando que de las mismas se deriva una situación de peligro dadas sus condiciones de salud, la empresa también tiene vedada la posibilidad de acudir al despido disciplinario aduciendo una «disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado» [art. 54.2 d) ET]. Y es que, tal y como recuerda la STSJ del País Vasco de 6 de mayo de 1997⁴¹, no concurre la culpabilidad necesaria en el comportamiento del trabajador cuando «resulta que no se hacen los trabajos que anteriormente se desempeñaban debido a un déficit sobrevenido en la salud del trabajador que impide o desaconseja realizarlos». En estos casos, tal y como señala la referida sentencia, si el empresario no está en condiciones de ofrecer al trabajador otro puesto de trabajo adecuado a su salud, procederá, no el despido disciplinario («cuya justificación exige un deliberado propósito del trabajador en incumplir sus deberes») sino el despido objetivo basado en ineptitud sobrevenida del trabajador [art. 52 a) ET].

2. Doctrina judicial sobre situaciones de riesgo derivadas de la falta de formación/capacitación del trabajador

Nos encontramos ante supuestos en los que las empresas incumplen la obligación preventiva que hoy aparece recogida en el artículo 15.2 de la LPRL, según el cual el empresario debe tomar en consideración «las capacidades profesionales de los trabajadores en materia de seguridad y de salud en el momento de encomendarle las tareas»⁴².

⁴⁰ AS 2000/3145.

⁴¹ AS 1997/1647.

⁴² Idea de la trascendencia del deber empresarial que comentamos la da el hecho de que su contravención aparece expresamente prevista en el listado de infracciones administrativas en materia preventiva. Así, en la segunda parte de la redacción de los artículos 12.7 y 13.4 del TRLISOS se tipifica como ilícito la asignación de tareas al trabajador sin considerar las capacidades de este en materia preventiva.

Este deber empresarial implica que el empresario no podrá adscribir a un trabajador a un puesto de trabajo o encomendarle determinadas tareas si carece de la formación e información en materia de seguridad y salud –que conformaran su «capacidad profesional» en esta materia– adecuada a dicho puesto y tareas. Si careciese de la capacidad necesaria en materia de prevención de riesgos, la encomienda al trabajador de las tareas o la asignación del puesto de trabajo puede suponer para el trabajador una situación de riesgo o peligro que justifica su desobediencia a la orden empresarial. Al igual que en el grupo anterior de resoluciones judiciales, los Tribunales fundan su decisión de «legitimar» la desobediencia de los trabajadores y, consecuentemente, declarar sus despidos improcedentes, en las situaciones de peligro generadas y sin acudir a la normativa sustantiva que acaba de referirse.

Así, la STS de 5 de julio de 1983⁴³ declara improcedente el despido de un trabajador que se niega a realizar el trabajo encomendado, al consistir este en una tarea –mover un cable de alta tensión– nunca realizada por él y que el trabajador «estimó razonablemente peligrosa por requerir una delicadeza y precisión para las que no se encontraba capacitado».

En esta misma línea, la STS de 15 de marzo de 1991⁴⁴ califica como improcedente el despido de un conductor de mercancía peligrosa que se niega a realizar una tarea –conectar la manguera de carga y descarga del vehículo– que según la normativa y la práctica en el sector no le corresponde. Entiende la citada resolución jurisprudencial que la negativa del actor estaba justificada y recuerda que el «principio jurídico *solve et repete* no es aplicable en los supuestos en que existe una normativa y una práctica que dotan a la orden de clara antijuridicidad».

Por último, podemos citar la STSJ de Valencia de 1 de julio de 1999⁴⁵, en la que se califica de improcedente el despido de un trabajador que se niega reiteradamente a efectuar el trabajo encomendado por la empresa alegando que no sabe realizarlo y que desconoce la máquina que, además, estima peligrosa. El Tribunal Superior de Justicia recuerda que, aunque «el empleado ha de obedecer al empresario puesto que el mismo no puede erigirse en definidor de sus propias obligaciones ya que es regla general, deducida de la normal subordinación jerárquica, la del acatamiento a la orden y la impugnación posterior en forma, si aquella no se ajusta a derecho», desde antiguo viene admitiendo la jurisprudencia la excepción a este principio si la ejecución de lo ordenado por la empresa «comporta riesgo inminente para el operario». Entiende la citada resolución judicial que, en este caso –en el que se encomienda al trabajador una tarea en una máquina peligrosa cuyo funcionamiento desconoce–, «es perfectamente plausible concluir que la ejecución del trabajo mandado en la máquina de inyección era susceptible de comportar un riesgo inminente en la salud e integridad física del operario, y sin que ello quede desdibujado por el hecho de que durante una hora, y tras lo aducido por el trabajador sobre su desconocimiento, se le explicara el funcionamiento de la máquina y se le dieran instrucciones escritas, pues ello no puede compararse a un curso de formación».

⁴³ RJ 1983/3719.

⁴⁴ RJ 1991/1859.

⁴⁵ AS 1999/4837.

3. Doctrina judicial sobre situaciones de riesgo derivadas de las propias condiciones de trabajo

En estos supuestos, las situaciones de peligro no derivan de una situación subjetiva del trabajador –características personales o falta de conocimiento o formación acerca de las tareas que se le encomiendan–, sino de las propias condiciones en que se desempeña el mismo.

Nos encontramos ante casos en los que la empresa incumple su deber de seguridad al no proporcionar a los trabajadores unas condiciones de trabajo exentas de riesgo, lo que justifica que estos rechacen la ejecución de las tareas.

La STS de 2 de octubre de 1973⁴⁶ declara, en este sentido, improcedente el despido de un trabajador que se niega a pintar en altura por carecer de rodapiés y de sólidas barandillas el andamio en el que se le ordenó llevar a efecto su actividad laboral. Recuerda el Tribunal Supremo que, «aunque en términos generales (...) el trabajador debe obedecer las órdenes recibidas de sus superiores y acudir después a los organismos oficiales competentes, en el supuesto, que es el de autos, de que el obedecer representa correr peligro inminente y grave, la negativa del trabajador está justificada».

En la STCT de 28 de junio de 1978⁴⁷ se reconoce el derecho a percibir el salario –no abonado por la empresa– a unos trabajadores que decidieron de manera unilateral dejar de prestar sus servicios durante días, dado el carácter deficiente de la instalación eléctrica del local y medios de trabajo, que suponía la infracción de normas de seguridad y generaban un grave riesgo en el cumplimiento de su débito laboral. Los trabajadores desobedecieron así la orden empresarial de reincorporarse al trabajo pero la citada sentencia señala que «el deber de obediencia no se extiende al cumplimiento de aquellas órdenes que, por suponer graves e innecesarios riesgos, provocados por el empleador a través de no observar la normativa vigente en materia de Seguridad e Higiene, devienen en ilícitas, lo que permite configurar el doctrinalmente denominado *ius resistentiae*, como derecho del trabajador a negar la prestación de sus servicios...».

