

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y TRABAJO SOCIAL



TESIS DOCTORAL

**DERECHO DE RESISTENCIA Y EJERCICIO
IRREGULAR DEL PODER DE DIRECCIÓN**

**ESPECIAL REFERENCIA A LA AUTOTUTELA INDIVIDUAL EN
SITUACIONES DE RIESGO GRAVE E INMINENTE**

Autora:
ROSA MARÍA MORATO GARCÍA

Director:
RAFAEL SASTRE IBARRECHE

Salamanca, Abril de 2009

Memoria presentada para la obtención del grado de Doctor en Derecho por la
Universidad de Salamanca, elaborada por Dña. Rosa María Morato García, bajo la
dirección del Prof.Dr.D. Rafael Sastre Ibarreche.

Salamanca, abril de 2009

Rosa María Morato García
Doctorando

Rafael Sastre Ibarreche
Director

A la memoria de Sixto García

«Es una experiencia eterna, que todo hombre que tiene poder siente la inclinación a abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites. ¡Quién lo diría! La misma virtud necesita límites. Para que no se pueda abusar del poder es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder frene al poder» (Libro XI, cap. IV).

(Montesquieu. Del espíritu de las leyes)

ABREVIATURAS

AA.VV.	Autores Varios.
Act. Ed.	La Ley-Actualidad Editorial.
ADL	<i>Argomenti di Diritto del Lavoro.</i>
AL	<i>Actualidad Laboral.</i>
AJEE	Anuario Jurídico y Económico Escorialense.
Art./s.	Artículo/ artículos.
AS	<i>Aranzadi Social.</i>
ATC	Auto del Tribunal Constitucional.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
C.C.	Convenio colectivo.
<i>c.c.</i>	<i>Codice Civile</i> , R.D. 16 marzo 1942.
<i>Cass.</i>	<i>Sentencia de la Corte de Cassazione.</i>
Cc	Código Civil.
CDP	<i>Cuadernos de Derecho Público.</i>
CE	Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978.
CEC	Centro de Estudios Constitucionales.
CEEP	Centro Europeo de la Empresa Pública.
CES	Consejo Económico y Social.
CES	Confederación Europea de Sindicatos.
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial.
Cit.	Citado.
Coord.	Coordinación.
CP	Código Penal.
CRL	<i>Cuadernos de Relaciones Laborales.</i>
DGITSS	Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.
Dir.	Dirección.
<i>Dir.Lav.</i>	<i>Diritto del Lavoro.</i>
<i>Dir.Rel.Ind.</i>	<i>Diritto delle Relazioni Industriali.</i>
DM	Directiva-Marco sobre seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo, 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989.
Disp. Ad.	Disposición adicional.
DL	<i>Documentación Laboral.</i>
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas.
DPR	Decreto de Presidente della Repubblica.
<i>Dr.Soc</i>	<i>Droit Social.</i>
DS	<i>Revista Derecho y Salud.</i>
Ed.	Edición.
Edersa	Editoriales de Derecho Reunidas.
EM	Exposición de Motivos.

ET	Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (RD Legislativo 1/1995, de 24 de marzo).
Fj.	Fundamento Jurídico.
<i>Giorn.Dir.Lav.Rel.Ind.</i>	<i>Giornale del Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali.</i>
<i>Giur.It.</i>	<i>Giurisprudenza Italiana.</i>
IEAL	Instituto de Estudios de Administración Local.
IEP	Instituto de Estudios Políticos.
INSHT	Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo.
<i>ISL</i>	<i>Igiene e Sicurezza del Lavoro.</i>
<i>JL</i>	<i>Justicia Laboral.</i>
JUR	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi (en soporte electrónico).
<i>Lav. Dir.</i>	<i>Lavoro e Diritto.</i>
LCAPA	Ley de Calidad del Aire y Protección de la Atmósfera (34/2007, de 15 noviembre).
LCT	Ley de Contrato de Trabajo.
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil.
LETA	Ley del Estatuto del Trabajador Autónomo (Ley 20/2007, de 11 de julio).
LGSS	Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social.
LISOS	Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (DL. Legislativo 5/2000, de 4 de agosto).
LO	Ley Orgánica.
LOCC	Ley Orgánica 2/1997, de 19 de junio, Reguladora de la Cláusula de Conciencia de los Profesionales de la Información.
LOIEMH	LO 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres.
LOITSS	Ley Orgánica de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, Ley 42/1997, de 14 de noviembre.
LPL	Ley de Procedimiento Laboral.
LPRL	Ley de Prevención de Riesgos Laborales.
LRL	Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales.
LRM	Ley 26/2007, 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental.
<i>Mass.Giur.Lav.</i>	<i>Massimario di Giurisprudenza del Lavoro.</i>
MTAS	Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
MTSS	Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
NTP	Nota Técnica Preventiva.
OGSHT	Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo (Orden de 9 de marzo de 1971).
OIT	Organización Internacional del Trabajo.
<i>PJ</i>	<i>Poder Judicial.</i>

PS	Proyecto Social.
<i>Quad.Dir.Lav.Rel.Ind.</i>	<i>Quaderni di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali.</i>
RD	Real Decreto.
RDL	Real Decreto Ley.
RDLRT	Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo.
RDP	<i>Revista de Derecho Político.</i>
RDP _r	<i>Revista de Derecho Privado.</i>
RDS	<i>Revista de Derecho Social.</i>
RDTSS	<i>Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.</i>
REDA	<i>Revista Española de Derecho Administrativo.</i>
REDC	<i>Revista Española de Derecho Constitucional.</i>
REDT	<i>Revista Española de Derecho del Trabajo.</i>
REP	<i>Revista de Estudios Políticos.</i>
RFDUC	<i>Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.</i>
RGDTSS	<i>Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.</i>
<i>Riv.Dir.Priv.</i>	<i>Rivista di Diritto Privato.</i>
<i>Riv.Giur.Lav.</i>	<i>Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale.</i>
<i>Riv.It.Dir.Lav.</i>	<i>Rivista Italiana di Diritto del Lavoro.</i>
RJ	Aranzadi (Repertorio de Jurisprudencia del TS).
RL	<i>Relaciones Laborales.</i>
RMTAS	<i>Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.</i>
RPS	<i>Revista de Política Social.</i>
RSC:	Responsabilidad Social Corporativa.
RSP	Reglamento de los Servicios de Prevención.
RTSS (CEF)	<i>Estudios Financieros, Revista de Trabajo y Seguridad.</i>
RTSS	<i>Revista de Trabajo y Seguridad Social.</i>
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional.
SJS	Sentencia del Juzgado de lo Social.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STCT	Sentencia del Tribunal Central de Trabajo.
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
Taed	<i>Trabajador autónomo económicamente dependiente.</i>
TL	<i>Temas Laborales.</i>
TS	<i>Tribuna Social.</i>
TUE	Tratado de la Unión Europea (Maastricht, 7 febrero 1992).
UE	Unión Europea.
UNICE	Unión de Industrias de la Comunidad Europea.

Vid.
Vol.

Vide.
Volumen.

ÍNDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO PRIMERO	
SOBRE EL PODER DE DIRECCIÓN EN LA RELACIÓN INDIVIDUAL DE TRABAJO	
I. PERFILES JURÍDICOS DEL PODER EMPRESARIAL.....	5
II. DE LA DEPENDENCIA JERÁRQUICA.....	11
1. Noción jurídica del poder de dirección.....	11
2. Relevancia calificadora en la determinación del ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo.....	14
3. El deber de obediencia: aspecto jurídico pasivo de la subordinación.....	32
3.1. Modalización y fuerza imperativa de los mandatos empresariales.....	37
3.2. La obediencia debida confinada en la dimensión contractual.....	44
III. FUNDAMENTO DEL PODER DE DIRECCIÓN.....	47
1. La respuesta comunitaria e institucionalista.....	48
2. Tomas de posición favorables a la legitimación contractual del poder directivo.....	56
3. Valoración crítica.....	59
IV. CONTENIDO DEL PODER DIRECTIVO.....	67
1. Facultades componentes del poder de dirección.....	68
2. Prerrogativas de carácter instrumental.....	78
3. Instrumentos de ejercicio.....	87
3.1. Órdenes e instrucciones.....	87
3.2. Intervención de los códigos de conducta en la dirección empresarial...	91

CAPÍTULO SEGUNDO
RECONDUCCIÓN DE LA OBEDIENCIA EXIGIBLE AL EJERCICIO
REGULAR DEL PODER DIRECTIVO

I. CONSIDERACIONES GENERALES.....	107
II. ALCANCE DE LA OBLIGACIÓN DE CUMPLIR LAS ÓRDENES E INSTRUCCIONES PATRONALES.....	109
III. LÍMITES SUBJETIVOS: ORDENACIÓN DE LA PRESTACIÓN POR EL TITULAR DE LAS FACULTADES DIRECTIVAS.....	113
1. El ejercicio funcional de la dirección delegada.....	113
2. Titularidad del poder directivo en los supuestos de segmentación de las unidades productivas y agrupación de empresas.....	118
IV. LÍMITES MATERIALES: CONTENIDO DE LAS ÓRDENES E INSTRUCCIONES.....	135
1. Análisis desde el plano constitucional.....	136
1.1. La matizada aplicabilidad del principio del «Drittwirkung der Grundrechte» en nuestro ordenamiento.....	137
1.2. El juicio ponderativo en la resolución del conflicto que subyace al ejercicio del poder de dirección.....	142
1.3. Intervención de los derechos fundamentales como criterio modulador de la fuerza imperativa de los mandatos empresariales.....	153
1.4. Manifestaciones del poder directivo potencialmente lesivas de los derechos fundamentales.....	154
1.4.1. Obediencia debida y dignidad del trabajador.....	155
1.4.2. Exigencias empresariales que afectan al aspecto externo en el centro de trabajo.....	157
1.4.3. Examen de la regularidad de las órdenes empresariales desiguales.....	163
2. Análisis desde el plano legal y convencional.....	175
3. El papel del contrato en la definición de la regularidad del ejercicio del poder directivo.....	182
3.1. Revalorización del contrato de trabajo como instrumento delimitador del espacio de disponibilidad empresarial.....	183

3.2. Reconducción de la obligación contractual a la prestación pactada: clasificación profesional y el controvertido concepto de «trabajo convenido».....	187
3.3. Reordenación del poder de variación empresarial y distensión de la superficie de actuación del poder de dirección.....	192
3.4. Exclusión de la vida privada del ámbito de actuación de las facultades directivas.....	196
V. LÍMITES INTERNOS AL EJERCICIO DEL PODER DIRECTIVO.....	202
1. Cuestiones generales: diferenciación conceptual entre límites externos e internos.....	203
2. Teorías relativas a la funcionalización del poder directivo y su incidencia sobre la obediencia debida.....	204
3. Juicio de razonabilidad: ¿exigencia derivada de la interdicción de arbitrariedad?.....	207
4. Revalorización de las categorías jurídicas civiles: especial referencia al abuso del derecho y la buena fe.....	216
VI. CONDICIONES DE LEGITIMIDAD FORMAL.....	229
1. Procedimentalización.....	229
2. Justificación.....	235

CAPÍTULO TERCERO

DESOBEDIENCIA JUSTIFICADA Y AUTONOMÍA DECISORIA DEL TRABAJADOR

I. PLANTEAMIENTO Y OBJETIVOS.....	241
1. Diversas teorías en relación a la justificación de la desobediencia en el trabajo.....	243
2. Derecho de resistencia frente a mandatos irregulares de los superiores jerárquicos. Una declaración de intenciones.....	246
II. LA DESOBEDIENCIA LEGÍTIMA Y EL <i>IUS RESISTENTIAE</i> EN LA JURISPRUDENCIA.....	249
1. Pervivencia actual de alguno de los postulados del principio <i>solve et repete</i>	251

1.1. A medio camino entre el reconocimiento del derecho de resistencia y la negativa a convenir la calificación unilateral de la decisión empresarial..	257
1.2. Excepciones a la ejecutoriedad de los mandatos empresariales: el estrecho margen de actuación del <i>ius resistentiae</i>	260
1.3. Ejecutividad de ciertos actos de ejercicio del poder empresarial.....	295
2. La consecuencia más palpable de ausencia de un criterio interpretativo homogéneo: la dispar apreciación judicial de la sanción por indisciplina y desobediencia.....	298
2.1. Art. 54. 1, <i>b</i> ET: el punto de convergencia entre el poder disciplinario y el poder de dirección.....	299
2.2. La enredada articulación jurídica del despido por desobediencia en la práctica jurisprudencial. A modo de síntesis.....	302
3.3. ¿Se consolida un cambio de orientación?.....	309
III. AUTOTUTELA INDIVIDUAL. ANÁLISIS TEÓRICO-DOCTRINAL.....	313
1. Noción de derecho de resistencia como figura específica de autotutela de los derechos laborales.....	315
2. Posiciones doctrinales sobre la admisibilidad del derecho de resistencia.....	317
2.1. La clásica oposición al <i>ius resistentiae</i> : un reclamo a la supremacía empresarial.....	317
2.2. Indagaciones en torno a la cobertura justificativa de la desobediencia a las pretensiones ilegítimas del empresario.....	322
3. El soporte legal del derecho de resistencia.....	330
4. Consecuencias jurídicas del reconocimiento del <i>ius resistentiae</i>	334
5. La incuestionable necesidad de articular un escudo jurídico tangible frente a la práctica directiva ilícita.....	338
5.1. Balance sobre el arriesgado ejercicio de la autotutela individual.....	338
5.2. Idoneidad del <i>ius resistentiae</i> como sistema de protección de los derechos del trabajador: tutela inmediata y tutela adecuada.....	347
IV. PRESUPUESTOS DE EJERCICIO DEL <i>IUS RESISTENTIAE</i>	349
1. Condiciones materiales y formales.....	349
2. La adecuación a los requerimientos de diligencia y de la buena fe.....	351

CAPÍTULO CUARTO
EL RECONOCIMIENTO NORMATIVO DEL *IUS RESISTENTIAE*

I. SUPUESTOS LEGALES DE LEGÍTIMA OPOSICIÓN A LA VOLUNTAD PATRONAL Y GARANTÍA DE INDEMNIDAD.....	355
1. Garantía al libre ejercicio de la función informativa.....	356
1.1. La cláusula de conciencia en su dimensión de resistencia a las facultades de mando en la empresa de comunicación.....	360
1.2. A favor del entendimiento amplio del derecho.....	364
2. Protección legal del principio de voluntariedad.....	367
2.1. Tránsito flexible de los trabajos a tiempo completo y tiempo parcial...	367
2.2. Derecho de resistencia frente a la hora complementaria ilegal.....	371
3. Recapitulación: el problema de las garantías que aseguran la efectividad del derecho de resistencia.....	376
II. EJERCICIO INDIVIDUAL DE LA POTESTAD DE AUTOTUTELA EN SITUACIÓN DE «RIESGO GRAVE E INMINENTE».....	380
1. Introducción.....	380
2. Fijación legislativa de la autotutela preventiva de tipo individual.....	382
2.1. Del derecho a la promoción y protección de la salud.....	382
2.2. Modalización de la ordenación directiva en beneficio del derecho a la seguridad y salud en el trabajo.....	386
2.3. Sobre la institución de un mecanismo jurídico de autodefensa frente a la potencial agresión de valores vitales.....	390
3. La problemática de la calificación jurídica y fundamento del derecho.....	391
3.1. El anclaje constitucional del derecho a suspender temporalmente la ejecución de la prestación laboral.....	392
3.2. Reconocimiento jurídico-positivo del <i>ius resistentiae</i> para la defensa de intereses propios en el campo de la seguridad y salud laboral.....	396
3.3. Excepción de contrato no cumplido.....	401
4. Discusión teórica acerca de la existencia de un deber de interrumpir la ejecución de los trabajos.....	405
5. Articulación jurídica del <i>ius resistentiae</i> en la LPRL.....	412
5.1. Presupuesto de hecho habilitante.....	412
5.1.1. Definición legal del riesgo grave e inminente.....	414
5.1.2. Las dudas que suscita la descripción normativa: campo abierto al conflicto de interpretaciones entre los contratantes.....	420
5.1.3. Circunstancias desencadenantes del riesgo.....	422