En esta misma línea interpretativa de justificar la desobediencia de los trabajadores que estiman que la ejecución de las tareas encomendadas se da en situaciones que no garantizan su derecho contractual a la seguridad y salud, podemos citar las siguientes resoluciones judiciales:

- STSJ de Valencia de 26 de febrero de 1992⁴⁸: al pronunciarse sobre el despido de varios trabajadores que desobedecieron sistemáticamente la orden de trabajar bajo un tendido eléctrico que había ocasionado un accidente mortal y que, según la Inspección de Trabajo, no cumplía con la normativa de seguridad, mantiene que «si bien es doctrina reiterada la ineludible obligación de obedecer las órdenes relativas al trabajo y en consecuencia incurre en indisciplina o desobediencia el que se niega a hacerlo», la determinación de no trabajar

⁴⁶ RJ 1973/3591.

⁴⁷ RTCT 1978/4547.

⁴⁸ AS 1992/935.

tiene, en el presente caso, «la fundamentación del miedo al peligro y existen razones suficientes para entender que, al no haberse modificado la anterior situación, puede producirse otro accidente (...), por lo que es preciso deducir la existencia de causa justificada que excluye la procedencia del despido».

- STSJ de Valencia de 23 de junio de 2000⁴⁹: estima improcedente el despido de tres trabajadoras que incumplen la orden de trabajar separadas, al haber quedado acreditado «que las trabajadoras tenían fundadas razones para entender que corría peligro su integridad física por la ubicación del centro de trabajo próximo a un lugar de distribución y consumo de drogas (...), sin que exista un conserje o medidas de seguridad».
- STSJ de Murcia de 21 de julio de 2003⁵⁰: al conocer del despido de un trabajador que desobedece la orden empresarial de trabajar con una pala cargadora –que, según informe posterior de la Inspección de Trabajo se encontraba en mal estado de conservación y no reunía las medidas de seguridad suficientes–, entiende que «la negativa del trabajador se encontraba fundamentada por el riesgo y peligro que corría cumpliendo lo ordenado por la empresa», no pudiendo «despedirse precedentemente cuando la orden entraña peligro para la integridad física del trabajador si este se niega a cumplirla».
- STSJ de Cataluña de 30 de octubre de 2003⁵¹: declara improcedente el despido de un trabajador conductor de un tractor que se niega a realizar un trayecto debido al completo desgaste de los neumáticos del vehículo. Entiende el Tribunal Superior de Justicia que, en este caso, está justificada la negativa a viajar por el peligro real de accidente y grave riesgo para la salud e integridad física del trabajador, puesto que «el deber de obediencia del trabajador no puede entenderse naturalmente como una obligación absoluta, sino que, como el artículo 20.2 del ET exige, ha de tratarse de órdenes dadas en el ejercicio regular de las facultades directivas, de manera que el trabajador puede negarse a cumplirlas, sin incurrir en desobediencia, entre otros supuestos, cuando existe riesgo cierto para su integridad física».
- STSJ de Castilla y León/Valladolid de 3 de octubre de 2007⁵²: califica como improcedente el despido de un trabajador por entender justificada su actuación de, ante un incendio, decidir la parada de una máquina desobedeciendo las órdenes de la empresa, puesto que existía un «grave riesgo no solo para su salud e integridad y la de sus compañeros, sino también para las propias instalaciones del centro de trabajo».
- STSJ de Castilla-La Mancha de 11 de noviembre de 2008⁵³: al pronunciarse sobre la desobediencia de un trabajador conductor –que se niega a realizar el trayecto encomendado, aduciendo que había rebasado el tope de conducción legalmente permitido y el cansancio acumulado– como causa de despido, recuerda que los trabajadores «pueden resistirse en ciertos casos, según se admite por la jurisprudencia, sin incurrir en desobediencia» a cum-

⁴⁹ JUR 2001/2206.

⁵⁰ JUR 2003/235207.

⁵¹ AS 2003/3664.

⁵² AS 2008/456.

⁵³ AS 2009/247.

plir una orden empresarial, «al resultar lícita la negativa a obedecer, lo que se configura como un verdadero *ius resistentiae*, como puede ocurrir en los supuestos en que la orden (...) suponga un riesgo grave e inminente para el trabajador». En el caso que se enjuicia se entiende que las circunstancias concurrentes justifican cumplidamente la desobediencia del trabajador, por lo que procede la calificación de improcedencia del despido decidido por la empresa.

De la doctrina jurisprudencial y judicial que acaba de reproducirse, cabe colegir que, en los casos en que la «irregularidad» de la orden empresarial derive de que su cumplimiento puede generar situaciones de peligro para la seguridad y salud de los trabajadores, los Tribunales admiten generosamente una «justificación razonable» como excepción de la regla *solve et repete*. La «generosidad» en el reconocimiento del *ius resistentiae* del trabajador se traduce en que el criterio seguido por una primera línea jurisprudencial en el sentido de exigir que el peligro que justificaba la desobediencia fuese «grave e inminente» (STS de 2 de octubre de 1973⁵⁴; STCT de 28 de junio de 1978⁵⁵), se ha suavizado, admitiéndose ahora la desobediencia para supuestos en que simplemente existe peligro para la integridad de los trabajadores, calificándose de diferentes maneras dicho peligro por las resoluciones judiciales («inminente»; «grave»; «cierto»; «real»...)

El *solve et repete* como principio interpretativo del alcance del poder de dirección del empresario sigue siendo aludido, tal y como hemos visto, en las sentencias que enjuician la razonabilidad de la desobediencia de trabajadores por concurrir situaciones de peligro; pero se alude para, posteriormente, exceptuar su aplicación.

Así, frente al principio de jerarquía y disciplina entendido de manera autoritaria conforme al *solve et repete* —que, como se ha dicho, impone el deber de obediencia del trabajado incluso frente a órdenes irregulares— se impone en estas situaciones, en que está en juego la salud de los trabajadores, el que se ha denominado «principio de juridicidad»⁵⁶, atendiendo al cual, el trabajador tendrá el derecho de no obedecer sino aquellas órdenes a cuyo cumplimiento venga obligado por ser emanadas en el ejercicio regular del poder de dirección.

El derecho de resistencia del trabajador viene a suponer así un equilibrio, entre el interés patrimonial que el empresario satisface a través del ejercicio de su poder de dirección y el interés del trabajador a preservar, en la ejecución de la prestación laboral, su vida e integridad física. Este equilibrio se logra reconduciendo las facultades directivas a los estrictos límites contractuales⁵⁷, de forma que no pueda exigirse al trabajador la obediencia frente a una orden que vulnere su derecho contractual a la integridad física y a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene [arts. 4.2 d) y 19.1 ET]. Se logra así, lo que SANTOS FERNÁNDEZ ha denominado una «recomposición de la bilateralidad» del contrato de trabajo, en tanto se logra la integración de los intereses del

⁵⁴ RJ 1973/3591.

⁵⁵ RICT 1978/4547.

⁵⁶ MONTOYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1965, pág. 247.

⁵⁷ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *op. cit.*, pág. 83.

trabajador –en este caso, su interés a trabajar en unas condiciones de trabajo seguras– en la estructura contractual⁵⁸.