5.2. Delimitación de los contenidos sustantivos del derecho.....	447
5.2.1. Disección de la actuación exigible al empresario.....	447
5.2.2. Reacción defensiva directa de dimensión individual.....	452
6. Argumentos a favor de la operatividad del <i>ius resistentiae</i> más allá del supuesto de riesgo grave e inminente.....	464
6.1. El empleo de la <i>exceptio inadempti contractus</i> como recurso jurídico alternativo al <i>ius resistentiae</i>	475
6.2. Cánones determinantes de la eximente de «obediencia debida».....	480
7. El tratamiento del derecho en la negociación colectiva.....	485
7.1. Previsiones convencionales al respecto.....	487
7.2. Reflexiones conclusivas: la necesidad de rebajar el inhibicionismo convencional.....	490
8. Garantías legales anudadas al ejercicio regular del derecho.....	494
8.1. Específica cobertura jurídica dispensada al rechazo a mantener la actividad.....	495
8.2. Parámetros de enjuiciamiento de la corrección jurídica de la conducta de resistencia.....	503
8.3. Factores determinantes de la responsabilidad.....	507
9. Intervención de los representantes de los trabajadores en el supuesto de riesgo grave e inminente.....	509
9.1. Sistema dualista de autoprotección.....	509
9.2. Confrontación entre trabajadores y sus representantes en torno al ejercicio del <i>ius interruptionis</i>	511

CAPITULO QUINTO

CONCLUSIONES	519
--------------------	-----

ANEXO

BIBLIOGRAFÍA.....	537
-------------------	-----

CAPÍTULO PRIMERO

SOBRE EL PODER DE DIRECCIÓN EN LA RELACIÓN INDIVIDUAL DE TRABAJO

CAPÍTULO SEGUNDO

RECONDUCCIÓN DE LA OBEDIENCIA EXIGIBLE AL EJERCICIO REGULAR DEL PODER DIRECTIVO

CAPÍTULO TERCERO

DESOBEDIENCIA JUSTIFICADA Y AUTONOMÍA DECISORIA DEL TRABAJADOR

CAPÍTULO CUARTO

EL RECONOCIMIENTO NORMATIVO DEL *IUS*

RESISTENTIAE

CAPÍTULO QUINTO

CONCLUSIONES

ANEXO

BIBLIOGRAFÍA

CAPÍTULO PRIMERO

SOBRE EL PODER DE DIRECCIÓN EN LA RELACIÓN INDIVIDUAL DE TRABAJO

I. PERFILES JURÍDICOS DEL PODER EMPRESARIAL

De la iniciativa económica privada reconocida constitucionalmente se deriva el libre ejercicio de las actividades empresariales, lo que viene a suponer la capacidad de su titular para planificar los objetivos y estrategias de funcionamiento, así como para decidir los aspectos relativos a la combinación de los recursos humanos y medios materiales destinados a la producción. La capacidad discrecional para invertir el capital propio con tal fin presupone el reconocimiento de la propiedad privada y la libertad contractual y actúa, a su vez, como premisa necesaria para la libertad de concretar todos los elementos inherentes a la producción que se ofertará en el mercado. Esto es, el empresario goza de autonomía a la hora de decidir si celebrar o no un contrato y, a salvo de los posibles condicionamientos derivados de las normas constitucionales y de aquellos otros límites que puedan imponer los poderes públicos a las políticas de selección de personal (art. 17.2 y 3 ET)¹, para elegir a uno u otro trabajador². La empresa, entendida como lugar de producción e intercambio entre trabajo subordinado y retribución, es el escenario donde, a raíz de la constitución de una estructura de gobierno, adquiere una singular virtualidad el conflicto capital-trabajo asalariado (distinto de aquel que pudiera desenvolverse en el plano económico general) puesto que postula la presencia de poderes unilaterales en el terreno del contrato de trabajo.

Dicho de otro modo, el empresario participa de manera profesional en las relaciones productivas y de dicha cualidad jurídica el ordenamiento jurídico hace derivar un conjunto de derechos, particulares deberes y responsabilidades que vienen atribuidos precisamente a aquel que dirige su empresa y ejerce un poder jerárquico sobre los trabajadores subordinados que dependen de él. Así, habrá que convenir que la

¹ Sobre estas cuestiones pueden consultarse las reflexiones recogidas en CÁMARA BOTÍA, A., «Poder del empresario y prohibición de discriminación en el empleo», en *RMTAS*, núm. 33 (2001), pp. 75-98; BURGOS GINER, M^a.A., «Facultades empresariales de control en fase de acceso al empleo y formalización del contrato de trabajo», en *TS*, núm. 159 (2004), pp. 21-27 y SEMPERE NAVARRO, A.V., «Contratación laboral y libertad de empresa», en AA.VV. (Dir. Pérez de los Cobos, F.), *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, IEE, Madrid, 2005, pp. 69-130.

² La elección de los componentes de la plantilla corresponde al empresario siempre que no se haya previsto de manera expresa que tal facultad sea ejercida por acuerdo conjunto del empleador y los representantes de los trabajadores (por todas, STS 26 diciembre 1995, RJ/9844).

relación mantenida por quien aporta su actividad de trabajo y quien la retribuye es estructuralmente desigual siendo, además, el contrato de trabajo como título jurídico de este consensuado intercambio el que no sólo rubrica, sino que da lugar al vínculo de subordinación que une a ambas partes. En virtud del mismo, el empleador contará, entre otros recursos y posibilidades jurídicas, con la capacidad para modalizar la prestación de trabajo productivo según el interés principal de la empresa en tanto organización, pero también según los intereses particulares de los grupos componentes de la misma. La dispar posición del empresario respecto al empleado se manifiesta en la asunción de un auténtico derecho subjetivo o poder jurídico³ que forma parte de la dinámica del contrato de trabajo y se materializa en el «poder hacer» de su titular, quien podrá «intervenir en un hipotético haz de relaciones ligadas a un determinado fin»⁴.

La aparición de la fábrica y la necesidad de garantizar una plusvalía económica como contrapunto necesario a la organización productiva fueron hechos concluyentes en la intervención directiva, supervisora y disciplinaria de uno de los protagonistas del conflicto de intereses que viene a integrar el ordenamiento laboral. La manifiesta posición disonante o en desequilibrio que afecta a las partes de una relación laboral permanece inmutable como resultado de la propiedad privada de los medios de producción⁵. Sin embargo, la preeminencia jerárquica del empleador no encuentra ya de modo generalizado su alegato principal en la desigualdad socio-económica que afecta a los contratantes, aunque ésta se halle en el sustrato mismo de la relación dispar que se entabla entre ambos⁶. Si bien en los albores de la revolución industrial la sujeción del trabajador coincidía con una debilidad socio-económica reflejo de una bipartición de clases sociales y del mercado del trabajo donde la propiedad ajena de los bienes de

³ No pretende establecer este trabajo un línea delimitadora entre la noción de poder jurídico y la de derecho subjetivo, dados los trazos tan livianos que definen a una y otra. MONTROYA MELGAR, A., *El poder de dirección del empresario*, IEP, Madrid, 1965, p. 8, ya se cuestionaba la utilidad práctica de la operación teórica que pretenda entrar de lleno en la delimitación de ambos conceptos. De dicha tarea se derivan consecuencias predominantemente de cariz terminológico. Por su parte, como recuerda RIVERO LAMAS, «los poderes, las libertades y los derechos son términos de uso indistinto y equivalentes a los derechos subjetivos. Así, estos últimos son una expresión del poder de la voluntad (...); pero todo poder es también una expresión de libertad (...); a su vez, las libertades se traducen en derechos de su titular», [«Poderes, libertades y derechos en el contrato de trabajo», en *REDT*, núm. 80 (1996), p. 972]. No obstante, entre los distintos esfuerzos por dilucidar los rasgos diferenciales entre ambas figuras puede citarse a FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a F., *El poder disciplinario en la empresa*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 39-45 y ROMÁN DE LA TORRE, M^a D., *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Ediciones Grapheus, Valladolid, 1992, pp. 113-117.

⁴ OJEDA AVILÉS, A., *La renuncia de derechos del trabajador*, IEP, Madrid, 1971, p. 29.

⁵ En palabras del profesor ROMAGNOLI, la empresa «nunca puede ser democrática en el sentido de que, mientras la dialéctica gobierno-oposición presupone en los regímenes auténticamente democráticos la regla de la alternancia, en la fábrica la inversión de papeles es inadmisibile», [«Weimar, ¿y después?» en AA.VV., (Coord. Aparicio Tovar, J. y Baylos Grau, A.) *Autoridad y democracia en la empresa*, Trotta, Madrid, 1992, p. 22].

⁶ En este sentido, *vid.* PERSIANI, M., «Individuazione delle nuove tipologie tra subordinazione e autonomia», en *ADL*, núm. 1 (2005), p. 12, nota 48.

producción justificaba el carácter garantista de la disciplina, en la actualidad es lugar común que la función de dicha inferioridad con fines a la calificación de la dependencia del trabajador, dado del carácter contingente que le atenaza, está demasiado expuesta a valoraciones discrecionales⁷. Así pues, la justificación de tal persistencia piramidal se debe fundamentalmente a la concesión a uno de éstos de un elenco de poderes que le permiten organizar y disciplinar la actividad productiva a fin de favorecer la satisfacción de determinados resultados o intereses económicos y una posición competitiva de la empresa en el mercado⁸.

En suma, la conocida debilidad contractual del asalariado es de carácter eminentemente jurídico pues el ligamen que relaciona a una y otra parte de la relación laboral es el de la subordinación o dependencia (STC 3/1983, de 25 de enero, Fj. 3º). El conjunto de facultades a disposición empresarial gozan de entidad diferenciada respecto de cualquier otra situación de poder privado ya que su ejercicio determina la posición subjetiva de supremacía que ocupa el empleador en la relación laboral y la particular organización que constituye la destinación del trabajo humano a la consecución de intereses ajenos⁹. Asimismo, conviene aclarar que la desigualdad originaria entre empresario y trabajador no se manifiesta exclusivamente a través del ejercicio de las facultades de dirección, sino que se ostenta también respecto al resto de potestades empresariales, aunque es en la actuación directiva patronal donde presenta una especial significación¹⁰. Por encima de muchos aspectos, la posición adoptada por el trabajador en una estructura escalonada de producción implica la capacidad de una de las partes para distribuir las tareas y responsabilidades dentro de la empresa y para concretar las disposiciones relativas a las reglas de comportamiento y disciplina¹¹.

La titularidad del elenco de facultades patronales así como la admisibilidad o legitimidad de su ejercicio no se cuestiona en tanto en cuanto la estructura económica de la sociedad permanece constante. Como es sabido, la formulación del Estado social (art. 1.1 CE) dotó de garantía y protección a la intervención de una autoridad concurrente en el espacio de las relaciones privadas, constreñida, a su vez, por los eventuales requerimientos de la «economía general» (art. 38 y 131 CE), el «interés

⁷ En esta dirección, MARAZZA, M, *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Cedam, Padova, 2002, p. 4.

⁸ DE LUCA TAMAJO, R., «Profili di rilevanza del potere direttivo del datore del lavoro», en *ADL*, vol. II (2005), pp. 468-470; PERSIANI, M., «Individuazione delle nuove tipologie...», cit., p. 6 y PERULLI, A., *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 336 y 342.

⁹ PERSIANI, M., «Diritto del lavoro e razionalità», en *ADL*, núm. I (1995), p. 3.

¹⁰ ROMÁN DE LA TORRE, M^a.D., *Poder de dirección...*, cit., p. 105.

¹¹ No obstante, algunos estudios han adoptado una posición crítica hacia esta concepción de los poderes empresariales como elemento antagónico a la igualdad que debe presidir las relaciones jurídicas. En esta dirección FERNÁNDEZ LÓPEZ M^a.F., *El poder disciplinario...*, cit., pp. 60-61 y 187.

general» (art. 128.1 CE) y la «iniciativa pública en la actividad económica» (128.2 CE)¹². Partiendo de que el ordenamiento vigente reconoce la organización de la producción bajo la forma de *empresa* (como expresión de la iniciativa económica privada y, consecuentemente, como valor de relevancia constitucional)¹³, también se ha convenido la legalidad de los poderes empresariales como expresión de su capacidad para gobernar y administrar una pluralidad de relaciones jurídicas a través de una eficaz combinación de los factores empresariales¹⁴. No se trata, en fin, de una primacía empresarial meramente de hecho, sino que ésta viene sancionada jurídicamente.

Procede apuntar, aun como lacónica revisión de carácter histórico, que la economía de libre mercado supuso en el plano jurídico el afianzamiento de la autonomía de la voluntad al tiempo que consolidó la sujeción de la relación laboral a las reglas de la oferta y demanda. Aunque nominalmente son las partes quienes fijan el alcance y contenido de la relación que las une, el sistema de libre competencia en el plano económico se traduce en la posición sobresaliente del mercado de trabajo bajo cuyas exigencias se concretarán las condiciones del trabajo a desarrollar. En este escenario el dominio empresarial no se circunscribía únicamente a la actividad productiva sino que alcanzaba a la propia persona del trabajador¹⁵. Precisamente, el derecho laboral en sede legal, jurisprudencial y negociado, puso los cimientos para reequilibrar el desnivel o descuadre de poder que caracterizaba a las relaciones de trabajo propias del *industrialismo* estandarizado del siglo XIX, asentado sobre formas de gobierno severamente autoritarias «donde la obediencia es premiada y la subjetividad de los individuos que no se expresa a través de esquemas de comportamiento gregario es sofocada, borrada, reprimida»¹⁶. En nuestros días, el único sentido admisible de *poder empresarial* es aquel que se ejerce, no sobre la persona del asalariado, sino sobre la prestación de servicios en los confines de ejecución del contrato de trabajo. Por tanto, la

¹² Así, el profesor PALOMEQUE LÓPEZ en la Ponencia General presentada al XVII Congreso Nacional de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social, «La participación de los trabajadores en la empresa (una revisión institucional)», en *REDT*, núm. 133 (2007), p. 12.

¹³ Sobre la progresiva revalorización de la empresa como figura central en el campo de las relaciones laborales a partir de los años 90, BAYLOS GRAU, A., *Derecho del Trabajo: modelo para armar*, Trotta, Madrid, 1991, p. 88.

¹⁴ En esta línea se manifestó el TC en el Auto 238/1982, de 30 de junio, al indicar que «dentro de la relación jurídico-laboral, basada en la Ley o en el contrato, las necesidades de organización del servicio, desarrollo de las actividades y consecución de finalidades, exigen posiciones jurídicas entre las partes, que determinan, de un lado, situación de dirección prevalente en sentido jerárquico, subordinación por otro, con misiones de mando y acatamiento que aluden un consenso previo bilateral entre las partes».

¹⁵ Sobre esta relación de poder habla GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J.J., *Seguridad e higiene en el trabajo. Formación histórica y fundamentos*, CES, Madrid, 1997, p. 44, enfatizando la sumisión física del trabajador, al tiempo que «sus facultades psíquicas fueron sutilmente dominadas en una relación de poder que nada tenía que ver con la libertad de las partes para organizar una relación jurídica de trabajo libre como formalmente propugnaban los códigos civiles liberales del momento».

¹⁶ ROMAGNOLI, U., «Redefinir las relaciones entre trabajo y ciudadanía: el pensamiento de Máximo D'Antona», en *RDS*, núm. 9 (2000), p. 15.

posición subordinada del empleado se desprende de viejas concepciones que venían a identificarla con una completa renuncia del trabajador a su libertad localizada en un momento concreto, aquél en el que se incorpora a la organización que dirige el empresario¹⁷.