Y es que, la «negación en una sociedad democrática de un poder autoritario conferido legalmente a una persona privada como el empresario, supone la afirmación del origen contractual y privado del poder de dirección»⁵⁹, por lo que debe entenderse, tal y como recoge expresamente nuestra normativa –arts. 5 c) y 20.2 ET–, que el deber de obediencia del trabajador ha de supeditarse al previo ejercicio regular del poder de dirección por parte del empresario. Puede decirse, pues, siguiendo a GAUDEMAR que, en el ámbito de las relaciones laborales, habría que invertir la opinión común según la cual no hay democracia sin disciplina, para pasar a afirmar que, «no hay posibilidad de disciplina sin democracia»⁶⁰.

Ahora bien, el reconocimiento de un *ius resistentiae* al trabajador en situaciones de peligro –que presenta la clara ventaja jurídica de «no respaldar desde el principio órdenes irregulares»⁶¹– no supone en modo alguno desconocer el derecho legítimo de la empresa a mantener, en su centro de trabajo, una disciplina y jerarquía que se entiende necesaria para el funcionamiento de cualquier organización compleja.

Y es que, como es obvio, la decisión final acerca de la regularidad de la orden empresarial no corresponde al trabajador. Frente al criterio del trabajador de desobedecerla –por reputarla irregular, al implicar su cumplimiento una situación de peligro–, podrá el empresario, que esté en desacuerdo con el juicio de su trabajador, ejercer el poder disciplinario. Esto es precisamente lo que ocurre en todos los supuestos de hecho sobre los que se pronuncian las resoluciones judiciales que hemos tratado anteriormente. La decisión final acerca de la regularidad/irregularidad de la orden y de la pertinencia o no del ejercicio del *ius resistentiae* por parte del trabajador, corresponderá así a la jurisdicción social cuando el trabajador sancionado accione frente a la medida disciplinaria⁶².

Se produce de esta forma un «reparto de riesgos»⁶³, en tanto el riesgo que para el buen funcionamiento de la empresa genera el que los trabajadores estén facultados para enjuiciar la orden empresarial desde un primer momento, se compensa con el riesgo que implica para el trabajador el ejercicio del *ius resistentiae*, en tanto que si yerra en el cálculo acerca de la regularidad de la orden, podrá ser sancionado legítimamente por la empresa. Este riesgo será tenido en cuenta por el trabajador, «impidiendo preventivamente y hasta cierto punto consideraciones arbitrarias o poco fundadas acerca de la pretendida irregularidad de la orden»⁶⁴.

⁵⁸ SANTOS FERNÁNDEZ, M.^a D.: *op. cit.*, pág. 24.

⁵⁹ RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: «Obediencia debida...», *op. cit.*, pág. 12.

⁶⁰ GAUDEMAR, J.P.: *El orden y la producción. Nacimiento y formas de la disciplina de fábrica*, Madrid: Trotta, 1991, pág. 63.

⁶¹ ROMÁN DE LA TORRE, M.D.: *op. cit.*, pág. 373.

⁶² MONTOYA MELGAR, A.: «El poder de dirección del empresario»... *op. cit.*, pág. 588.

⁶³ ROMÁN DE LA TORRE, M.D.: *op. cit.*, pág. 371; GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *op. cit.*, pág. 84.

⁶⁴ ROMÁN DE LA TORRE, M.D.: *op. cit.*, pág. 372.

4. Desobediencia injustificada por inexistencia de riesgos para la seguridad y salud: aplicación de la «teoría gradualista» y procedencia del despido

Ahora bien, no cabe entender que, frente a toda desobediencia que no aparezca totalmente justificada por razones de «peligrosidad», procede como respuesta sancionadora el despido fundado en la causa del artículo 54.2 b) del ET. Tal y como recuerda la STSJ de Cataluña de 30 de octubre de 2003⁶⁵ –con abundante cita de jurisprudencia–, constituye doctrina jurisprudencial inveterada la de que, al enjuiciar el ejercicio empresarial del poder disciplinario, no puede operarse objetiva y automáticamente sino que ha de realizarse un «análisis específico e individualizado de cada caso concreto, con valor predominante del factor humano, pues, en definitiva, se juzga sobre la conducta observada por el trabajador en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales». Por tanto, han de ponderarse todos los aspectos, objetivos y subjetivos, «pues los más elementales principios de justicia exigen una perfecta proporcionalidad y adecuación entre el hecho, la persona y la sanción».

Al constituir el despido la máxima sanción permitida por nuestro ordenamiento jurídico-laboral, el respeto al principio de proporcionalidad ha llevado a la doctrina jurisprudencial a entender que, tal y como se recoge en la citada STS de 29 de enero de 1987⁶⁶, no toda desobediencia puede constituir causa determinante de despido sino que esta deberá, además de evidenciar una voluntad clara, cierta, terminante y firme de incumplir los deberes laborales, reunir los requisitos de ser grave –en la medida en que una simple desobediencia que no encierre una actitud exageradamente indisciplinada no puede ser castigada por el despido–, trascendente –en cuanto que produzca un perjuicio para la empresa–, e injustificada –porque si concurre una causa incompleta de justificación ha de merecer una sanción menor que la extinción–.

Aplicando esta denominada «teoría gradualista» al caracterizar la desobediencia como causa de despido, nos encontramos con pronunciamientos judiciales que, pese a entender que la desobediencia del trabajador no tenía causa completa de justificación, califican su despido como improcedente.

Así, y dando prevalencia al citado «factor humano», la STS de 15 de junio de 1988⁶⁷ ampara la actitud de una trabajadora –la cual, por certificado médico no debía realizar trabajos que le fatigasen– que se niega a ocupar un determinado puesto de trabajo y ello a pesar de que queda acreditado la inexistencia de riesgo puesto que la empresa, antes de proceder al despido, había recabado un certificado de la Inspección de Trabajo en el que se constataba que el trabajo encomendado no era perjudicial para la salud de la trabajadora. El Tribunal entiende, empero, que el despido es improcedente al faltar a la desobediencia el requisito de ser culpable, toda vez que el «estado de aprehensión de los enfermos que padecen dolencias cardiacas» es difícil de vencer y, por tanto, la conducta de la trabajadora no era «plenamente responsable», lo que hubiese requerido de la empresa una «conducta más tolerante» antes de llegar a la situación extrema del despido.

⁶⁵ AS 2003/3664.

⁶⁶ RJ 1987/298.

⁶⁷ RJ 1988/5293.

También se aplica la «teoría gradualista» para calificar el despido como improcedente en la STSJ de Madrid de 28 de noviembre de 2000⁶⁸, en la que se considera que la conducta de un trabajador que se negó en una sola ocasión a trabajar en una máquina no reúne la gravedad suficiente para ser causa de despido, en tanto que la negativa del trabajador no fue reiterada y no consta la trascendencia de tal negativa.

El mismo criterio interpretativo es seguido en la STSJ de Cantabria de 20 de agosto de 2002⁶⁹, que aplica cumplidamente la doctrina jurisprudencial que exige el análisis particularizado de cada caso concreto. En esta resolución judicial se señala que la desobediencia de los trabajadores despedidos no tenía una causa de justificación completa en tanto los trabajadores, que se negaron a limpiar un depósito, «disponían de traje, calzado, guantes, mascarilla o gafas y también se hallaban instruidos en los riesgos generales de su trabajo» y, además, un informe técnico posterior había acreditado la ausencia de riesgos; a pesar de lo anterior, el Tribunal Superior de Justicia recuerda que, si concurre una causa incompleta de justificación, la desobediencia merece un tratamiento más suave que la resolución del contrato y tiene en cuenta la concurrencia de una serie de circunstancias —el hecho de que la labor encomendada era esporádica, es decir, no conocida por habitual, la existencia de restos de un líquido que plantea dudas a lo trabajadores acerca de la seguridad de las tareas y las reducidas dimensiones del lugar— para degradar la trascendencia del incumplimiento de los trabajadores y entender que, aunque no justificado plenamente, tampoco representa un acto de indisciplina o de obediencia con la trascendencia necesaria para motivar el despido.

También la STSJ de Galicia de 16 de diciembre de 2010⁷⁰ sigue esta doctrina gradualista para declarar nulo el despido de una mujer embarazada que tiene reconocida una incapacidad permanente parcial y que padece, como secuelas del accidente sufrido, ftofobia y migrañas. La trabajadora usa, debido a estas secuelas, gafas y gorra en el trabajo y desobedece las órdenes de «respetar la uniformidad establecida por el empresario». La citada resolución, tras el análisis de las circunstancias concurrentes, entiende que dicha desobediencia no reúne el triple requisito para ser causa justificada de despido, en tanto, «los hechos imputados en la carta de despido no se encuentran configurados ni por las notas de gravedad y culpabilidad, ni por la ausencia total de causa que los justifique».

Por último, podemos citar como inserta en esta línea interpretativa, la STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de abril de 2012⁷¹, que declara improcedente el despido de una trabajadora que, tras una baja laboral, se niega a realizar una serie de tareas propias de su categoría. Entiende la referida resolución judicial que en este caso, el hecho de que un informe del servicio de prevención ajeno

⁶⁸ AS 2001/359.

⁶⁹ AS 2002/3703.

⁷⁰ AS 2011/95. En instancia se había entendido que existía causa que justificaba la desobediencia, lo que hubiera requerido que en este estudio se aludiese a esta sentencia entre las que justifican totalmente la desobediencia y entienden, por tanto, que no hay infracción del trabajador. Sin embargo, en suplicación, el Tribunal Superior de Justicia refiere minuciosamente la teoría gradualista, la necesidad del análisis caso por caso, detalla las circunstancias que rodean la actitud de la trabajadora y termina haciendo referencia, no a una desobediencia justificada, sino a la inexistencia de «ausencia total de causa» que la justifique, lo que nos ha llevado a encuadrar esta resolución entre las que aplican la teoría gradualista.

⁷¹ JUR 2012/151191.

declarase a la trabajadora «no apta» comporta «una cierta justificación» de su conducta puesto que el mismo relativiza la desobediencia, «desde la perspectiva de hacerla acreedora de una sanción, y más especialmente, si es la máxima decisión sancionadora».

Repárese en que, en los supuestos de hecho de las sentencias que acaban de comentarse, nos encontramos con incumplimientos de los trabajadores, en tanto no existe una situación de peligro derivada del cumplimiento de la orden empresarial que justifique su desobediencia. De esta forma, cabe frente a esta desobediencia ante órdenes legítimas el ejercicio del poder disciplinario; lo que veda la aplicación del «criterio gradualista» es que, en los casos en los que la desobediencia no reúne los requisitos exigidos por dicho criterio, se imponga al trabajador la sanción más grave –el despido– de las que pueden serle impuestas, pudiendo la empresa imponer una sanción de menor onerosidad.

El decisión extintiva basada en motivos disciplinarios procede, por tanto, frente al ejercicio del *ius resistetiae* cuando este se materialice en una actitud exageradamente indisciplinada, que se traduce en un perjuicio para la empresa y en la que no concurre causa –total o incompleta– de justificación: STSJ de Cataluña de 28 de octubre de 1992⁷², que reputa la desobediencia de un trabajador de llevar a cabo una reparación como absolutamente injustificada, en tanto tenía la cualificación requerida para realizar la tarea y se habían adoptado las medidas de seguridad precisas, trascendente por la publicidad y notoriedad que tuvo y grave, en cuanto fue insistente y continuada; STSJ de Madrid de 19 de febrero de 1998⁷³ que, al calificar la conducta de un trabajador, que se niega a viajar a Angola por entender que no queda garantizada su vida e integridad física y por creer que existe riesgo de contraer la malaria, destaca que su desobediencia no se encuentra ni total ni parcialmente justificada –no existe la peligrosidad alegada–, es grave por lo repentino de su negativa –había iniciado los trámites precisos para el desplazamiento– y ha ocasionado un perjuicio en la organización de la empresa; STSJ de Canarias/Las Palmas de 31 de enero de 2005⁷⁴, que, al valorar la negativa de un trabajador a iniciar la jornada laboral en su puesto de trabajo por entender que la pieza a manejar tenía excesivo peso, tiene en cuenta las circunstancias concurrentes –el técnico de prevención había manifestado al trabajador dos días antes de la negativa que el peso de la pieza respetaba la normativa; la empresa había informado y formado al trabajador acerca de los riesgos relativos al manejo de cargas; el sistema de trabajo databa de 20 años y el trabajador lo había seguido hasta la fecha sin problemas– para concluir que la desobediencia no puede quedar minimizada al amparo de una duda ni siquiera razonable, ha ocasionado un perjuicio notorio al incidir de forma muy acusada en la dirección y organización de la empresa y es grave y culpable puesto que se repite; STSJ de Cataluña de 19 de abril de 2005⁷⁵, que declara procedente el despido al considerar que «es palmario que incardinada sin duda la orden empresarial dentro del marco del ejercicio regular de su poder de dirección (...)», la desobediencia de la trabajadora «carece de cualquier tipo de justificación», por lo que no procede apreciar «falta de proporcionalidad y adecuación entre la sanción de despido impuesta y la conducta relatada, como tampoco la existencia de otros factores que pudieran aconsejar la aplicación de la denominada doctrina gradualista que informa el derecho disciplinario».

⁷² AS 1992/5160.

⁷³ AS 1998/596.

⁷⁴ AS 2005/214.

⁷⁵ JUR 2005/114368.

Por último, y en cuanto a la respuesta sancionadora frente al ejercicio irregular del *ius resistentiae* por parte del trabajador, destacar que cabe la posibilidad de que, si la desobediencia se traduce en faltas de asistencia al trabajo, el despido se motive alegando la causa del artículo 54.2 a) del ET: STSJ del País Vasco de 11 de diciembre de 2007⁷⁶.

III. RECONOCIMIENTO NORMATIVO DEL *IUS RESISTENTIAE* BASADO EN RAZONES DE SEGURIDAD Y SALUD: EL ARTÍCULO 21.2 DE LA LPRL

El artículo 21.2 de la LPRL reconoce el derecho individual del trabajador a interrumpir su actividad y abandonar el lugar de trabajo «cuando considere que dicha actividad entraña un riesgo grave e inminente para su vida o su salud».

Tal y como señala el citado precepto, este derecho de paralización forma parte del derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo reconocido en el artículo 14.1 de la LPRL.