Quizás haya que comenzar por poner de manifiesto que el trabajador se configura únicamente como deudor de la prestación, sin que quepan en nuestro ordenamiento relaciones de dependencia personal de una parte respecto de la otra¹⁸. Tal y como la doctrina jurisprudencial se ha ocupado de señalar, la sujeción indiferenciada del personal asalariado al interés patronal colisiona radicalmente con la propia existencia del *conflicto* cuya legitimidad viene reconocida en sede constitucional. Ajenos ya a los vínculos de carácter señorial que en épocas pasadas ligaban al trabajador a su patrono, hoy es un nexo contractual el que pone en relación los divergentes intereses de ambos y es el sistema normativo el que ampara la dignidad y vida privada del trabajador¹⁹. Como es previsible, cuando el empleado entra a formar parte de un ámbito de dirección y organización ajeno, resultan deberes referidos a la actividad desempeñada y también relacionados con la adecuación de su conducta a las nociones generales de *buena fe, lealtad y confianza*. No es novedosa la tesis de que ambos, trabajador y empresario, se ven envueltos en un «complejo de derechos y obligaciones recíprocas» que condicionan el alcance de las decisiones patronales. Pues bien, como se ha indicado reiteradamente, cabe recordar que hoy, en función del vigente sistema constitucional de relaciones laborales, ya no tiene cabida en el devenir de la relación laboral la antigua noción de dependencia personal o lealtad incondicional del trabajador que implica la vinculación absoluta del trabajador al interés empresarial²⁰, hecho que tendrá consecuencias más allá del estricto plano de las prerrogativas de dirección y organización empresariales, viéndose afectados la pluralidad de aspectos que componen la posición del trabajador.

¹⁷ Al respecto, por todos, RIVERO LAMAS, J., «Poderes, libertades y derechos...», cit., p. 982 y ROMÁN DE LA TORRE, M^a D., *Poder de dirección...*, cit, p. 59.

¹⁸ Desde antiguo, ANGIELLO, L., *Autonomia e subordinazione nella prestazione lavorativa*, Cedam, Padova, 1974, p. 31 y 42; PERSIANI, M., *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova, 1966, pp. 25-29; PESSI, R., *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 68 y SMURAGLIA, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1967, pp. 282-283.

¹⁹ BAYÓN CHACÓN, G., «El concepto de dependencia en el derecho del trabajo ¿Comienza una evolución jurisprudencial?», en *RDPr*, vol. XLV (1961), p. 466.

²⁰ Así lo ha defendido el TC al inicio de su andadura en la sentencia 120/1983, de 15 de diciembre, Fj. 2. El ET suprimió el deber de fidelidad del trabajador que venía impuesto por el art. 70 LCT ya que, como indicaba la STS 13 noviembre 1992 (RJ/1148), no es éste el que ha de presidir las relaciones laborales, sino valores como la «rectitud, honradez y buena fe». En doctrina, una crítica a la concepción ética y no jurídica de la buena fe contractual en MOLINA NAVARRETE, C., «Hacia una revisión constitucional de la función de la “buena fe contractual” en las relaciones jurídico-laborales», en *RL*, vol. I (1992), pp. 343-345.

Aclarado lo anterior, hay que destacar que el propio término de *poder* describe, no una mera posición ventajosa, sino una real «fuerza activa»²¹ o supremacía formal y sustancial que habilita a quien ostenta su titularidad a formular mandatos, ya sean individuales o generales y, en su caso, a sancionar la ausencia de observancia a las reglas impuestas²². A grandes rasgos y a salvo de las matizaciones que se harán más adelante, las facultades privadas a las que se está haciendo referencia ostentan, en esencia, un carácter dispositivo. Así pues, el empresario podrá elegir de forma unilateral el cariz del conjunto de decisiones que precise en el ámbito de su empresa. De tal forma que, en principio, la autonomía privada no se ve constreñida por la eficacia o adecuación de la relación entre fines y medios. Su ejercicio viene presidido por el principio de libertad o discrecionalidad que resultará operativo en la concreción tanto de los fines como de los instrumentos que se emplearán para alcanzar tales objetivos²³.

Ahora bien, lo dicho no conlleva que la actuación empresarial quede a salvo de toda injerencia que provenga del ordenamiento jurídico puesto que deberá ajustarse a las modulaciones adicionales emanadas de las fuentes jurídicas que le son aplicables. Como se ha dicho tantas veces, el poder no se entiende en términos absolutos. Ajenos a arcaicas concepciones del poder empresarial, vinculado a menudo con nociones tales como la de autoridad o dominación²⁴, al día de hoy es menester que la actuación patronal se desenvuelva dentro de los precisos confines impuestos por el contrato de trabajo a la luz del presente orden constitucional. Y aunque será objeto de desarrollo posterior, quede simplemente anotado que la discrecionalidad que se predica de los posicionamientos del titular de una organización empresarial no puede confundirse en ningún caso con la arbitrariedad en la concreción de los mismos.

En fin, como premisa del estudio que se pretende acometer es dable indicar que siendo cierto que en el seno de la relación laboral se sustancia un intercambio patrimonial de fuerza de trabajo a cambio de una remuneración (en razón del cual se le ha otorgado un conjunto de potestades de carácter legal a uno de los integrantes de

²¹ MIELE, G., *Principi di diritto amministrativo*, vol. I, Cedam, Padova, 1953, p. 45

²² MONTUSCHI, L., «Potere disciplinare e rapporto di lavoro privato», en *Quad.Dir.Lav.Rel.Ind.*, núm. 10 (1991), p. 9.

²³ SAVATIER, J., «Pouvoir patrimonial et direction des personnes», en *Dr.Soc.*, núm. 1 (1982), p. 5-7. Poniéndola en relación con la discrecionalidad presente en el ámbito administrativo, LUQUE PARRA, M., señala que en el entorno de la organización empresarial «se otorga para facilitar un interés privado –aunque objetivable– como es el de posibilitar la adaptación de los recursos humanos a las necesidades de la empresa para obtener una mayor rentabilidad, productividad o competitividad de la misma», *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 17-18.

²⁴ Como mero apunte histórico, en términos muy rígidos aparecía definida la posición de poder por el sociólogo alemán WEBER, entendida como la «probabilidad de imponer la propia voluntad, dentro de una relación social, aun contra toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad» (en *Economía y sociedad*, vol. I, Fondo de Cultura Económica, México, 1944, p. 53).

dicha relación²⁵), debe repararse, de igual forma, en que en su ámbito entran en contacto otros muchos intereses que a menudo van en una dirección diametralmente opuesta y para cuya enredada armonía se exigirá la reinterpretación de los derechos y obligaciones de las partes en conflicto²⁶. Lograr la coordinación de tales intereses opuestos exige tomar en consideración una multiplicidad de factores presididos por el marco donde la actividad obrera queda sujeta al ejercicio de los poderes empresariales.

Con lo hasta aquí expuesto se ha pretendido exponer el escenario global en el que se desenvuelve la actividad del trabajador dependiente de la autoridad privada empresarial. Lo que se pretende, sin embargo, no es un acercamiento a la potestad directiva patronal desde planteamientos genéricos vinculados al reconocimiento de la libertad de empresa (contemplada al calor de la Constitución económica), o a través del estudio del conflicto social connatural al sistema de relaciones de trabajo en el que trabajadores y empresarios ponen en liza, por un lado, las facultades de mando que ostenta el empleador y, por otro, las garantías que el ordenamiento otorga al trabajador, en cuya articulación serán relevantes los valores sociales dominantes en cada momento. En cambio, el estudio que se emprende tomará en consideración, fundamentalmente, la estructura y naturaleza bilateral de la relación contractual que cerca, por decirlo gráficamente, el ejercicio del poder de dirección.

II. DE LA DEPENDENCIA JERÁRQUICA

1. Noción jurídica del poder de dirección

Como puede extraerse de la literatura jurídica más extendida, la potestad de mando constituye uno de los elementos más representativos, si no el principal, de la posición subjetiva que adopta el empleador en la relación de trabajo. Y, en esta línea, el estudio de las limitaciones o de los elementos que condicionan el ejercicio ordinario del poder de dirección exige un tratamiento específico y diferenciado de la noción de dicho poder. Es decir, se trata de responder a las siguientes cuestiones: qué ha de entenderse por éste y cuáles son los parámetros configuradores que lo componen.

²⁵ Expresión, en palabras de VALDÉS DAL-RE, F., del «sometimiento real de unos hombres sobre otros, obligados a realizar una determinada conducta», en «Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador», en AA.VV (Coord. Aparicio Tovar, J. y Baylos Grau, A.), *Autoridad y democracia...*, cit., p. 27.

²⁶ Vid. GONZÁLEZ ORTEGA, S., «La difícil coyuntura del Derecho del Trabajo», en *RL*, vol. II (1987), p. 260.

Ciertamente la noción del poder de dirección, a la que en alguna ocasión la doctrina se ha referido como «concepto de encrucijada»²⁷, conforma un complejo prisma que puede ser abordado no siempre mediante la observación de la misma cara. Dicho esto, si se realiza un análisis del poder directivo desde el punto de vista funcional y con la intención de acotar en cierta manera su objeto, cabe definir al mismo en un doble sentido. En primer lugar, como instrumento o potestad a través de la cual el titular de la empresa o la persona en la que éste delegue concretará la prestación debida por el trabajador y el modo de desempeñarla a fin de que sea llevada a buen término la actividad económica prevista. Es decir, no constituye un fin en sí mismo, sino un medio para satisfacer el lícito objeto del contrato de trabajo²⁸. Desde esta perspectiva, el poder de dirección es un *poder jurídico* en cuanto a que conmina al cumplimiento de la prestación de trabajo ofrecida, otorga a su titular la disponibilidad sobre una actividad productiva ajena y da origen a concretas obligaciones para el deudor de la misma²⁹. Constituye, en realidad, la síntesis de una *pluralidad de situaciones jurídicas activas* que atribuye a su titular la capacidad para individualizar la actividad laboral a desempeñar, interrumpirla o hacerla repetir cuando no se hayan obtenido los resultados pretendidos³⁰. Pero también se puede hacer referencia al poder de dirección teniendo presente su función como elemento delimitador de la relación laboral subordinada o, en otras palabras, como rasgo distintivo esencial de la relación de trabajo dependiente.

Inevitablemente, el análisis de los caracteres delimitadores de la noción del poder de dirección y, a su vez, del correlativo deber de obediencia, conduce al estudio de la dependencia o subordinación, términos equivalentes en la actualidad, si bien, fueron objeto de abundantes estudios jurídicos que trataban de desentrañar el contenido específico de cada uno de los conceptos que se pensaban diferentes³¹. Como si de observar las dos caras de una misma realidad se tratara, a uno y otro lado podría situarse la imposición resolutoria empresarial y el deber de obediencia del asalariado. De manera que, de acuerdo a como ha sido entendido mayoritariamente por la doctrina, ambos elementos, poder y deber, conforman en la relación de trabajo elementos de una misma correlación (la subordinación)³². Ahora bien, no se trata en este espacio de abordar en profundidad la nunca zanjada y cada vez más heterogénea y trascendente

²⁷ VALDÉS DAL-RÉ, F., «Poder directivo, contrato de trabajo y ordenamiento laboral», en *RL*, vol. I (1993), p. 28.

²⁸ GARCÍA NINET, J.I., «El deber de obediencia en el contrato de trabajo (notas para un estudio)», en *RDP*, LXIII (1979), p. 861.

²⁹ En palabras de MONTOYA MELGAR, se trata de «un poder social elevado a categoría jurídica por el ordenamiento objetivo» (*El poder...*, cit., pp. 24-25).

³⁰ PESSI, R., *Contributo...*, cit. p. 56.

³¹ Sobre esta distinción, *vid.* BAYÓN CHACÓN, G., «El concepto de dependencia...», cit., pp. 451 y 452.

³² Por todos, DE LA VILLA GIL, L.E., *El trabajo a domicilio*, Aranzadi, Cizur Menor, 1966, p. 138.

cuestión de la dependencia sino, más bien, de apuntar ciertas pinceladas que den evidencia de su papel como elemento clave en dos diferenciados contextos pero de configuración conexas.

Es importante tener que cuenta que la subordinación fija la posición de los sujetos de la relación laboral y justifica, de este modo, la protección que el ordenamiento jurídico dispensa al trabajador asalariado, así como el conjunto de deberes y obligaciones recíprocos entre las partes del contrato³³. Precisamente, es éste un elemento de confines vagos que puede ser individualizado desde distintos puntos de vista, también desde el sociológico poniendo el debido énfasis en la realidad fáctica (económica y social) que preside el propio escenario en el que se desenvuelve la relación de trabajo³⁴. No cabe ninguna duda de que la subordinación también puede ser de carácter ideológico (v.gr. en las empresas de tendencia) o técnico, tomando en este caso como referencia, no ya la inferioridad o desventaja del trabajador en cuanto a los conocimientos técnicos que posee³⁵ –reminiscencia ya anacrónica–, sino la adhesión de los procedimientos o métodos de su oficio a los requerimientos de la línea de mando. Ciertamente, no están claros los confines entre la vertiente técnica y la jurídica de la dependencia³⁶, facetas sobre las cuales centrarán las siguientes páginas su atención, aun siendo conscientes de las inevitables implicaciones que la constatación de dicha realidad tiene sobre los ámbitos económico y social. En tanto, puede precisarse que sería del todo inadecuado condicionar la noción de subordinación a la consideración de criterios comparativamente inciertos y que, por otra parte, pertenecen al campo prejudicial y pueden ser perfectamente mutables. De manera que, como tratará de justificarse a continuación, la sujeción al poder directivo resulta el elemento constituyente del

³³ Como ya ponía de relieve BARASSI, la subordinación es el estado jurídico que se concreta en el derecho atribuido a quien «è investito del potere di imporre la propria volontà e nell'obbligo in chi è soggetto passivo di ricevere e assecondare la sua volontà conformandovi la propria condotta», en *Diritto del lavoro e assicurazioni sociali*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1930, p. 177.

³⁴ Vid. la crítica a la reconstrucción de la subordinación como una situación subjetiva derivada de la inferioridad económica y social del trabajador en GHERA E., *Diritto del lavoro. Compendio*, Cacucci Editore, Bari, 2003, pp. 39-40 y, el mismo autor, en «Subordinazione, statuto protettivo e qualificazione del rapporto di lavoro», en *Giorn.Dir.Lav.Rel.Ind.*, núm. 109, vol. I (2006), pp. 26-27. Asimismo, SUPIOT, A., *Critique du droit du travail*, Presses Universitaires de France, París, 1994, pp. 113-114.

³⁵ En la construcción que realiza BAYÓN CHACÓN, es dependiente el trabajador en el aspecto técnico cuando sus conocimientos profesionales no alcanzan a los de su empleador. Señala, además, que «la dependencia como poder jurídico de mando exige el presupuesto de la igualdad o la superioridad técnica del empresario», lo que viene a significar que el empresario, para ser obedecido, ha de superar o mantener al menos el mismo nivel de conocimientos técnicos que atesora del trabajador, circunstancia harto difícil en un contexto en el cual el asalariado incrementa constantemente su formación profesional. En atención a dichas consideraciones, el autor proponía un viraje en la clásica apreciación de la subordinación como elemento determinante de la relación laboral. («El concepto de dependencia...», cit., pp. 464-465).

³⁶ Vid. RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. y SALA FRANCO, T., «Contratas y subcontratas de obras y servicios y cesión ilegal de trabajadores» en AA.VV. *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 114.

concepto de la dependencia con la cual se identifica. Dicho esto, conviene avanzar que desde otra perspectiva, tradicionalmente y aún hoy en día, la subordinación se erige como el rasgo diferenciador de la laboralidad y, por tanto, actúa como *puerta de acceso* a la aplicación del Derecho del Trabajo.

2. Relevancia calificadora en la determinación del ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo

El hecho de que el trabajo dependiente por cuenta ajena sea el objeto de regulación por parte del sistema normativo laboral no es ocioso. La subordinación es el rasgo representativo del trabajo asalariado, cuyo dominio sobre otras formas de producción es palpable desde los comienzos del s. XIX a raíz de la consolidación del capitalismo industrial como sistema económico³⁷. Pronto se entendió que la originaria asimetría en cuanto a las atribuciones de ambos contratantes, desencadenante de las relaciones de jerarquía existentes entre las partes de la relación laboral, viene descrita por el derecho del empresario a emitir las directrices relativas al sistema de ejecución, lugar y el momento en que se desarrolla la prestación. Así, quedaron como subsidiarios elementos tales como la ajenidad, la incidencia del riesgo o el modo de calcular la remuneración al estimarse, con acierto, que no son exclusivos de la relación de trabajo subordinada y únicamente podrán intervenir a modo de presupuestos sustantivos determinantes cuando no existan signos concluyentes e inequívocos para la calificación en uno u otro sentido³⁸. La subordinación ha ocupado desde entonces una posición social y jurídica hegemónica en este ámbito.

³⁷ En este sentido, bien puede comenzarse recordando que la atribución inicial y directa de los frutos del trabajo al empleador fue el criterio utilizado en un primer momento por el legislador para delimitar el ámbito de aplicación de la disciplina laboral (art. 1. Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 y la de Tribunales Industriales de 1912), si bien, fue paulatinamente sustituido por el de la dependencia que vino a constituirse en el rasgo distintivo de la laboralidad de las relaciones de trabajo (por todos, PÉREZ BOTIJA, E., *El contrato de trabajo*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1954, p. 42). Aunque lo cierto es que no ha sido ésta una cuestión pacífica y en distintos momentos la doctrina ha vuelto a enarbolar la ajenidad como el elemento identificador esencial de la relación laboral. Una construcción rupturista proponía ALARCÓN CARACUEL, M.R., «La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo», en *REDT*, núm. 28 (1986), pp. 495-544, reiterada recientemente en «La información y las nuevas formas de trabajo», en AA.VV., (Coord. Alarcón Caracuel, M.R. y Esteban Legarreta, R.), *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2004, p. 14. El autor se opone a la ampliación de los límites del concepto de la dependencia hasta que este mismo concepto se haga irreconocible. Dicho lo cual, defiende la revalorización del criterio de la ajenidad que lo concibe como un «macroconcepto» que engloba a la propia dependencia y a la ajenidad en el mercado. De igual modo, ALONSO OLEA había subrayado que «la dependencia es en el contrato de trabajo una consecuencia o un efecto de la ajenidad» (*Introducción al Derecho del Trabajo*, 6ª ed., Civitas, Madrid, 2002, p. 89).

³⁸ DE LA VILLA GIL, L.E., «El concepto de Trabajador», en *REDT*, núm. 100 (2000), p. 50 y PERULLI, A., *Il potere direttivo...*, cit., p. 343. En el mismo sentido, vid. CAIRÓS BARRETO, D.Mª., *Contratos de mediación laboral y de agencia mercantil: (un estudio sobre el objeto del contrato de trabajo y sus transformaciones)*, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 77-80.

Para el encuadramiento sistemático de esta figura resulta insoslayable una mención, aunque breve, a sus primeras plasmaciones normativas en las que ya resultan palpables los difusos perfiles que la caracterizan³⁹. De más está decir que la CE no reflejó en su texto la nota de dependencia o subordinación que posteriormente sí será recogida en el ET y sus normas complementarias. El legislador estatutario pretendió zanjar la debatida cuestión del rasgo típico del contrato y optó por delimitar el ámbito personal de aplicación de la normativa laboral exigiendo, junto al resto de requisitos típicos atribuibles a los trabajadores laborales, que la prestación de servicios se llevara a cabo «dentro del ámbito de organización y dirección» del empresario (arts. 1.1 y 8.1) prescindiendo, así, de toda referencia explícita a la subordinación. A partir de este momento se viene a identificar a la dependencia con aquello que tradicionalmente la jurisprudencia había concebido como presupuesto de la misma (la «integración en el círculo organicista rector y disciplinario del empleador por cuenta de quien realice una específica labor»⁴⁰). Así pues, cuando el legislador delimita el contrato de trabajo lo concibe ya como una relación entre desiguales, en la que unos mandan y otros, los que ofrecen su trabajo, obedecen. De modo que la posición subordinada resulta, *ex lege* y en atención a la propia naturaleza de la prestación de servicios por cuenta ajena, consustancial a la persona que asume contractualmente el desempeño de un trabajo de tales características.

Como puede comprobarse, si hay algo que caracteriza la plasmación positiva de este criterio es la vaguedad con la que se hace mención al mismo, indeterminación que se mantiene aún hasta hoy puesto que el Estatuto vigente no hizo sino reproducir en exactos términos la referencia a la subordinación que contenía el texto predecesor. Lo cierto es que en un primer momento la ambigüedad que se está achacando a la noción de dependencia no daba lugar a mayores problemas puesto que el obrero industrial de un mundo eminentemente fabril podía ser imbuido sin grandes dificultades en la previsión legal del momento. Más tarde, es probable que la amplitud en la que desembocan los vagos términos que el ET dedica a la subordinación no sólo haya sido tolerada sino, en cierto modo, también intencionada. No hay un único modelo de

³⁹ Como antecedente más remoto y de menor significación puede citarse el Proyecto de Código Civil de 1821 donde, en cierto modo, ya se advierte la nota de la dependencia. En este texto legislativo se regula la figura del contrato de tácita sociedad de trabajo respecto al que se indica que «el superior tiene derecho a la dirección del trabajo» (art. 462) y «el dependiente debe respeto y subordinación al superior» (art. 467), elevándose a categoría jurídica un fenómeno palmario de la realidad social y económica como es el de la subordinación del trabajador respecto a su empleador. El Reglamento de la Ley de 13 de marzo sobre condiciones de trabajo de mujeres y niños (RD de 13 de noviembre de 1900) entendía por patrono a aquel «que contrate por salario el aprovechamiento de servicios personales para un trabajo cuya dirección y vigilancia se reserva» (art. 1). La LCT de 1931 y la posterior de 1944 no definen la potestad empresarial de ordenación de la prestación de trabajo ni abordan el propio concepto de dependencia, aunque sí se refieren a ésta de manera genérica (arts. 1, 2 y 6), técnica que reitera el art. 1 de la posterior LRL de 1976.

⁴⁰ Entre otras muchas, SSTS 7 noviembre 1985 (RJ/5738) y 9 febrero 1990 (RJ/886).

trabajador como tampoco lo hay de empresa, de modo que definir en términos exactos el elemento de la subordinación no entraba en los planes del legislador estatutario, ni en la primera ni en las sucesivas versiones del pasaje legal. Y ello no únicamente debido a la profunda complejidad que entrañaba una operación teórica de tal calibre y a la premura con la que se abordan habitualmente las reformas laborales (sobre todo aquella que vino a establecer un nuevo marco legal acorde con el reciente escenario constitucional), sino también a la toma de conciencia por parte del legislador de la necesidad de tutelar prestaciones de servicios que ya no se desenvuelven bajo los parámetros clásicos de la dependencia. Precisamente, son estas dosis de ambigüedad en la noción de trabajo dependiente las que explican su perdurabilidad, pues dejan un espacio abierto para que el intérprete, al socaire de reajustes sociales que en cada momento histórico se sucedan en la prestación laboral, adapte el ámbito subjetivo de aplicación de la legislación laboral sin necesitar una nueva modificación normativa que acoja las nuevas demandas de protección. Se trata, en fin, de que la configuración estatutaria de dicha nota constitutiva del contrato de trabajo permita el suficiente margen para poder vislumbrar la relación de sujeción de quien presta sus servicios por cuenta ajena, con independencia de la intensidad o el modo en el que se manifieste dicha dependencia.

Este tema entronca sin duda con una cuestión mucho más amplia. Con aquella que viene referida a la recomposición de la nota de la dependencia como factor estructural en la morfología del Derecho del Trabajo y que se encuentra ligada estrechamente a la política del Derecho. Hasta hace algún tiempo el legislador español se había limitado a ofrecer un régimen específico a determinadas relaciones revestidas de los requisitos del art. 1.1 ET pero que, debido a las peculiaridades que concurren en las mismas, justificaban una protección singular. Con todo, para dar una respuesta satisfactoria a la palpable diversidad que afecta al trabajo prestado en régimen de autonomía y, fundamentalmente, al auge que ha experimentado un modelo singular de trabajador, dotado de relativa autonomía técnico-funcional que, con aportación de capital propio, está sujeto económicamente al empresario beneficiario principal de su trabajo⁴¹, eran precisas soluciones de mayor entidad.

Las opciones barajadas en España se reconducen a dos propuestas de muy distinto signo. Por un lado se trataría de ensanchar el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo actuando sobre el contenido clásico de la subordinación, siendo inevitable que éste quedase particularmente desvirtuado. El hecho de que se dispense o se

⁴¹ AA.VV, (Coord. Supiot, A.), *Trabajo y empleo: transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo. Informe para la Comisión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999, p. 53.

desprovea de toda tutela a determinadas relaciones de trabajo que desbordan las fronteras más tradicionales del concepto de dependencia va a ser resultado intrínseco de la rigidez o amplitud con la que sean definidos sus contornos. En este sentido, desde distintos sectores y también en el ámbito europeo se defendió la progresiva relajación de los caracteres configuradores de la subordinación dado que no se estimaba apropiado coaligar la necesidad de protección a la sujeción a las órdenes de otro. De modo que para evitar una radical distribución desigual de la tutela en función de la distinción entre trabajo subordinado y autónomo, la primera de las soluciones propuestas consistía en la extensión del ámbito personal de esta rama del ordenamiento actuando sobre el modo de concebir los caracteres configuraciones de la subordinación, lo que en la práctica vendría a significar una apuesta por un concepto de dependencia ligado a consideraciones de carácter económico en detrimento de la subordinación jurídica formal.

Sin embargo, teniendo presente los efectos disfuncionales consecuencias de dicha tendencia, los tribunales se han venido mostrado más cautelosos a la hora de extender los márgenes del Derecho del Trabajo a las diversas modalidades sociales de trabajo y han optado por circunscribir la aplicabilidad del contrato de trabajo únicamente a la actividad profesional que se desarrolla por cuenta ajena y, por ende, queda inmersa en el esquema jerárquico empresarial. Ello no viene a significar que se haya dejado de sentir la necesidad de ofrecer la debida protección laboral y social al elenco de situaciones reales que anidan fuera del marco del ordenamiento laboral. No en vano, esta idea es la que ha inspirado la aprobación de la LETA (Ley 20/2007, de 11 de julio) donde, además, se dota de una configuración jurídica específica a la figura del trabajador autónomo económicamente dependiente (*taed*, de aquí en adelante). De tal forma que, por primera vez en nuestro país, se delimita en términos jurídicos el fenómeno del trabajo parasubordinado que hasta estos momentos había permanecido recluido en el terreno del debate doctrinal y se le proporciona un cierto nivel de protección.

Con la ordenación normativa de esta figura la fisonomía de la disciplina permanece intacta. Se mantiene el modelo binario que contempla nuestro sistema de relaciones laborales y que está basado en la distinción entre dos categorías jurídicas diferentes, el trabajo dependiente y el trabajo autónomo. Ello no obsta para que se reconozca específica y legalmente la existencia de formas de trabajo consolidadas en la realidad económica que ostentan características que pertenecen, tanto al autónomo, como al subordinado y que van a quedar incluidas formalmente en el ámbito del trabajo autónomo como una subespecie de dicha categoría. Lo que se ha pretendido, en

realidad, es dotar a cada una de las manifestaciones de trabajo productivo del nivel de tutela que precisa sin forzar el clásico esquema de la categoría contractual. En otras palabras, se ha abogado por el acercamiento de la pluralidad de relaciones de trabajo, acortando la distancia entre la tutela que se dispensa a la actividad productiva por cuenta propia y ajena, sin que la noción de subordinación vea alterados los rasgos que sustancialmente la configuran.

Al igual que el autónomo común o «stricto sensu», el *taed* desempeña su actividad profesional a cambio de una contraprestación económica y sin estar inmerso en el círculo organizativo, rector y disciplinario empresarial. Ahora bien, como se conoce, en el caso del autónomo dependiente la capacidad para autoorganizar la prestación que desarrolla no se traduce en la misma suficiencia para negociar las condiciones de la misma. A fin de cuentas, es la dependencia económica respecto al cliente principal la que constituye el eje esencial en torno al que gira la noción del *taed*⁴². Al depender básicamente su subsistencia de las relaciones que mantenga, no con un número indeterminado de empresas, sino con una sola entidad, su capacidad de iniciativa quedará visiblemente mermada. Y es que en sus decisiones intervendrán significativamente las condiciones relativas a la realización del encargo recibido⁴³.

No obstante, si hay un rasgo que claramente le diferencia del trabajo asalariado, éste es su independencia jurídica. El *taed* dirige y gestiona de forma autónoma su prestación, así como el tiempo dedicado a la misma. Del mismo modo, goza del control organizativo de la actividad profesional que desempeña bajo su propio criterio. A resultas de la colaboración con el cliente-empendedor, el *taed* recibe indicaciones o instrucciones genéricas, de carácter técnico, relativas a la realización de la actividad. Se trata, en todo caso, de una coordinación de los servicios ofrecidos con la entidad

⁴² Ésta adquiere una clara notoriedad en cualidad de presupuesto necesario para la juridificación del status social del que va a ser destinatario el profesional. Se trata, por tanto, de una relevancia funcional al asumir la finalidad de adaptar el estatuto protector de la relación de trabajo subordinado a otros tipos de vínculos jurídicos no laborales. Este trabajador dirige su actividad productiva esencialmente hacia un solo acreedor y, en consecuencia, de este único compromiso contractual obtiene la fuente principal de sus ingresos. No obstante, lo que recoge la LETA es una exclusividad de forma atenuada ya que permite que el autónomo dependiente establezca vínculos negociales con varios acreedores aunque especifica que sólo con uno de ellos es con quien mantiene el volumen principal y mayoritario de sus negocios. En concreto, el cliente preferente ha de proporcionar, como mínimo, el 75 por ciento de sus ingresos (art. 11.1 LETA y 2.1 RD 197/2009, de 23 de febrero). Superado este límite cuantitativo, se presumirá la existencia de una subordinación de tipo económico. Es de notar, asimismo, que la condición de *taed* sólo se puede ostentar respecto a un único cliente tal y como establece el art. 12.2 LETA. Ello no impide, como señala GOERLICH PESET, que esta condición se adquiera frente a una empresa que mantenga el mismo vínculo jurídico como cliente prioritario de otros *taed* o que, a su vez, un trabajador sea autónomo dependiente de sucesivos clientes debiendo, en estos casos, cada nuevo contrato constitutivo de la condición de *taed* poner fin al anterior [«La noción de trabajo autónomo económicamente dependiente: puntos críticos», en *JL*, núm. 33 (2008), p. 22].

⁴³ CAVAS MARTÍNEZ, F., «Los trabajadores autónomos dependientes: una nueva encrucijada para el Derecho del Trabajo», en *AS*, vol. V (2004), p. 220.

contratante, la cual marcará cuál es la prestación debida, las líneas de actuación a las que tendrá que ajustarse este trabajador a lo largo del desarrollo de la relación contractual y exigirá el cumplimiento de la misma. No concurre, pues, una subordinación jerárquica, sino una dependencia técnica entre dicho trabajador y la entidad que es destinataria preeminente de sus servicios ya que sigue siendo al autónomo dependiente a quien le corresponde la ordenación los aspectos esenciales del cumplimiento de la obligación comprometida.

Dicho esto, sin pretender obviar el recurso legal a un completo enunciado de los requisitos que de forma forzosa han de concurrir para poder ostentar la condición de *taed*, no es posible desconocer que la técnica jurídica acogida por nuestro ordenamiento trae consigo algunos problemas conceptuales y aplicativos que podrían comportar algunos efectos colaterales indeseados⁴⁴. Se está haciendo referencia a la posibilidad de que trabajadores hasta ahora acogidos en el régimen protector del ET puedan quedar al margen de ordenamiento laboral para pasar a formar parte del colectivo de trabajadores *taed*, amparándose el empresario en las dificultades de calificación que se vislumbran tras la previsión legal del *taed* como subcategoría del autónomo.