1. Antecedentes normativos

El derecho del trabajador reconocido en el artículo 21.2 de la LPRL tiene antecedentes en normas internacionales, comunitarias e internas.

Por lo que se refiere a la normativa internacional, el artículo 13 del Convenio OIT núm. 155 dispone que «deberá protegerse de consecuencias injustificadas a todo trabajador que juzgue necesario interrumpir una situación de trabajo por creer, por motivos razonables, que esta entraña un peligro inminente y grave para su vida o su salud».

En el ámbito europeo, el artículo 8.4 de la Directiva Marco establece que cuando en caso de peligro grave, inminente y que no pueda evitarse, un trabajador se aleje de su puesto de trabajo y/o de una zona peligrosa, «no podrá sufrir por ello perjuicio alguno y deberá estar protegido contra cualesquiera consecuencias perjudiciales e injustificadas, de conformidad con las legislaciones y/o los usos nacionales».

Por lo que se refiere a nuestro ordenamiento interno, el artículo 11 de la Orden de 9 de marzo de 1971, por la que se aprueba la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo –OGSHT– facultaba a los trabajadores a demorar la ejecución de su trabajo en tanto no se les facilitase los medios de protección personal de carácter preceptivo. El ámbito de protección de esta normativa era, como vemos, más reducido que el del artículo 21.2 de la LPRL al contemplar, exclusivamente, situaciones de riesgo derivadas de la falta de equipos de protección personal. No parecía lógica esta limitación, toda vez que las situaciones de riesgo se pueden presentar con independencia de la tenencia por parte de los trabajadores de estos equipos. Así lo entendió el Tribunal Supremo, que en su Sentencia de 28

⁷⁶ AS 2008/1140.

de junio de 1978⁷⁷ interpretó el artículo 11 de la OGSHT «atendiendo a su espíritu y finalidad y conforme a la realidad social del tiempo presente» y lo aplicó a un supuesto en el que la situación de grave riesgo se debió a una deficiente instalación eléctrica de locales y medios de trabajo.

Más ambiciosa en cuanto a las posibles situaciones de riesgo ante las cuales el trabajador puede interrumpir su actividad laboral, pero de limitado alcance sectorial, es la regulación contemplada en el artículo 30 del Estatuto Minero, aprobado por el Real Decreto 3255/1983, de 21 de diciembre, según la cual el trabajador «que hubiera interrumpido su trabajo por considerar, por motivos razonables que el mismo entrañaba un peligro inminente y grave para su vida o salud, no podrá, demostrada la razonabilidad de la decisión, ser sancionado por dicha paralización, ni perder el correspondiente salario». En aplicación de este precepto, la STS de 30 de abril de 1986⁷⁸ califica de improcedente el despido de un minero que se niega a realizar las tareas que le encomienda la empresa y que le han sido desaconsejadas por prescripción facultativa.

2. El artículo 21.2 de la LPRL y la «laboralización» del derecho fundamental a la vida e integridad física y moral (art. 15 CE)

Ha señalado la doctrina⁷⁹ que, desde una perspectiva constitucional, el derecho de cada trabajador a interrumpir su actividad laboral en casos de riesgo grave e inminente constituiría una manifestación legal de autotutela del trabajador en defensa de su derecho constitucional a la vida y a la integridad física y moral reconocido en el artículo 15 de la CE. Este derecho constitucional se especificaría, en estos casos, como un *ius resistentiae*⁸⁰ del trabajador frente al ejercicio irregular por parte del empresario de su poder de dirección.

Así, y sin olvidar la fundamentación constitucional de la normativa prevencionista derivada del artículo 40.2 de nuestra Ley Fundamental, que recoge como principio rector de la política social y económica la obligación de los poderes públicos de velar por la seguridad e higiene en el trabajo, no cabe desconocer que la finalidad última de este sector del ordenamiento jurídico es la protección de la vida e integridad física y psíquica de los trabajadores.

Por tanto, el derecho del trabajador a la seguridad en la realización del trabajo es objeto de tutela por el ordenamiento constitucional a través de una doble contemplación del supuesto: artículos 15 y 40.2 de la CE⁸¹.

⁷⁷ RJ 1978/4547.

⁷⁸ RJ 1986/2282.

⁷⁹ Por todos, IGARTUA MIRÓ, M.T.: *Sistema de prevención de riesgos laborales*, Madrid: Tecnos, 2011, pág. 184; GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, Madrid: Trotta, 1996, pág. 142; OJEDA AVILÉS, A.: *op. cit.*, pág. 23.

⁸⁰ SALA FRANCO, T. y ARNAU NAVARRO, F.: *Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos laborales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, pág. 100; SÁNCHEZ CUBEL, D.: *Todo sobre la nueva Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Barcelona: Praxis, 1996, pág. 85.

⁸¹ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: «El derecho constitucional del trabajador a la seguridad en el trabajo», *AL*, n.º 4, 1992, pág. 38. También se ha fundamentado constitucionalmente el *ius resistentiae* del trabajador por razones de seguridad y salud en el

De esta forma, y siguiendo el criterio que tempranamente señalara ALONSO OLEA⁸², puede decirse que el derecho reconocido en el artículo 15 de la CE, sin ser estrictamente laboral –como son los de sindicación y huelga–, tiene una vertiente laboral, en el sentido de que puede emerger u ocurrir, y aun ocurrir con manifestaciones típicas, en conexión con la relación de trabajo.

Virtualidad del derecho a la vida e integridad física en la relación laboral que ha sido refrendada por la jurisprudencia constitucional en la STC 62/2007, de 27 de marzo⁸³, al destacar que, en el ámbito de las relaciones de trabajo, los derechos y deberes en materia preventiva legalmente contemplados «reclaman una lectura a la luz de la Constitución, pues no cabe desconectar el nivel jurídico constitucional y el infraconstitucional», de manera que puede entenderse que la ley prevencionista supone «la concreción legal que en el ámbito de la prestación de trabajo ha tenido la protección constitucional que impone esa tutela del trabajador, por virtud de las exigencias de diversos derechos constitucionales, entre ellos de los consagrados en el artículo 15 de la CE». Ahora bien, la referida sentencia sienta que lo anterior no implica situar en el ámbito del artículo 15 de la CE cualquier orden empresarial que en abstracto, apriorística o hipotéticamente pueda estar contraindicada para la salud sino que la vulneración del citado precepto constitucional va a requerir que la desatención del empresario de la normativa prevencionista, al ejercer sus facultades de especificación de la actividad laboral, genere un riesgo o daño grave para la salud del trabajador. Por tanto, se requiere cierta relevancia en la situación de riesgo generada por la actuación del poder de dirección empresarial, si bien, para apreciar la vulneración del derecho a la vida e integridad física, «no será preciso que la lesión de la integridad se haya consumado, lo que convertiría la tutela constitucional en una protección ineficaz ex post».

Pues bien, esta relación entre normativa prevencionista y derecho fundamental del artículo 15 de la CE a la que hace referencia la jurisprudencia constitucional, es especialmente significativa en el supuesto de hecho del artículo 21.2 de la LPRL, puesto que, tal y como destacan SEMPERE NAVARRO, GARCÍA BLASCO, GONZÁLEZ LABRADA y CARDENAL CARRO, aunque «la LPRL parece rehuir del derecho a la vida e integridad física para evitar cualquier fundamentación que no sea la prevista en el artículo 40.2 de la Constitución, es lo cierto que la única mención a la vida está recogida en el artículo 21.2 de la LPRL (...), circunstancia que permite dar entrada al juego de los derechos fundamentales en el seno de la relación laboral»⁸⁴.

artículo 43 de la CE: STS de 27 de julio de 1988 –RJ 1988/6257– y STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de abril de 2012 –JUR 2012/151191–.

⁸² ALONSO OLEA, M.: *Las fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución*, Madrid: Civitas, 1982, pág. 28. En este sentido, PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: *op. cit.*, pág. 39, quien distingue entre derechos constitucionales específicamente laborales, que serían aquellos que tienen «su origen o razón de ser, exclusiva o principalmente, en el ámbito estricto de las relaciones laborales» (derecho de huelga, de negociación colectiva), y derechos constitucionales laborales *inespecíficos*, que serían derechos pensados constitucionalmente para el ejercicio de su titularidad por todos los ciudadanos, cualquiera que sea su condición personal o profesional y que, por tanto, pueden ser ejercitados por los trabajadores en el ámbito de las relaciones de trabajo, adquiriendo en tal caso un contenido o dimensión laborales sobrevenidos. Entre estos últimos se encuentra el derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15 CE).

⁸³ La doctrina sentada en esta sentencia es reiterada posteriormente por la STC 160/2007, de 2 de julio.

⁸⁴ SEMPERE NAVARRO, A.V.; GARCÍA BLASCO, J.; GONZÁLEZ LABRADA, M.; CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo*, Madrid: Civitas, 2001, pág. 201. También ha destacado la doctrina que, entre las escasas referencias a los derechos fundamentales que se recogen en el ET, está la contenida en el artículo 4.2 d) (integridad física): ROMÁN DE LA TORRE, M.D.: *op. cit.*, pág. 304.

A la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional, podemos concluir que la orden empresarial, frente a la que el trabajador ejercita el derecho reconocido en el artículo 21.2 de la LPRL, supone una vulneración de su derecho fundamental a la vida e integridad física en tanto genere una situación de riesgo relevante.

En definitiva, positiva el artículo 21.2 de la LPRL un derecho de resistencia del trabajador frente a órdenes empresariales que vulneran su derecho fundamental a la vida e integridad física (art. 15 CE). La entrada de los derechos fundamentales en esta dialéctica poder de dirección-deber de obediencia va a tener, como veremos más adelante, importantes consecuencias en cuanto a la configuración de la posible respuesta empresarial frente al ejercicio legítimo de este derecho.

3. Requisitos para el válido ejercicio del derecho individual de paralización y consecuencias derivadas del mismo

El válido ejercicio del derecho de resistencia positivado en el artículo 21.2 de la LPRL exige, en primer lugar, que la situación de riesgo frente a la que se ejerce la autotutela por parte del trabajador aparezca caracterizada por una especial puesta en peligro de su seguridad y salud. Así, el *ius resistentiae* que ha sido acogido en la ley prevencionista no puede ejercerse frente a cualquier situación de riesgo o peligro sino ante situaciones agravadas que puedan calificarse como de «riesgo grave e inminente».

La LPRL, en un plano sustantivo, introdujo en nuestro ordenamiento las definiciones de «riesgo laboral» y de «riesgo grave e inminente». Según el artículo 4.2 de la LPRL, el riesgo laboral es la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo y para calificarlo desde el punto de vista de su gravedad se habrá de valorar conjuntamente la probabilidad de que se produzca el daño y la severidad del mismo. Conforme a estos criterios, el riesgo merecerá la calificación de grave inminente «cuando resulte probable racionalmente que se materialice en un futuro inmediato y pueda suponer un daño grave para la salud de los trabajadores» (art. 4.4 LPRL).

Siguiendo con los requisitos que han de concurrir para el válido ejercicio por parte del trabajador de su derecho de paralización, una cuestión a dilucidar es la de si es necesario el previo incumplimiento empresarial de su deber de seguridad para que el trabajador pueda interrumpir su actividad laboral. A diferencia de lo que hace el apartado tercero del artículo 21 de la LPRL para el supuesto en el que la paralización haya de ser decidida por los representantes de los trabajadores, el apartado segundo, al reconocer el derecho de cada trabajador a decidir individualmente la paralización, no supedita su ejercicio al hecho de que el empresario no haya adoptado las medidas necesarias para garantizar la seguridad y salud del trabajador. Ahora bien, teniendo en cuenta la obligación empresarial prevista en el artículo 21.1 b) de la LPRL⁸⁵ podemos concluir que, ante una situación de riesgo grave e inminente, la decisión del trabajador de paralizar su actividad laboral irá precedida en todo caso de un incumplimiento

⁸⁵ Según este precepto, el empresario debe adoptar «las medidas y dar las instrucciones necesarias para que, en caso de peligro grave, inminente e inevitable, los trabajadores puedan interrumpir su actividad y, si fuera necesario, abandonar de inmediato el lugar de trabajo».

to empresarial de su deber de seguridad, no en el sentido de que la situación de riesgo le sea imputable sino en el de que el empresario no ha adoptado las medidas exigidas por la normativa prevencionista para esa situación y que, en concreto, se centran en la orden de interrupción y abandono del trabajo⁸⁶.

Por otra parte, y aunque nada diga el artículo 21.2 de la LPRL, el trabajador que interrumpe su actividad laboral por existencia de un riesgo grave e inminente tiene la obligación, siempre que las circunstancias del caso lo permitan y en virtud del artículo 29.1.4 de la LPRL, de informar de inmediato a su superior jerárquico directo, y a los trabajadores designados para realizar actividades de protección y de prevención o, en su caso, al servicio de prevención acerca de la existencia en la empresa de dicha situación de riesgo.

Por último, señalar que el ejercicio del trabajador de su derecho a interrumpir la actividad laboral no enerva totalmente la puesta a disposición del trabajador, que deberá estar disponible para reanudar el trabajo tan pronto como se levante la situación de riesgo⁸⁷. A este respecto, debemos tener en cuenta que de los términos en que se reconoce el derecho de interrupción de la actividad laboral en el apartado segundo del artículo 21 de la LPRL se deriva que la paralización no va a suponer en todo caso el abandono del centro de trabajo⁸⁸, por lo que el empresario podrá asignar «las mismas u otras tareas en zonas seguras al trabajador desplazado mientras los equipos de salvamento o seguridad eliminan el riesgo»⁸⁹.

Pasando a analizar las consecuencias que se derivan del ejercicio por parte del trabajador de su derecho de paralización, se ha entendido por la doctrina que el derecho del trabajador al salario⁹⁰ se derivaría de la aplicación, a estos supuestos, del artículo 30 del ET en tanto la interrupción de la actividad ha de imputarse al empresario que tiene el deber de seguridad⁹¹. Este criterio, que es plenamente aplicable a los supuestos de interrupción del trabajo estudiados en el apartado anterior, ya había sido mantenido en sede judicial: STCT de 28 de junio de 1978⁹².