A raíz de la LETA la tradicional delimitación entre autónomo y subordinado se mantiene pero coexisten ahora tres tipos distintos de figuras jurídicas siendo, por ende, dos las líneas fronterizas que separan una y otra clase de prestar servicios y mayores las dificultades, tanto para advertir con nitidez cada una de las correspondientes demarcaciones, como para suprimir eventuales zonas grises que puedan advertirse entre las tres. Justamente, el propio legislador se proponía evitar que la figura del *taed* pudiera camuflar una relación laboral de asalariado proyectando, para ello, una elaboración de la noción jurídica de *taed* en sentido restrictivo, acotada «conforme a criterios objetivos» como advierte la propia EM, a fin de separar con mayor transparencia las relaciones que se mueven dentro del trabajo por cuenta propia y, a su vez, las laborales de éstas. Se quiere, por un lado, minimizar el riesgo de que se produzcan injustificados transvases entre categorías que distorsionen la actual composición del mercado de trabajo y, por otro, a través del reconocimiento a este colectivo de ciertos derechos profesionales y ventajas de tipo social, que se haga menos atractivo el recurso a fórmulas contractuales que enmascaren la verdadera naturaleza laboral de la prestación configurándola fraudulentamente como relación de autonomía. Con todo, algunos analistas han manifestado su más que razonable temor a que el reconocimiento legal del *taed* se traduzca en una reducción del ámbito protector del

⁴⁴ El CES ya llamó la atención sobre esta circunstancia en su «Dictamen sobre el Anteproyecto de la LETA», aprobado el 25 de octubre de 2006, p. 6.

ámbito laboral al quedar los falsos autónomos legalmente emplazados dentro del trabajo autónomo⁴⁵.

A mi juicio, sin embargo, se debe entender que la LETA no llega ni mucho menos a otorgar a la simulación del trabajo autónomo una especie de «carta de naturaleza» que ampare la regularización de estos trabajadores bajo la fórmula de personal autónomo económicamente dependiente. Recuérdese que a cualquier contrato que incorpore un trabajo desarrollado en régimen de dependencia jurídica y que reúna materialmente las condiciones prescritas en el art. 1.1 ET, con independencia de cuál sea la rama del ordenamiento jurídico al abrigo de la cual formalmente se preste, debe aplicársele la normativa laboral. Aun en su versión más laxa o flexible, se debe calificar la prestación de servicios como asalariada si la subordinación está presente, y tal interpretación no debe sufrir alteración alguna tras la aprobación de la Ley mentada. De manera que los distintos problemas aplicativos que vienen surgiendo en torno a la regulación sustantiva de la figura requerirán, en primer lugar, un notable esfuerzo interpretativo por parte de la jurisprudencia, en concreto de los tribunales de lo social (pues a ellos le viene atribuida la resolución de los conflictos planteados entre el *taed* y su cliente principal). Tendrán en sus manos la importante labor de suministrar los criterios necesarios que puedan paliar las posibles deficiencias técnicas que se manifiesten y poner coto a las situaciones de fraude o de engaño. Y en segundo orden, será fundamental una intervención activa de la Inspección de Trabajo que pueda contribuir a la adecuación entre las estrategias empresariales y una práctica conforme al espíritu tuitivo de la norma.

⁴⁵ De ello da cuenta CAIRÓS BARRETO, D. M^a, «Hacia una regulación del trabajo autónomo: comentarios al proyecto de estatuto del trabajador autónomo», en *RDS*, núm. 37 (2007), pp. 95-96. Afirma MARTÍN VALVERDE, A., «La Ley 20/2007, del Estatuto del trabajo autónomo (II): valoración», en *Derecho de los Negocios*, núm. 205 (2007), p. 50, que «el grueso del nuevo colectivo de trabajadores autónomos económicamente dependientes parece estar integrado principalmente por un determinado sector de antiguos trabajadores asalariados, que aun prestando sus servicios con “autonomía funcional”, mantienen una colaboración personal estable con la actividad productiva del cliente». De este modo se habría producido una traslación de bolsas de trabajadores por cuenta ajena a la nueva categoría, con menores costes para el empresariado. Y ello debido fundamentalmente a que el legislador estatutario, defiende el autor, se ha visto obligado a asentarse en una definición sumamente restrictiva de subordinación o dependencia jurídica para poder dar salida a un espacio propio que pueda ocupar el *taed*. Especialmente crítico con la incorporación en nuestro ordenamiento de esta nueva figura jurídica se muestra MOLINA NAVARRETE en «Trabajadores en la frontera: comentario al Estatuto del Trabajo Autónomo», en *RTSS (CEF)*, núm. 295 (2007), especialmente pp. 102-203, pues considera que la misma ofrece al empleador una atractiva vía para eludir el régimen previsto en el ET. Por su parte, MOLERO MANGLANO, C., «La configuración legal del autónomo dependiente: problemas y viabilidad (Un estudio del artículo 11 de la Ley 20/2007)», en *AL*, núm 2 (2008), pp. 146-147, plantea sus dudas en torno a la viabilidad jurídica del *taed* como categoría jurídica y DE LA VILLA DE LA SERNA, L.E., «Algunas consideraciones críticas sobre la Ley 20/2007, de Estatuto del Trabajo Autónomo», en *RGDTSS*, núm. 15 (2007), p. 12, destaca el riesgo que se corre a raíz de la aprobación de la LETA en relación a la «masificación del fraude».

En definitiva, conviene señalar que el nuevo escenario normativo instituido a raíz de la promulgación de la LETA no hace sino confirmar al Derecho del Trabajo como un sector del ordenamiento jurídico diferenciado. El criterio de la subordinación jurídica sigue hoy conservando su significado esencial sin que con esto haya de percibirse tal y como venía haciéndose cuando la empresa fundamentalmente industrial constituía el marco de referencia. Es obligado que el sistema normativo se adapte a las progresivas modificaciones del ámbito que constituye objeto de su regulación y la noción de dependencia precisa de la ductilidad de sus elementos definidores, no ya para que el ordenamiento laboral pueda amparar bajo su manto protector aquellas prestaciones que queden a las puertas de una relación laboral, sino para que dicho concepto teórico responda adecuadamente a la realidad social, económica y organizativa del mundo empresarial actual. De lo que se trata ahora, por tanto, es de concretar los rasgos que configuran la noción de subordinación y cuándo el ejercicio del poder empresarial de mando comporta la subordinación jurídica del trabajador para, a continuación, pasar a abordar la incidencia de los cambios organizativos y productivos – que zarandean los sustratos del ordenamiento jurídico laboral– en el problema técnico jurídico del que se hace eco el presente apartado.

A. ¿Existe una total correspondencia entre *dependencia jurídica* y la sumisión al poder directivo empresarial?

Retomando el estudio de la versatilidad de la noción de la subordinación, hay que señalar que ya desde el primer momento en que ésta se erige como elemento individualizador del contrato se ponen de manifiesto sus insuficiencias debidas, principalmente, a la abstracción e indeterminación de las que históricamente ha adolecido este criterio calificador⁴⁶. Por ello, han sido persistentes los intentos por ofrecer una visión sistemática y totalizadora de la noción de subordinación⁴⁷, aunque, si bien es cierto, aún pueden calificarse de fallidos los esfuerzos por conformar una acabada concepción dogmática de la misma que ponga fin a lo que había sido denominando la «antonimia que agarrota al Derecho del Trabajo»⁴⁸. De hecho no ha

⁴⁶ Distinta opinión mantiene RIVERO LAMAS, J., «La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas de trabajo», en AA.VV., *La descentralización productiva y nuevas formas organizativas de trabajo*, MTAS, 1999, pp. 77-78, quien apuntaba que la elasticidad e imprecisión que se atribuye a la subordinación como rasgo diferenciador de la laboralidad es simplemente relativa.

⁴⁷ Un recorrido, desde su origen, por las distintas aportaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre el concepto de dependencia, así como el análisis sobre su papel en la tipificación del contrato de trabajo, nuevamente en BAYÓN CHACÓN, G., «El concepto de dependencia...», cit., pp. 451-467.

⁴⁸ PEDRAZZOLI, M., «El trabajo que cambia: problemas de calificación y de método» en *RFUDC*, núm. 14 (1988), p. 123. Al respecto destacan PALOMEQUE LÓPEZ y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, 16ª ed., CEURA, Madrid, 2008, p. 491: «la dependencia en la actualidad continúa sirviendo para describir una realidad poliédrica que no puede ser reconducida a una sola consideración».

faltado quien ha considerado desafortunados los intentos por aportar una noción de subordinación poniendo de manifiesto que dicho ejercicio teórico constituiría una mera *fossilización* de su congénita flexibilidad. En esta dirección, la dependencia no sería más que una *cualidad* que en cada caso los tribunales habrán de percibir a través de la revisión de las circunstancias concurrentes⁴⁹.

En efecto, ésta pertenece a la categoría de los conceptos jurídicos indeterminados. Partiendo pues del carácter eminentemente descriptivo de la dependencia, no es extraño que el uso combinado del conjunto de indicadores o notas distintivas que conforman la subordinación se haya erigido en el verdadero instrumento calificador⁵⁰. Al socaire de la revisión del supuesto concreto, circunstancia que explica el excelso casuismo de esta materia, los órganos judiciales han de asumir la responsabilidad de distinguir el contrato de trabajo y figuras afines, labor no exenta de dificultad dados los cada vez más confusos confines entre todos ellos máxime, como se ha visto, a raíz de la aprobación de la LETA⁵¹. Es importante tener en cuenta que en vía jurisprudencial se ha entendido que algunos de los síntomas de laboralidad son determinantes en la concurrencia del contrato de trabajo, mientras que otros deben ser contemplados dentro de un conjunto más amplio de datos fácticos capaces de dirimir el tipo de vínculo jurídico que une a las dos partes. Justamente, el vínculo de dependencia no va a extraerse necesariamente de la presencia de todas las notas distintivas que han sido progresivamente evidenciadas judicial o doctrinalmente, sino por la verificación de la presencia de alguna de ellas. En concreto, puede decirse que como principal punto de apoyo la labor judicial se ha servido de la constatación de la injerencia del poder directivo patronal sobre las tareas a desempeñar por el trabajador. De la definición legislativa del trabajador heterónimo (art. 1.1 ET) es cómodamente deducible que la sujeción u obediencia a una voluntad ajena que ordena y ejerce el control sobre la actividad prestada se alza como elemento identificador de la dependencia. A grandes rasgos, la subordinación denota el sometimiento del trabajador a la voluntad del

⁴⁹ Desde esta lógica se había pronunciado PÉREZ DE LOS COBOS. Pese a ello, merece ser destacada la aproximación a la noción de dependencia emprendida por dicho autor, a través de una revisión histórico-crítica del papel que ha venido desempeñando, en «El trabajo subordinado como tipo contractual», en *DL*, núm. 39 (1993), pp. 37 y 43. Sobre dicho concepto, *vid.* también D'ANTONA, M., «Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel Diritto del Lavoro», en *ADL*, vol. I (1995), p. 73 y GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E., «El Trabajo y las formas jurídicas», en *RL*, núm. 10 (2003), pp. 47-48.

⁵⁰ Una aproximación al sistema indiciario en SALA FRANCO, T. y LÓPEZ MORA, F., «Contrato de trabajo» en AA.VV. (Dir. Borrajo Dacruz, E.), *Comentarios a las Leyes Laborales*, Madrid, vol. I, Edersa, 1990, pp. 18-29. También *vid.* AA.VV. (Coord. Supiot, A.), *Trabajo y empleo...*, cit., pp. 48-50 y las referencias bibliográficas citadas por OJEDA AVILÉS, A., «Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato», en *TS*, núm. 195 (2007), p. 20, nota núm. 55.

⁵¹ En realidad, no toda la doctrina ha elogiado el método indiciario, poniendo en evidencia el excesivo espacio que deja este sistema a la valoración discrecional del intérprete. *Vid.* RUIZ CASTILLO, M., «Delimitación subjetiva del Derecho del Trabajo. Un interrogante específico: el trabajo “parasubordinado”», en *RL*, vol. II (1991), pp. 161 y 180.

empleador en lo que se refiere a la gestión y dirección del trabajo. El poder para individualizar la prestación y el comportamiento del obligado no es un mero efecto de la calificación de la relación de trabajo como subordinada, sino que forma parte de la propia esencia del contrato de trabajo. Por contra, la inobservancia de las decisiones directivas patronales provocará la eventual imposición de sanciones, alzándose dicha sujeción al poder disciplinario como la consecuencia lógica de la calificación de una relación como subordinada⁵². Lo cierto es que el deber de obediencia y el poder de dirección concurren los dos, cada uno por su parte, a la definición del concepto de trabajo subordinado.

Llegados a este punto y tomando en consideración el poder de mando empresarial como elemento consustancial a la dependencia, qué visión se tenga del poder directivo será relevante, tanto en la calificación de la relación de trabajo, como en la imposición de determinados comportamientos y actuaciones en atención a los parámetros de obediencia debida por el trabajador. De acuerdo con un enfoque restrictivo del poder de dirección, éste podría ser definido como la capacidad para determinar de manera constante la prestación del trabajador exigida por la empresa. Sin embargo esta posición no sólo es incompatible con el *hacer* habitual del personal que asume las tareas de mando y dirección de los recursos humanos. Resulta inconciliable también con el sistema habitual de prestación de servicios. Es obvio que la realización de actividades que requieren una alta cualificación técnica no trae consigo una constatación de las tareas a realizar dados los elevados niveles de autonomía con los que es capaz de desarrollar ese trabajador sus funciones. Pero además, tampoco se ajusta al *modus operandi* en los trabajos que se desenvuelven de forma mecánica. Probablemente un trabajador de una cadena de montaje no esté sujeto a esta intervención continuada de la dirección puesto que conoce bien cuál es su trabajo sin tener que esperar a que le ordenen qué debe hacer.

Hemos de descartar, pues, esta visión técnica o formal del poder directivo y abogar por el entendimiento del mismo en términos más amplios poniendo el acento en las siguientes cuestiones. El trabajador dependiente no es intrínsecamente un trabajador heterónimo si por tal se entiende a la persona sujeta a un poder externo que le impide el libre desarrollo de su voluntad⁵³. Y, en segundo lugar, el elemento sustancial de la configuración normativa de la relación de trabajo lo es el hecho de que el trabajador

⁵² SPAGNUOLO VIGORITA, L., «Il potere disciplinare dell'imprenditore e i limiti derivanti dallo Statuto dei Lavoratori», en *Atti del IV Congresso nazionale di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1972, p. 65. En sentido contrario, ICHINO, P., *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 203.

⁵³ Al respecto, NAPOLI, M., *Questioni di diritto del lavoro (1992-1996)*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 58-59.

despliega su actividad en una organización ajena, de modo que se somete al poder jerárquico de su titular. Se instala en un orden preestablecido y es precisamente esta *matriz jerárquica* la que permite diferenciar este poder directivo de la dación de instrucciones o indicaciones en las relaciones ajenas al trabajo subordinado. El empresario dispone la combinación más eficaz de los recursos empresariales, gestiona su organización y ostenta el poder para dictar disposiciones sobre la ejecución del trabajo. De manera que hace exigible a la contraparte la actuación y comportamiento elegido. Pero por lo que aquí interesa, dirige la organización empresarial adaptando la prestación a las circunstancias mutables de la empresa en los límites de la obligación asumida en el contrato. Este carácter dinámico del poder directivo tiene su efecto en el modo en el que la subordinación se manifiesta, sobre todo imbuidos ya en un escenario tecnológico de producción que constantemente se reactualiza. Efectivamente, el posicionamiento central que ostenta esta relación de poder-deber en la regulación del trabajo dependiente en nuestro ordenamiento explica por qué una alteración en el seno de dicho binomio comprometería la propia definición del ligamen de la subordinación y, como resulta evidente, la misma existencia del presente modelo de regulación.