Ahora bien, para el caso de que el trabajador yerre en su apreciación y no exista situación de riesgo que justifique la interrupción de los trabajos, no cabrá imputar al empresario la imposibilidad

⁸⁶ FERNÁNDEZ MARCOS, L.: «Derechos y obligaciones derivados de la situación de riesgo grave e inminente», *AL*, n.º 44, 1996, pág. 853; GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J.: *op. cit.*, pág. 142.

⁸⁷ OJEDA AVILÉS, A.: *op. cit.*, pág. 315.

⁸⁸ Lo que solo se producirá en caso necesario, esto es, cuando el riesgo grave e inminente no afecte exclusivamente a su concreto puesto de trabajo o a una zona limitada de la empresa sino que se extienda a todas las dependencias de la misma.

⁸⁹ OJEDA AVILÉS, A.: *op. cit.*, pág. 316.

⁹⁰ Es de destacar que otros preceptos de la ley prevencionista que regulan supuestos distintos de paralización de actividades por incumplimiento de las normas de seguridad y salud sí reconocen expresamente el derecho del trabajador a percibir el salario: artículos 44.2 y 53 de la LPRL.

⁹¹ IGARTUA MIRÓ, M.T.: *op. cit.*, pág. 189; SEMPERE NAVARRO, A.V.; GARCÍA BLASCO, J.; GONZÁLEZ LABRADA, M.; CARDENAL CARRO, M.: *op. cit.*, pág. 203; OJEDA AVILÉS, A.: *op. cit.*, pág. 321.

⁹² RTCT 1978/ 4547. Mantiene esta sentencia que el ejercicio por parte del trabajador de su *ius resistendae* no afecta a la subsistencia activa de la relación laboral, «ni al deber de la empresa de abonar los salarios y cotizar a la Seguridad Social», deduciendo tales consecuencias de lo prevenido en el artículo 11 de la OGHST así como del artículo 47 de la LCT «igualmente aplicable al equipararse el tan repetido riesgo a las circunstancias imputables al empleador a que se refiere tal precepto».

de que el trabajador preste su actividad laboral en condiciones de seguridad y, por tanto, no será de aplicación el artículo 30 del ET para establecer el derecho del trabajador al salario.

En cuanto a la posibilidad de que en este supuesto el empresario deje de pagar el salario correspondiente al tiempo no trabajado, debe traerse a colación lo establecido en el artículo 21.4 de la LPRL, que prohíbe que los trabajadores sufran perjuicio alguno derivado de la interrupción de su actividad salvo que hubiesen obrado de mala fe o cometido negligencia grave.

Por otra parte, la referencia que el apartado segundo del artículo 21 de la LPRL hace a la «consideración» del trabajador sobre la existencia del riesgo, implica que la concurrencia de la gravedad e inminencia del riesgo sufra «una mutación significativa por efecto del criterio subjetivo»⁹³ de aquel. De esta forma, la inexistencia del riesgo grave e inminente no excluye el ejercicio legítimo por parte del trabajador de su derecho de paralización, ya que al supeditarse este a la consideración del trabajador de la existencia del riesgo se están amparando posibles errores de apreciación por parte de los trabajadores. Errores que no pueden acarrear ningún perjuicio para el trabajador, debiendo entenderse que la «simple imprudencia, o la apresurada apreciación no maliciosa de la situación de "riesgo grave e inminente", en el ejercicio de este derecho excluye, al parecer, toda clase de medida disciplinaria»⁹⁴, lo que va a suponer una quiebra del régimen normativo previsto en el artículo 58 del ET⁹⁵.

De esta forma, aun no existiendo el riesgo grave e inminente, el trabajador que interrumpió su actividad obrando de buena fe, aunque erradamente, mantendrá su derecho al salario. Solo en el caso de que el empresario pruebe la mala fe o negligencia grave del trabajador podrá descontarle el salario por el tiempo que haya durado la interrupción de la actividad⁹⁶: STSJ de Navarra de 31 de octubre de 2005⁹⁷, que declara ajustado a derecho el descuento en el salario que realiza la empresa a dos trabajadores que interrumpieron su actividad en ejercicio del derecho reconocido en el artículo 21.2 de la LPRL. La interrupción tuvo como motivo las bajas temperaturas a que estaban expuestos –entre nueve y diez grados–, entendiéndose la referida resolución judicial que resulta obvio que estas temperaturas no suponen un riesgo grave e inminente, «pudiendo calificarse la postura de los trabajadores de unilateral, arbitraria y desproporcionada...».

Por lo que se refiere a la calificación del despido que pueda producirse como respuesta sancionadora de la empresa frente al ejercicio legítimo del derecho reconocido en el artículo 21.2 de la

⁹³ SEMPERE NAVARRO, A.V.; GARCÍA BLASCO, J.; GONZÁLEZ LABRADA, M. y CARDENAL CARRO, M.: *op. cit.*, pág. 199.

⁹⁴ FERNÁNDEZ MARCOS, L.: «Derechos y obligaciones...», *op. cit.*, pág. 857. En este mismo sentido, destaca IGARTUA MIRÓ que «el mero error en la apreciación o incluso la imprudencia leve a la hora de decidir la paralización no puede conllevar perjuicios para el trabajador, no dejando entrada, por tanto, a la utilización empresarial de su potestad disciplinaria»: IGARTUA MIRÓ, M.T.: *op. cit.*, pág. 168.

⁹⁵ FERNÁNDEZ MARCOS, L.: «Derechos y obligaciones...», *op. cit.*, pág. 853.

⁹⁶ SEMPERE NAVARRO, A.V.; GARCÍA BLASCO, J.; GONZÁLEZ LABRADA, M.; CARDENAL CARRO, M.: *op. cit.*, pág. 204. El hecho de que la negligencia leve del trabajador a la hora de decidir la paralización de trabajos sea amparada por el apartado cuarto del artículo 21 lleva a MONTROYA y PIZÁ a criticar la «lenidad de la LPRL hacia la adopción de medidas poco diligentes que pueden tener gravísimas e irreparables consecuencias sobre la empresa y su continuidad»: MONTROYA MELGAR, A. y PIZÁ GRANADOS, J.: *Curso de Seguridad y Salud en el Trabajo*, Madrid: McGraw-Hill, 2000, pág. 223.

⁹⁷ AS 2005/3433.

LPRL, es de destacar que, a diferencia de lo que ocurría en los supuestos analizados en el apartado anterior, la decisión extintiva merecerá en estos casos la calificación de nulidad, en cuanto vulnera el derecho fundamental reconocido en el artículo 15 de la CE⁹⁸.

IV. CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo hemos analizado la configuración del derecho de resistencia del trabajador por motivos de seguridad y salud en el trabajo. Cabe concluir, a este respecto, que dada la trascendencia de los bienes jurídicos en juego –vida e integridad física–, el *ius resistentiae* del trabajador frente a órdenes empresariales en el campo de la seguridad e higiene ha de reconocerse siempre que la «irregularidad» de la orden implique un riesgo para la salud del trabajador.

Lo anterior supone negar, para estos supuestos, el principio *solve et repete* como criterio hermenéutico acerca del alcance del deber de obediencia. El trabajador podrá, pues, enjuiciar desde un primer momento la regularidad de la orden empresarial y desobedecerla legítimamente, si del cumplimiento de la misma se deriva para él una situación de peligro. Partiendo de que, como ha señalado SUPLOT, «en la relación de trabajo, y a diferencia del empresario, el trabajador no arriesga su patrimonio, arriesga su piel»⁹⁹, el reconocimiento del derecho de resistencia en situaciones de riesgo supone dar preeminencia a la seguridad y salud de los trabajadores frente al interés organizativo y productivo del empresario –encarnado este en la ejecutividad inmediata de las órdenes empresariales postulada por el *solve et repete*–.

Este derecho de resistencia del trabajador aparece reconocido normativamente en el artículo 21.2 de la LPRL. Ahora bien, el *ius resistentiae* del trabajador por razones de seguridad e higiene va más allá de lo positivado en la ley prevencionista. Así, en el segundo apartado de este trabajo hemos podido comprobar que el derecho de resistencia se reconoce judicialmente a los trabajadores siempre que pueda entenderse que la orden empresarial genera una situación de peligro, sin necesidad de que concurren las dos características que sirven para calificar el riesgo en el artículo 21.2 de la LPRL: gravedad e inminencia.

Ahora bien, debe destacarse que el nivel de protección concedido no es el mismo en los dos supuestos.

⁹⁸ PALOMINO SAURINA, P. en SEMPERE NAVARRO, A.V. (dir.), *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Pamplona: Aranzadi, 2010, pág. 313; MONREAL BRINGSVAERD, E. en PÉREZ DE LOS COBOS, F. (dir.), *Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Comentada y con jurisprudencia*, Madrid: La Ley, 2008, pág. 424; OJEDA AVILÉS, A.: *op.cit.*, pág. 323; GONZÁLEZ LABRADA, M.: *Seguridad y salud en el trabajo y responsabilidad contractual del empresario*, Barcelona: Cedecs, 1996, pág. 433. A este respecto, la STS de 16 de abril de 2012 –JUR 2012/194171–, en la que se declara la nulidad de un despido por acoso laboral que vulnera los derechos fundamentales de los artículos 15 y 18 de la CE, ha aclarado en unificación de doctrina que el efecto de esta declaración es necesariamente la reincorporación del trabajador despedido, sin que se le pueda dar la opción a este para extinguir el contrato con las indemnizaciones correspondientes. Este efecto de extinción indemnizada podrá darse, según el Tribunal Supremo, a petición del trabajador y en ejecución de sentencia.

⁹⁹ SUPLOT, A.: *op. cit.*, pág. 90.

Así, si la gravedad del riesgo implica que la orden empresarial vulnera el derecho fundamental del artículo 15 de la CE conforme a la jurisprudencia constitucional –lo que ocurrirá cuando nos encontremos ante un riesgo «grave»¹⁰⁰–, el *ius resistentiae* que se oponga frente a dicha orden se verá reforzado por dos garantías¹⁰¹: 1) inversión de la carga probatoria; 2) calificación como nulo del despido.

La tutela plena del derecho fundamental a la vida e integridad física exige la calificación de nulidad del despido en estos casos, lo que, como acertadamente ha señalado MONREAL BRINSVAERD¹⁰², exige un necesario cambio en nuestra doctrina jurisprudencial y judicial ya que esta, como hemos podido comprobar en este trabajo, califica como improcedentes los despidos, al margen de la gravedad de los riesgos generados por las órdenes empresariales.

Por el contrario, en el supuesto de que el riesgo generado por la orden empresarial no revista la gravedad suficiente para entender que está en juego el derecho fundamental a la vida e integridad física del trabajador, la desobediencia de este estará justificada, pero será el trabajador quien haya de probar la «irregularidad» de la orden que motiva su actitud¹⁰³ y la calificación de la decisión extintiva decidida por la empresa frente al legítimo *ius resistentiae* del trabajador será la de «improcedente».

Conviene recordar aquí las «negativas» consecuencias que esta calificación tiene, desde el punto de vista de la indemnidad que para el trabajador habría que predicar como deseable cuando su desobediencia está justificada, y que, siguiendo a BAYLOS GRAU¹⁰⁴, serían las siguientes: 1) la rescisión del contrato estará asegurada en función de la opción del empleador; 2) efecto disuasorio para los trabajadores en función de sus expectativas en el mercado laboral; 3) afirmación del poder directivo aun ejercitado fuera de sus límites legales.

De esta forma y siguiendo ahora a BAYLOS GRAU y PÉREZ REY, podemos decir que, en gran medida, la calificación del despido como «improcedente» mantiene, en estos supuestos de desobediencia justificada, la capacidad de retorsión empresarial intacta, apenas si inquietada por las consecuencias patrimoniales de esta decisión extintiva contraria al ordenamiento jurídico¹⁰⁵.

Por último, destacar el subjetivismo enorme que se hace recaer en los Tribunales¹⁰⁶ que, al enjuiciar la desobediencia del trabajador, su justificación y el alcance de la protección a la que tienen

¹⁰⁰ Adviértase que, según la jurisprudencia constitucional que hemos analizado en el apartado tercero de este trabajo, la vulneración del derecho fundamental reconocido en el artículo 15 de la CE se produce siempre que de la orden se derive un riesgo «grave», sin que exija el Tribunal Constitucional la concurrencia de la cualidad de «inminencia».

¹⁰¹ OJEDA AVILÉS, A.: *op. cit.*, pág. 323.

¹⁰² MONREAL BRINSVAERD, E.: *op. cit.*, pág. 425.

¹⁰³ GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: *op. cit.*, pág. 52; MONTOYA MELGAR, A.: «El poder de dirección del empresario»..., *op. cit.*, pág. 590. En este sentido, destaca la STSJ de Extremadura de 15 de febrero de 2007 –JUR 2007/121031–, que es al trabajador «a quién incumbe acreditar que la orden en cuestión fue ilegal, entrañaba peligro, estaba justificada la negativa a realizar las funciones encomendadas, etc., es decir, aquellos hechos que excluyen la aplicación del artículo 54.2 b) del Estatuto de los Trabajadores».

¹⁰⁴ BAYLOS GRAU, A.: *op. cit.*, pág. 51.

¹⁰⁵ BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J.: *El despido o la violencia del poder privado*, Madrid: Trotta, 2009, pág. 120.

¹⁰⁶ Idea destacada por MONREAL BRINSVAERD, E.: *op. cit.*, pág. 426.

derecho, han de lidiar con conceptos como los de «peligro», «riesgo», «gravedad», «inminencia»; conceptos que, a pesar del intento clarificador del artículo 4 de la LPRL, han de considerarse como conceptos jurídicos indeterminados, cuya concreción constituye una operación que «en su aplicación práctica ofrece, sin duda, dificultades, debiendo valorarse todas las circunstancias concurrentes...» (STS de 27 de febrero de 1998¹⁰⁷), apelando «a criterios de experiencia, lógica y puramente técnicos» (STS de 12 de noviembre de 2001¹⁰⁸).

¹⁰⁷ RJ 1998/2543. En este mismo sentido, STS de 2 de julio de 1996 (RJ 1996/5605).

¹⁰⁸ RJ 2002/1769.