B. La idoneidad de la figura de la dependencia para hacer frente a las nuevas realidades de desarrollo económico-productivo

Frente al ya agotado sistema de la «gran empresa industrial», modelo que impera en el contexto económico social vigente hasta el último tercio del siglo XX y «que realiza una producción masiva, basada en una especialización estrecha de las tareas y de las competencias y en una organización jerárquica y colectiva del trabajo»⁵⁴, se manifiestan renovados factores que impulsan sustanciales modificaciones sociales, económicas y, como no podía ser de otra manera, también jurídicas. La transformación del escenario organizativo y económico en el que tradicionalmente se han desenvuelto las relaciones de trabajo tiene como corolario la reacción del ordenamiento laboral que, puede aventurarse, no ha permanecido impasible frente al cambio⁵⁵.

⁵⁴ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C, «El trabajo autónomo y las propuestas de refundación del Derecho del Trabajo», en *RL*, vol. I (2000), p. 438. Las nuevas propuestas productivas sustituyen una productividad constante que obliga a mantener grandes cantidades de mercancías almacenadas en *stocks* por la llamada producción «*just in time*», sistema que se decanta por producir únicamente las unidades que previamente ya se han vendido. Eliminado los costes que provoca la obsolescencia de las mercancías almacenadas se pretende satisfacer a cada momento las necesidades de la demanda, sincronizando perfectamente y coordinando la actividad de las empresas subcontratadas que a menudo intervienen en la fase de producción. *Vid.* la descripción que sobre las modernas estructuras organizativas y, en concreto, sobre el modelo conocido como *toyotismo*, realiza SELMA PENALVA, A., *Los límites del contrato de trabajo en la jurisprudencia española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 26-36.

⁵⁵ En el balance global sobre la evolución de los mercados de trabajo que presentó Juan Somavia, Director General de la OIT a la Conferencia Internacional del Trabajo, 95ª reunión, de 2006 («Cambios en el mundo del trabajo»), se pone de relieve que «en todos los países, empleadores, trabajadores y gobiernos están revisando continuamente tanto las numerosas y variadas instituciones sobre las que se

La reconversión de los métodos de producción y de organización del trabajo motivada, entre otros factores, por la expansión del sector terciario y la «atomización»⁵⁶ de las estructuras empresariales; las innovadoras tipologías contractuales para la prestación de servicios; la proclama legislativa en relación al concepto de *taed*; la emergencia de nuevas identidades profesionales y figuras empresariales; la irrupción masiva de los avances tecnológicos en la empresa o la integración global de las economías nacionales, han supuesto un desafío al que el Derecho del Trabajo forzosamente ha tenido que enfrentarse⁵⁷. Los modelos constructivos empleados tradicionalmente para definir y regular el poder empresarial en el esquema estructural de la relación laboral se ven cuestionados por el desvanecimiento de las fórmulas jerárquicas rígidas que se fundaban en el estricto cumplimiento de las órdenes empresariales. Asimismo, el impulso que las cada vez más extendidas técnicas de descentralización productiva han procurado a las formas de trabajo autónomo, ya sea mediante el recurso al arrendamiento de servicios o a través de las más recientes y flexibles figuras negociales⁵⁸, ha sido evidenciada por prácticamente la totalidad de la doctrina⁵⁹.

Como podrá suponerse, el nuevo cuadro de relaciones de trabajo surgidas al amparo de los cambios producidos en la estructura organizativa se ha proyectado sobre las dimensiones técnica y jurídica de la subordinación. En efecto, el empleo surgido a resultas de los procesos de descentralización productiva y las nuevas formas de

sustenta la organización del trabajo como la definición y aplicación de normas para lograr la colaboración en las actividades productivas» (p. 54 de la memoria que puede consultarse en: www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc95/index.htm).

⁵⁶ TERRADILLOS ORMAETXEA, E., *El poder disciplinario empresarial. Principios y garantías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 151

⁵⁷ Sobre estas cuestiones, por todos, TULLINI, P., «Identità e scomposizione della figura del datore di lavoro (una riflessione sulla struttura del rapporto di lavoro)», en *ADL*, núm. I (2003), pp. 85-101.

⁵⁸ Para el estudio de dichas tipologías contractuales y su utilización con fines descentralizadores, consúltese ALCALÁ DÍAZ, M.A., «Aspectos económicos e instrumentos jurídico-mercantiles de descentralización empresariales (outsourcing)», en *RDS*, núm. 23 (2003), pp. 64-65 y 80-93.

⁵⁹ Por todos, *vid.* ALEMÁN PÁEZ, F., «Unidad de mercado y grupo de empresas: algunos puntos críticos», en *RL*, núm.6 (2007), p. 20; BAYLOS GRAU, A., *Derecho del Trabajo...*, cit., pp. 68-69; DEL REY GUANTER, S. y GALA DURÁN, S. «Trabajo autónomo y descentralización productiva: nuevas perspectivas de una relación en progresivo desarrollo y dependencia», en *RL*, vol. I (2000), pp. 452-455; MARTÍN VALVERDE, A., «El discreto retorno del arrendamiento de servicios», en AA.VV. (Coords. Montoya Melgar, A., Martín Valverde, A. y Rodríguez Sañudo, F.), *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo*, MTSS, Madrid, 1990, pp. 225-229; RODRÍGUEZ PIÑERO, M., «La huida del Derecho del Trabajo», en *RL*, vol. I, (1992), pp. 90-91 y VALDÉS DAL-RÉ, F., «Las razones de la adopción de la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo», en *RL*, núm. 7 (2008), p. 10. No obstante, las cifras que se manejan sobre el incremento del trabajo autónomo no llegan a ser significativas en términos globales puesto que, como pone de relieve CRUZ VILLALÓN, el flujo de trabajadores de una a otra modalidad no es unidireccional sino que actúa en los dos sentidos (del trabajo por cuenta propia al trabajo asalariado y viceversa). Así, en «Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales», en *RTSS*, núm. 13 (1994), p. 18.

organización, «fenómenos económicos conexos»⁶⁰, ha desdibujado en cierto modo los rasgos característicos que tradicionalmente habían conformado el perfil dogmático del trabajo dependiente. No resulta ocioso constatar que la evolución que ha experimentado el poder de dirección al amparo de las recientes modificaciones de las estructuras organizativas encuentra traducción jurídica en las dificultades actuales para separar trabajo autónomo y trabajo dependiente y, por mor del alumbramiento legislativo antes aludido, la distinción entre éstos y el trabajo autónomo económicamente dependiente. Sin duda, papel protagonista en este proceso ha tenido la incorporación de los avances tecnológicos al sistema productivo⁶¹. Las nuevas herramientas e instrumentos de trabajo han posibilitado la mutación del modo en que tradicionalmente se ha prestado el trabajo. A resultas de dicho desarrollo tecnológico van a crearse empresas cuya organización y actividad productiva no está constreñida a la utilización intensiva de la mano de obra, realidad que precisará ser abordada desde unos presupuestos distintos a los que han venido siendo empleados hasta la fecha.

En este contexto, el trabajo estable llevado a cabo por un trabajador subordinado a las órdenes directas del superior jerárquico en el marco de una organización empresarial centralizada ha perdido su posición como modelo común de referencia. Por ello no sorprende que se haya puesto en cuestión la propia institución de la dependencia y que hoy, como ayer, la discusión se centre en torno a la idoneidad de ésta como categoría jurídica apta en la calificación del vínculo jurídico⁶². Debate que se ha reavivado, se insiste, con ocasión de la aplicación de las nuevas tecnologías en las unidades de producción y la subsiguiente aparición de nuevas formas de trabajo. Pese a esto, el trabajo dependiente ha seguido manteniéndose como elemento definidor del objeto de protección del Derecho del Trabajo aunque dicha permanencia no haya producido efectos inocuos en la noción de subordinación. Su contenido, tal y como han puesto de manifiesto algunos autores, ha sufrido una cierta modalización o redefinición

⁶⁰ RIVERO LAMAS, J., «La descentralización...», cit., pp. 19

⁶¹ *Vid.* PURCALLA BONILLA, M.A., «Globalización económica, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y retos sindicales: notas para el debate», en AS, vol. V (2002), pp. 320-321.

⁶² No hace mucho OJEDA AVILÉS defendía que la dependencia, aun encontrando acomodo en el núcleo del tipo contractual, no ofrece una explicación plena del origen del contrato ni basta para dar respuesta a la evolución futura del mismo. Por esto propone un cambio de perspectiva que corrija y perfeccione la teoría de la dependencia. El criterio para la calificación de la relación laboral sería el control empresarial sobre el comportamiento del trabajador asalariado, control que puede estar presente en otras modalidades contractuales pero que es, en esencia, distinto en el tipo y en el grado de aquel que se manifiesta en el contrato de trabajo («Ajenidad...», cit., pp. 20-24). La problemática se centraría entonces en individualizar las características sustanciales del poder de control que ejerce el empleador respecto a su empleado en el marco del contrato de trabajo celebrado y determinar los rasgos que no estarán presentes en otro tipo de relaciones contractuales no laborales. Sin embargo, sin desmerecer el papel cardinal que la doctrina y jurisprudencia le ha atribuido al control patronal de la prestación llevada a cabo por el trabajador para la calificación del contrato de trabajo, en mi opinión este elemento adolece de una cierta eventualidad que lo desaconseja como factor de entidad resolutoria en este ámbito.

bajo parámetros más elásticos⁶³. La formulación de la nota de la subordinación, tanto por parte de la doctrina como de la jurisprudencia, ha ido evolucionando análogamente al devenir de los paulatinos cambios acaecidos en el mundo de las relaciones laborales y en paralelo a la concreción de las líneas delimitadoras de las facultades empresariales⁶⁴. Al hilo de la aparición de nuevos modelos o formas de trabajo autónomo y subordinado envueltos en una dinámica de la externalización de servicios y renovación tecnológica, se admite la subordinación de ciertas actividades productivas en las que no están presentes algunos elementos que, si bien no eran definitorios, sí habían sido valorados como indicios o rasgos externos de tal subordinación.

Ahora bien, como ya se puede prever, el *voto de confianza* que aún hoy se sigue dando a la nota de la subordinación no ha estado exento de críticas. En efecto, ciertos sectores se han hecho eco de cómo la relativización o flexibilización de su contenido, a fin de que la definición legal del contrato de trabajo tenga cabida en el marco de una economía en desarrollo, provoca inexorablemente la desnaturalización de la noción de la dependencia y, consecuentemente, un *desgaste* como valor definidor⁶⁵. Y es que, siendo deseable una elaboración del criterio de la dependencia alejada de la configuración rígida de sus caracteres sustanciales de modo que, incluso en los supuestos dudosos o de subordinación atenuada quepa el acceso a la tutela laboral allí donde esté presente la posibilidad de incidir en la esfera subjetiva ajena, resulta obligado advertir de los peligros de una distorsión del poder de dirección.

Como ya ha avanzado la doctrina, nos movemos en un terreno en el que conviene ser cauto. Así, se ha destacado que la ductilidad de la noción de subordinación no es ilimitada y, consecuentemente, no debe perder de vista el soporte sustantivo que justifica la aplicación de la normativa laboral. Teniendo esto presente y a falta de un criterio que posibilite la delimitación unívoca e irrefutable de la relación laboral

⁶³ GONZÁLEZ ORTEGA, S., «La informática en el seno de la empresa. Poderes del empresario y condiciones de trabajo», en AA.VV., (Coords. Alarcón Caracuel, M.R. y Esteban Legarreta, R.), *Nuevas tecnologías...*, cit., pp. 23-26; MONTOYA MELGAR, A., «Sobre el trabajo dependiente como categoría limitadora del Derecho del Trabajo», en AA.VV. (Dir. Cruz Villalón, J.), *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 62; RADÉ, C., «Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles formes de subordination», en *Dr.Soc.*, núm. 1 (2002), p. 27 y SANGUINETI RAYMOND, W., «La dependencia y las nuevas realidades económicas y sociales: ¿Un criterio en crisis?», en *TL*, núm. 40 (1996), p. 53. Asimismo, sobre la canalización de las formas de teletrabajo en el ámbito del contrato de trabajo, indica ESCUDERO RODRÍGUEZ que «la materialización de la dependencia sufre una especie de metamorfosis al modalizarse con el fin de hacer posible una adaptación a algunas de las específicas formas en que se presta el teletrabajo», «Teletrabajo», en AA.VV., *La descentralización...*, cit., p. 797.

⁶⁴ SANGUINETI RAYMOND, W., *El contrato de locación de servicios frente al Derecho Civil y al Derecho del Trabajo*, 2ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2000, especialmente, pp. 127-128.

⁶⁵ Opinión contraria mantiene PÉREZ AMORÓS ya que entiende que «la flexibilidad laboral, también exige una subordinación flexible, por ello, coherentemente, la primera no puede arrogarse el poder suprimir la segunda», «Retos del Derecho del Trabajo del Futuro», en *RDS*, núm. 32 (2006), p. 65.

respecto a figuras afines, puede afirmarse que la dependencia continúa en pie como uno de los pilares estructurales de la disciplina. Todavía es capaz de aunar y dar respuesta a la diversificada gama de prestaciones atípicas, lo que no obsta para que se haya puesto de manifiesto la pertinencia de actualizar sus contornos configuradores⁶⁶. La realidad actual, resultado de profundas transformaciones socioeconómicas así como de la evolución de las relaciones de trabajo, nos exige analizar los hechos concurrentes desde una nueva óptica. Con todo, no es la naturaleza sustancial del trabajo subordinado lo que ha cambiado. En realidad, lo que ha sido objeto de una visible transformación es el modo en que éste se exterioriza. Son algunas de las evidencias de laboralidad empleadas hasta ahora por la jurisprudencia las que habrían quedado obsoletas, tratándose, en todo caso, de un proceso de adaptación al sistema vigente sin que pueda afirmarse que se haya actuado en detrimento de la propia esencia de la subordinación, cuya sustancia o naturaleza ha permanecido invariable⁶⁷.

Alejados del modo clásico en el que había sido concebida la dependencia («como sujeción estrecha al dónde, cuándo y cómo de la prestación de trabajo»⁶⁸), los tribunales, recientemente y en reiteradas ocasiones, continúan enarbolando como enseña divisoria entre el régimen de ejercicio libre y el régimen laboral, la prestación incluida dentro del ámbito de organización y dirección de la persona para la que se realiza la actividad de producción. El problema se centra ahora en determinar cuándo puede aducirse que el trabajador desempeña su actividad dentro del ámbito de organización y dirección del empleador teniendo presente el contexto global en el que se gestan las actividades de producción. Sin lugar a dudas, cabe advertir la existencia de una relación laboral cuando en el entorno de la misma se despliega el ejercicio del poder de mando empresarial, de modo que la aceptación o el rechazo de las directrices empresariales no se hace depender de la voluntad del trabajador. Tal y como se ha señalado anteriormente, este deber de acatar las decisiones directivas en sus propios términos se eleva como el hecho cardinal en la distinción entre el contrato de trabajo y otros modelos contractuales adyacentes. Sin embargo, la dependencia ha dejado de

⁶⁶ REVILLA ESTEVE, E., *La noción de trabajador en la economía globalizada*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pp. 132-134.

⁶⁷ MONTOYA MELGAR, A., «Sobre el trabajo dependiente...», cit., p. 61 y ROMÁN DE LA TORRE, M^a D., *Poder de dirección...*, cit, pp. 65-66.

⁶⁸ LUJÁN ALCARAZ, J., «El ámbito subjetivo del Estatuto de los Trabajadores», en *RMTAS*, núm. 58 (2005), p. 20. Al respecto señala la STSJ Navarra, 30 junio 2001 (AS/1826): «En cuanto a la dependencia en el actual sistema productivo, caracterizado por una gran variedad de prestaciones de servicios, esta nota no se manifiesta necesariamente a través de los indicadores clásicos de tiempo, lugar o modo de realización del trabajo, como jornada y horario preestablecidos, puesto de trabajo en fábrica u oficina, ordenación y control continuos, etc., sino que se refleja también en otros posibles aspectos de la ejecución del trabajo, que están en función del tipo de servicios prestado en cada caso, destacando al efecto si es la empresa y no los profesionales quien programa el trabajo de éstos, mediante la asignación y rotación de tareas».

configurarse «como una subordinación rigurosa e intensa»⁶⁹. Lo que significa que ya desde hace bastantes años nos movemos en un escenario marcado por la ruptura de la uniformidad de la subordinación al entrar en crisis sus criterios distintivos tradicionales.

A la luz de lo expuesto, como primer hecho concluyente conviene anotar que la necesidad de adaptar la virtualidad calificadora a los insistentes requerimientos de la *nueva economía* no conduce inevitablemente a la abrogación del instrumento indiciario, sino únicamente a la reformulación de alguna de sus notas distintivas y a la construcción de otras a la luz de las características actuales del mercado de trabajo⁷⁰. Se trata, simplemente, de un cambio de la indumentaria que tradicionalmente ha revestido la dependencia del trabajador. Y, en segundo lugar, no puede olvidarse que la subordinación también admite diversas gradaciones⁷¹. La constatación de una estricta sujeción del trabajador a las órdenes o instrucciones emitidas por el empleador conduce al reconocimiento de la laboralidad en una prestación de servicios, pero tal realidad no impide que exista un contrato de trabajo aun cuando el sometimiento al poder empresarial se manifieste de manera más relajada⁷². Igual puede decirse de la presencia o no de la injerencia vigilante o de control del empresario sobre el lugar o los tiempos de trabajo, cuya concurrencia constituye un claro indicio de la dependencia laboral, sin que la ausencia de la misma pueda conducir, sin más, a la negación del carácter laboral de la prestación de servicios. Lo que se quiere destacar, en definitiva, es que la subordinación no pierde su propio significado, sino que sufre una cierta modificación cuantitativa al admitir un cierto grado de autosuficiencia⁷³.

Como se ha destacado suficientemente, la confirmación del efectivo ejercicio de las facultades de dirección a través de la estipulación de las correspondientes órdenes e instrucciones (ya sean cuantiosas o escasas, directas o indirectas, se impartan de forma

⁶⁹ STS 21 mayo 1990 (RJ/4993).

⁷⁰ Sobre la capacidad de adaptación del criterio de la dependencia a las nuevas realidades del trabajo asalariado, *vid.* PEREZ DE LOS COBOS, F., «El trabajo subordinado...», *cit.*, pp. 44-45 y SANGUINETI RAYMOND, W., *Contrato de trabajo y nuevos sistemas productivos: Un estudio sobre el concepto de subordinación jurídico-laboral y su aptitud para reflejar las transformaciones recientes de las formas de organización del trabajo*, Edit. Ara, Lima, 1997, pp. 61-62.

⁷¹ BARASSI, L., *Il diritto del lavoro*, tomo II, Giuffrè, Milano, 1957, pp. 181-183 y DE LA VILLA GIL, L.E. y PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., *Introducción a la economía del trabajo*, vol. I, Ed. Debate, Madrid, 1980, p. 500.

⁷² En tal sentido lo argumenta LUJÁN ALCARAZ, J., «El ámbito subjetivo...», *cit.*, pp. 29-30.

⁷³ Ahora bien, dicha interpretación más elástica tiene un tope máximo. En este sentido precisó la doctrina judicial que, en todo caso, quien presta sus servicios ha de encontrarse dentro del ámbito de organización y dirección ajeno. La dependencia jurídica «debe exigirse en todo caso, en mayor o menor grado, pero estando siempre presente en la relación entre las partes». De modo que «la flexibilización en la exigencia de este requisito debe hacerse de manera rigurosa, siendo muy escrupulosos a tal efecto», (así reiteradamente por los TSJ desde la STSJ Cataluña, 20 junio 1995, AS/2404).

personal o a través de instrumentos informáticos)⁷⁴ constituye un atisbo incontestable de la existencia de una relación de trabajo subordinada. Las simples indicaciones e instrucciones genéricas o meramente programáticas relativas al desempeño de la labor productiva no son suficientes para denotar el carácter subordinado de la actividad laboral puesto que únicamente son expresión de una injerencia esporádica del empleador sobre la actividad de producción⁷⁵. Lo cierto es que éstas son perfectamente asimilables al trabajo autónomo y, por lo tanto, carecen de valor identificativo en este ámbito. Ahora bien, con esto no se pretende apoyar un elemento previamente descartado, que la dependencia deba forzosamente manifestarse a través de una continua especificación de las funciones abarcadas por el contenido del puesto de trabajo o mediante órdenes minuciosas que detallen todos y cada uno de los elementos relativos al desempeño de la prestación (desbordando ampliamente lo que sería la mera concreción del objeto del contrato).

Es aconsejable entender que la naturaleza de la relación entre el trabajador y su contraparte es subordinada, en primer lugar, cuando existe una posibilidad real de que el empleador pueda interferir en cualquier momento en el desarrollo de la prestación ordenando los rasgos esenciales de la misma. Así las cosas, convendría subrayar que no se erige la emisión efectiva de órdenes e instrucciones por el empresario en el componente determinante en la calificación subordinada de la relación. Ésta vendría sustentada por su potencialidad, es decir, por la presencia continuada del deber de obediencia, reflejo de un poder abstracto de interferir en cualquier momento sobre el desarrollo de la prestación laboral⁷⁶. De ahí que pueda afirmarse que siempre que el empresario mantenga dicha capacidad cabría atraer al terreno del Derecho del Trabajo la actividad productiva puesta en cuestión. En consecuencia, es esta *posibilidad* la que permite la ratificación del papel calificador de las prerrogativas empresariales de dirección, también en este momento y a pesar de los profundos cambios estructurales que afectan al mercado de trabajo⁷⁷. Y, en segundo término y no necesariamente excluyente de la anterior, concurre la dependencia cuando se establecen, en el momento

⁷⁴ DE LA VILLA GIL, L.E., «El concepto...», cit., p. 59. De manera similar se manifestaba ANGIELLO, L., *Autonomia...*, cit, pp. 45-46 y 49.

⁷⁵ En este sentido, PERULLI, A., «Il potere direttivo dell'imprenditore. Funzioni e limiti», en *Lav.Dir.*, núm. 3 (2002), pp. 400-402 y ROMÁN DE LA TORRE, M^a D., *Poder de dirección...*, cit., p. 111.

⁷⁶ Vid. ANGIELLO, L., *Autonomia...*, cit, p. 42; DE LUCA TAMAJO, R., «Profili di rilevanza...», cit, p. 474 y LUJÁN ALCARAZ, J., «Las notas de laboralidad. Una aproximación en clave jurisprudencial», en *AS*, vol. V (2000) p. 266.

⁷⁷ Señala SANGUINETI RAYMOND que la presencia de determinados factores pueden condicionar el ejercicio del poder directivo así como su grado de intensidad. La materialización de dichas prerrogativas y su adecuación al contexto en el cual se desenvuelven condiciona la elasticidad del elemento de la subordinación. En este sentido, la concurrencia del mismo estaría ligada «más a la existencia del derecho de mandar que a su ejercicio efectivo», *El contrato...*, cit., pp. 131-136. De modo semejante, PERULLI, A., *Il potere direttivo...*, cit., p. 348.

inicial del contrato de trabajo, el conjunto de normas de naturaleza directiva integrantes, bien del programa aplicativo empresarial, o del código de conducta que vincula a la plantilla de la empresa. Dichas directrices, no disponibles por el trabajador a lo largo de la vida de su contrato, son el instrumento que habilita la actualización del poder directivo y, por tanto, la atribución del carácter subordinado a la relación (también en los supuestos en los que el control empresarial se ciña al resultado del trabajo entregado o al momento de la finalización del contrato)⁷⁸.

De todo cuanto se ha dicho puede concluirse que la dependencia ha de ser interpretada de un modo coherente con las actuales dinámicas de transformación de la empresa. Sin embargo, una operación de este tipo no conduce a invalidar el contenido técnico-funcional de la subordinación. Pese a admitir la atenuación de alguno de los aspectos a través de los cuales se manifiesta, éste se mantiene, lejos de encontrarse ante «los finales de su imperio»⁷⁹, como elemento principal y determinante de la calificación del negocio jurídico suscrito, teniendo el resto de las notas de la laboralidad un carácter instrumental respecto de la sujeción de la fuerza de trabajo a los mandatos provenientes de la dirección⁸⁰.

En síntesis, pese a la actuación ciertamente confusa de los tribunales en ciertas ocasiones, el elemento sustancial que permite conceptuar como subordinada a la relación de trabajo es la sujeción de la fuerza de trabajo al poder gerencial de impartir órdenes e instrucciones. La dependencia viene referida a la facultad jurídica que circunscribe la ejecución de la prestación laboral comprometida a los dictados del empleador y, por ende, a la posición subjetiva que éste asume. Otras circunstancias tales como la inserción de la prestación de servicios en la organización empresarial⁸¹, aun

⁷⁸ MELLA MÉNDEZ, L., «Sobre una nueva manera de trabajar: el Teletrabajo», en *AS*, vol. V (1998), p. 655. Igualmente en RIVERO LAMAS, J., «La descentralización...», cit., p. 75.

⁷⁹ Utilizando la expresión empleada por BAYÓN CHACÓN, G., «El concepto de dependencia...», cit., p. 466.

⁸⁰ A menudo se ha resuelto el problema de la calificación del vínculo jurídico de una relación acudiendo de modo acumulativo a la subordinación y a la ajenidad. Así el TS ha reiterado en numerosas ocasiones que ambos «constituyen elementos esenciales que diferencian la relación de trabajo de otros tipos de contrato», sin atreverse a atribuir un papel preponderante a uno sobre el otro [Entre las más recientes, SSTS 3 mayo 2005, RJ/5786 y 19 septiembre 2006, RJ/6668]. Ahora bien, aunque sea cierto que ambos se recogen normativamente de modo concurrente, sin que una excluya a la otra, como afirma CAIRÓS BARRETO, D.M^a, *Contratos de mediación laboral...*, cit., p. 95, «la ajenidad se configura como un presupuesto y la dependencia o subordinación como el elemento modalizador que incide sobre el presupuesto para configurar el ámbito de aplicación del contrato de trabajo».

⁸¹ Las teorías institucionalistas de la empresa habían defendido la inserción del fin productivo empresarial en el esquema causal del contrato negando, de este modo, que la relación de trabajo subordinado pudiera ser calificada a partir del ejercicio de las prerrogativas patronales de mando. Así se viene a configurar a la dependencia como la inclusión en la infraestructura empresarial puesto que la relación heterónoma sólo será posible cuando exista un cierto nivel de organización bajo la forma de empresa. Una crítica de dicha doctrina puede verse en HUECK, A., y NIPPERDEY, H.C., *Compendio de*

relevantes en el plano abstracto, carecen de entidad suficiente para delimitar el ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo pues, en realidad, no son más que un reflejo de la sujeción del trabajador al poder de dirección del empresario⁸². Es decir, el hecho de que el empleador detente un derecho de mando, sea efectivamente ejercicio o no, lo que viene a exteriorizar es que el trabajador inserto en dicho espacio no puede autodeterminar su propia prestación sino que debe someterla a lo que el sujeto que ha predispuesto la mencionada organización decreta. Y es precisamente la advertencia de tales prerrogativas lo que permitirá, también hoy en día, identificar la relación laboral en los distintos contextos productivos.

3. El deber de obediencia: aspecto jurídico pasivo de la subordinación

La Ley 8/1980, de 10 de marzo, reconstruyó por vez primera un compendio sistematizado de poderes empresariales, hecho que correlativamente vino a incidir en la posición jurídica y correlativas obligaciones de quien presta sus servicios por cuenta ajena, individualizando todas ellas los parámetros de valoración objetiva del exacto cumplimiento del trabajador. Superados viejos planteamientos sobre el carácter autónomo o escindible de los deberes de este último, se entiende que la obligación de buena fe, de diligencia y colaboración, así como el deber de obediencia constituyen en realidad «manifestaciones, aspectos y modos instrumentales para la realización de la prestación de trabajo»⁸³. Resumidamente podría añadirse que el deber de obediencia concerniría principalmente al binomio formado por el poder y la sujeción correspondiente mientras que la diligencia que le es exigible al trabajador estaría ligada al binomio crédito/obligación y a las eventuales responsabilidades que de ello se deriven⁸⁴. Aunque dicho planteamiento no impida constatar que la observancia de las disposiciones del empresario, dadas como ordenación del trabajo, pueda constituir un instrumento para medir el cumplimiento diligente de la prestación. Y, además, que

Derecho del Trabajo, Ed. RDP, Madrid, 1963, p. 59. Recientemente, CAIRÓS BARRETO, D.Mª., *Contratos de mediación laboral...*, cit., pp. 104-107 y MARAZZA, M., *Saggio...*, cit., p. 151.

⁸² De forma parecida RODRÍGUEZ PIÑERO, M., «La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del Trabajo», en *RPS*, núm. 71 (1966), p. 159 y ROMÁN DE LA TORRE, *Poder de dirección...*, cit., p. 62. Igualmente, *vid.* DESSÌ, O., «Poder directivo y nuevas formas de organización y gestión del trabajo en el ordenamiento jurídico italiano: puesta a disposición, subcontratación y teletrabajo», en AA.VV. (Coord. Escudero Rodríguez, R.), *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*, La Ley, Madrid, 2005, p. 166 y TULLINI, P., «Identità e scomposizione...», cit., p. 89.

⁸³ GARCÍA NINET, J.I., «El deber de obediencia...», cit., p. 876. Todas ellas son, tal y como se ha indicado, obligaciones inherentes a aquélla referida al cumplimiento de la prestación (PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., «La indisciplina o desobediencia en el trabajo», en AA.VV., *Estudios sobre el despido disciplinario*, 2ª ed., ACARL, Madrid, 1992, p. 147).

⁸⁴ Respecto a la naturaleza jurídica del deber de diligencia y la incardinación del mismo en la propia esencia de la obligación de trabajar, *vid.* BARREIRO GONZÁLEZ, G., *Diligencia y negligencia en el cumplimiento. Estudio sobre la prestación del trabajo debida por el trabajador*, CEC, Madrid, 1981, pp. 129-130.

quien es titular y ejerce un poder sobre la actividad productiva de otra persona, lo hace en tanto en cuanto ostenta un derecho de crédito respecto de la misma.

Lo expuesto permite poner de relieve cómo el contrato de trabajo da lugar a una posición de autoridad que se distribuye en patente asimetría. Si bien el empleador cuenta con un haz de instrumentos jurídicos para hacer valer su derecho de crédito a la actividad laboral, el trabajador asume la renuncia a ciertos aspectos de su autonomía para encauzar su actividad profesional en un sentido concreto. A partir de la celebración del pacto va a ser el empresario quien organice y estipule los medios de trabajo más oportunos para el cumplimiento de la prestación debida⁸⁵. Es en este sentido en el que se afirma que el poder directivo configura la posición subjetiva activa del empresario puesto que supone una manifestación de la autoridad autocrática que tiene a su disposición el jefe de la empresa⁸⁶. El ejercicio de tales facultades incide sobre la esfera jurídica del trabajador deudor, cuya actuación ha de ser necesariamente adecuada a las disposiciones empresariales. Por su parte, el deber de obediencia responde a la estructuración jerárquica de las unidades productivas. Consecuentemente, dicho deber no se configura de manera autónoma, sino que es un elemento inherente a la subordinación que delimita las relaciones de trabajo asalariado⁸⁷. Es prevalente en la doctrina la teoría según la cual la obediencia exigida al trabajador y el poder de mando vendrían a constituir una especie de endiádis, de modo que este último resulta sustancialmente explicativo del deber de obediencia. Por ende, ambos se integran en una misma realidad y no cabe la subsistencia de uno de ellos prescindiendo del otro. La capacidad empresarial para influenciar en la actividad productiva del deudor de la prestación sería meramente ficticia si éste se mantuviera emancipado de los requerimientos del empleador.

De otro lado conviene no olvidar que, a través del contrato, el trabajador se obliga a llevar a cabo la prestación sobre la cual se ha construido el acuerdo y a realizarla conforme a la diligencia y colaboración que le sea exigible en virtud de la normativa aplicable. La obligación del asalariado de obedecer las normas directivas de la empresa, ya se enuncien en sentido positivo (imponiendo la ejecución de una determinada labor), o en sentido negativo (prohibiendo la realización de actividades concretas), aparece como una garantía legislativa del orden y la coordinación necesaria entre el elenco de factores empresariales, y ello a fin de que la prestación laboral pueda

⁸⁵ ANGIELLO, L., *Autonomia...*, cit., p. 32

⁸⁶ PERULLI, A., *Il potere direttivo...*, cit., p. 7

⁸⁷ «Si deve subito dire che non esiste un autonomo dovere di obbedienza, ma che anche l'obbedienza è un modo di essere della subordinazione», GHERA, E., *Diritto del lavoro...*, cit., p. 75. En la misma dirección se manifiesta ROMÁN DE LA TORRE, M^a D., *Poder de dirección...*, cit., p. 348.

ajustarse al interés patronal⁸⁸. No obstante, del trabajador se exige no sólo el desarrollo de una actividad productiva concreta, sino también un determinado comportamiento en orden a salvaguardar una disciplina en la empresa que asegure la convivencia en el trabajo, la seguridad de las personas y la conservación del patrimonio empresarial. Obsérvese en relación a esta última idea que el cumplimiento de las órdenes empresariales vendría identificado con la existencia de un «deber jurídico particular», en cuanto a que éste se proyecta en dirección horizontal vinculando, así, a dos sujetos privados e instalándose en el seno de una relación jurídica⁸⁹.

Ciertamente la norma estatutaria consagra en nuestro sistema jurídico un poder para gestionar y dirigir la actividad laboral a través de la correlativa obligación del asalariado de sujetarse a su ejercicio en los arts. 5, *c* y 20.1 y 2 ET. De modo que la regulación estatutaria ya evidencia de manera decidida la supremacía del empresario. Y al respecto hay que indicar que sería incierto afirmar que tales preceptos utilicen el término «facultades» para referirse a todos los poderes empresariales amparando, por tanto, una habilitación general para el ejercicio de cada uno de ellos. Resumidamente, el art. 5, *c* ET habla del inexcusable cumplimiento de las pautas marcadas por el empresario «en el ejercicio regular de sus facultades directivas», expresión mantenida casi en exactos términos por el art. 20.2 ET. En ambos se hace alusión al deber que tiene el trabajador como deudor de la prestación laboral de someterse a las directrices de ordenación dictadas conforme a la posición dependiente que ocupa en el ámbito del contrato de trabajo. El perfil activo o dinámico del vínculo de la subordinación lo compone el derecho subjetivo que otorga una capacidad de mando sobre la actividad ajena y no el conjunto de prerrogativas que tiene a su disposición el empleador. Así pues, el reverso del deber de obediencia lo constituye, en realidad, el poder directivo y no un poder general relativo a la gestión de la empresa en su conjunto⁹⁰.

Es cierto que la obediencia no únicamente se reclama respecto a la determinación incesante, durante la ejecución de la relación de trabajo, del objeto de la prestación estipulada en el contrato. Como se ha convenido anteriormente, tal actividad es meramente contingente y no representa el contenido global que exhibe el poder directivo. El trabajador ha de acatar aquellas órdenes e instrucciones que constituyan una plasmación práctica del modelo de organización o gestión del empresario pero, como añade el art. 20, que se refieran al «trabajo convenido» o «a la obligación de

⁸⁸ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., «La indisciplina...», cit., p. 146.

⁸⁹ Puede consultarse al respecto GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B., *El deber de seguridad y salud en el trabajo. Un estudio sobre su naturaleza jurídica*, CES, Madrid, 1999, pp. 17-18.

⁹⁰ En sentido contrario, GARCÍA MURCIA, J., «Movilidad funcional y modificación sustancial de condiciones de trabajo», en *RMTAS*, núm. 58 (2005), p. 83 y ROMÁN DE LA TORRE, M^a D., *Poder de dirección...*, cit., especialmente en la p. 349.

trabajar asumida en el contrato». Parece, por tanto, que el propio precepto está limitando el objeto de su regulación al poder patronal que interviene sobre el contenido del acuerdo que figura en el contrato y no sobre aquellas facultades que pudieran dar lugar a la novación del mismo. Desde esta perspectiva, el trabajador como parte contractual acepta obedecer las órdenes relativas a la ejecución de la obligación. De modo que cuando su actuación no se adecua a la determinación de la contraparte y tal proceder no encuentra justificación en otras normas del ordenamiento (incluidos los requerimientos de regularidad de los art. 5, *c* y 20.2), es propiamente calificada de incumplimiento contractual.

Con ello no se pretende convenir que las disposiciones en materia de traslados, las que modifiquen causal y temporalmente las funciones a desarrollar, alteren sustancialmente las condiciones de trabajo pactadas (cuya ejecutividad recoge expresamente el art. 41.3 ET) o, incluso, prevean consecuencias negativas para el trabajador que incumpla alguna de sus obligaciones contractuales, no tengan que ser acatadas pues, de no ser así, estaríamos ante una transgresión de las obligaciones inherentes al puesto de trabajo constituyendo la actuación del trabajador un comportamiento contrario a las reglas de la buena fe y diligencia (art. 5, *a* ET). Recuérdese, de hecho, que la desobediencia, el abuso de confianza o la infracción de la diligencia y colaboración en el desempeño de las tareas que se le han encomendado al empleado no son más que distintos aspectos de un incumplimiento contractual, esto es, una actuación antitética a la finalidad económica del contrato de trabajo. El derecho de crédito del empresario comprende el derecho a disponer de la actividad productiva que es fruto del trabajo del personal subordinado a sus mandatos quien, a mayor abundamiento, deberá desarrollar sus funciones de acuerdo con los principios propios del derecho de obligaciones⁹¹. En efecto, al trabajador le corresponde colaborar con la dirección empresarial en cuantas medidas se promuevan por el empresario para el mantenimiento de la productividad o la consecución de unos beneficios económicos proyectados, todo ello debidamente acompañado con el respeto a la oportuna buena fe que ha de presidir el desarrollo de la actividad de trabajo.

Añadidamente hay que tener presente que aquellas decisiones empresariales de fiscalización de la actividad productiva o que sancionan una conducta incumplidora, no imponen una conducta activa del trabajador. Lo habitual es que del mismo únicamente se espere que las acate o, para ser más exactos, que las tolere cuando el ejercicio de tales facultades por parte del empresario no desborde los requisitos normativos que lo

⁹¹ Vid. GARCÍA NINET. J.I., «Artículo veinte. Dirección y control de la actividad laboral», en AA.VV., *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la Ley 8/1980, de 10 de marzo*, Edersa, Madrid, 1981, p. 161.

condicionan. Dichas facultades responden a un objetivo claro: hacer efectiva la ordenación patronal de la actividad laboral y garantizar la ejecutividad de las órdenes e instrucciones emitidas. En consecuencia, el respeto que se le exige al trabajador hacia tales decisiones patronales no es más que una prolongación del deber de obediencia que ha asumido en el contrato con respecto a la dirección por terceros de su actividad productiva.

Tampoco constituyen el reverso del deber de obediencia las prerrogativas que posibilitan la novación del pacto contractual. La observancia de las disposiciones empresariales que vengan a imponer, por ejemplo, un determinado cambio de las funciones que desempeña el trabajador fuera de su grupo o de las categorías profesionales equivalentes, se presume en tanto en cuanto el empresario respete la norma reguladora del régimen jurídico de dichas facultades. A mi juicio, el cumplimiento de las decisiones patronales novatorias forma parte de la obligación general de respetar las disposiciones normativas que regulan tales extremos, de acuerdo, se insiste, a los deberes básicos de obrar con buena fe y diligencia en el trabajo, entendiendo por esta última la «ejecución satisfactoria y ordenada»⁹² de la prestación a realizar por el trabajador en cuanto deudor de la misma. Ahora bien, aunque su inobservancia no conforme en sentido estricto una infracción del deber de obediencia, sí correspondería calificar tal conducta como indisciplinada. Nos remitimos, por tanto, a la noción jurídica de indisciplina (art. 54.1, *b* ET), dotada de mayor amplitud y generalidad al abarcar la contravención de las directrices directivas del empresario pero también cualquier otro incumplimiento de una obligación laboral. No pudiendo entonces concebir ambos conceptos, desobediencia e indisciplina, como sinónimos puesto que éste último desborda la propia noción de desobediencia. Dejando esto simplemente apuntado, pues sobre lo mismo se volverá más adelante, se pretende recalcar que, en el sentido más estricto, el deber de obediencia se reclama de las disposiciones procedentes del ejercicio del poder de dirección. La conducta del trabajador que se aparta del cumplimiento de las decisiones patronales adoptadas en el ejercicio del resto de prerrogativas que legítimamente tiene atribuidas el empleador (en este caso, con el debido respeto a los requisitos legales imperantes), será merecedora de la correspondiente sanción tal y como así lo prevé el mencionado precepto estatutario. La razón habrá que buscarla en la actuación, adoptada por el asalariado, de oposición o contestación ilícita a las prerrogativas que legalmente le vienen reconocidas al empresario.

⁹² BARREIRO GONZÁLEZ, G., *Diligencia y negligencia...*, cit., p. 131.

3.1. Modalización y fuerza imperativa de los mandatos empresariales

Si bien todo trabajador es deudor de un determinado comportamiento ajustado a las órdenes e instrucciones de su superior, no se requiere el mismo de igual forma ni con idéntico grado de intensidad. Son muy variados los factores que afectan a la magnitud de la obligación de obedecer que corresponde a la fuerza de trabajo. Entre ellos asume un importante papel la naturaleza del trabajo contratado. La especial peligrosidad que caracteriza el espacio donde se desenvuelve el trabajo o el empleo de determinadas sustancias o materias peligrosas susceptibles de causar un riesgo para la seguridad y salud del autor de la prestación o de terceros, pueden incidir en la rigurosidad con la que se exige el cumplimiento de los mandatos impartidos. Repárese, por ejemplo, en una fábrica de armas, de material explosivo o en actividades laborales donde se manejan productos tóxicos. El estricto requerimiento de la observancia de las directrices que parten de la dirección empresarial puede ser indispensable para garantizar, tanto la salud de los trabajadores, como la integridad de las instalaciones. Al margen de estas consideraciones, y obviando que a lo largo del discurrir de la relación laboral pueden sucederse cambios normativos o modificaciones en el objeto del contrato que incidan directamente sobre el deber de obediencia del trabajador –expandiendo o retrayendo el ámbito sobre el que se plasma la prestación y el comportamiento exigible⁹³–, puede enunciarse un doble condicionante⁹⁴.

En primer término, en la era de la globalización y la terciarización de la economía se han consolidado algunas tipologías de relaciones de trabajo en las que el trabajador goza de mayor independencia respecto al poder jerárquico de la empresa. Son, ante todo, trabajadores vinculados laboralmente a la organización donde desenvuelven su prestación, la cual no pueden dirigir o modificar por su cuenta, aunque su deber de obediencia se muestra diluido en aras de una mayor iniciativa. Si bien la prestación manual de servicios que se lleva a cabo en el centro de trabajo (a través de un contacto directo con la dirección) no varía en gran medida el grado de obediencia que se le viene exigiendo tradicionalmente al trabajador, la situación puede cambiar cuando se toman en consideración los nuevos sistemas de gestión de la mano de obra en los que la

⁹³ A diferencia de lo que sucede con otras facultades empresariales como la modificativa o la extintiva, a raíz de la reforma estatutaria del 94, el poder de dirección permaneció invariable, al menos nominalmente, ya que la cláusula general que representa el reconocimiento del mismo en el precepto estuario no sufrió variación alguna. No obstante, como es fácil comprender, aunque la mayor parte de la reforma no incidiera en el campo de actuación propio del poder directivo, no tendría sentido negar la reconsideración del papel y alcance real de la dirección del trabajo una vez producida la instauración legal de mayores márgenes en la intervención empresarial. Así en GARCÍA MURCIA, J., «Movilidad funcional...», cit., p. 85 y MARTÍNEZ ROCAMORA, L.G., *Decisiones empresariales y principio de igualdad*, Cedecs, Barcelona, 1998, p. 62.

⁹⁴ Para una revisión panorámica sobre estas cuestiones, vid. GARCÍA NINET, J.I., «El deber de obediencia...», cit., pp. 881-884 y SANGUINETI RAYMOND, W., *El contrato...*, cit., pp. 132-134.

modalidad de ejecución de la actividad productiva permite amplios márgenes de autonomía técnica en el cumplimiento de la prestación. Conviene recordar al respecto como en la actualidad, frente al estereotipo tradicional de trabajo asalariado, no sólo se ha fomentado la formación de un trabajador dotado de mayor autonomía e independencia, sino que, conjuntamente, se le exige la adquisición de conocimientos más ambivalentes. Los modernos sistemas de organización del trabajo no ponen ya el acento en la repetición de tareas sencillas o mecánicas, sino en la gestión de las «capacidades esenciales» de una empresa estructurada de un modo más horizontal⁹⁵. Paulatinamente se han ido modificando las aptitudes y habilidades de los trabajadores más demandadas por las empresas, haciéndose hincapié en el carácter intelectual del trabajo y en las capacidades para tomar decisiones y resolver problemas, de adaptarse a los cambios y emprender nuevas iniciativas⁹⁶. Así se observan trabajadores por cuenta ajena con importantes cotas de autonomía operativa consecuencia, tanto de los amplios niveles de creatividad o profesionalidad que caracterizan a un sector cada vez más amplio del mercado (piénsese, *v.gr.*, en el desempeño de tareas que implican un alto nivel de contenido intelectual dada la alta complejidad técnica que exige su desarrollo), como del empleo de las «nuevas»⁹⁷ tecnologías como instrumentos de trabajo. La elevada especialización profesional del proceso productivo al que se encauza el *know how* que aportan estos empleados frena la ordenación integral de la prestación por la dirección empresarial que se va a limitar a dirigir cuestiones más bien marginales relacionadas con el trabajo desempeñado.

En este sentido, parece que la dirección lógica de la progresión que está afectando al mundo productivo y, paralelamente, al Derecho del Trabajo, habrá de conducir a la aminoración de los márgenes de sujeción de la mano de obra a las directivas empresariales. De hecho, cada vez es más frecuente que el empresario decida voluntariamente disminuir la presión directiva que ejerce sobre el personal más cualificado de la plantilla a fin de que dicha atenuación del ejercicio de las facultades empresariales se pueda ver recompensada con un incremento de la efectividad del trabajador. Se persigue incentivar a la plantilla dotándoles de una mayor capacidad de autoorganización y posibilitando que éstos asuman grados más altos de compromiso con la sociedad empresarial⁹⁸. Pese a ello, es menester precisar que no puede llegar a

⁹⁵ ORTIZ LALLANA, C., «Innovación tecnológica y nuevas tecnologías en la empresa: “un factor de competitividad”», en *RTSS (CEF)*, núm. 274 (2006), p. 71.

⁹⁶ *Vid.* el estudio de RIVERO LAMAS, J., «El trabajo en la sociedad de la información», en *AS*, vol. V (2001), pp. 1037-1062.

⁹⁷ Me remito, en este punto, a las reflexiones de ALARCÓN CARACUEL en «La informatización...», *cit.*, p. 9.

⁹⁸ En este sentido MERCADER UGUINA advierte que «mientras la organización científica del trabajo partía de la premisa de que, dándole al trabajador libertad, éste eludiría su responsabilidad, lo que llevó al establecimiento de severos métodos de control y disciplina en la empresa, las nuevas fórmulas

afirmarse que la priorización empresarial de la autonomía y responsabilidad de los trabajadores haya de generar, en todo caso y sin lugar a dudas, ejemplos de una subordinación que se muestra atenuada o reducida. La acepción más literal de la *autonomía* le atribuye una significación ligada en cierto modo a la independencia, de manera que quien es autónomo puede seguir sus propios dictados sin injerencias externas. Sin embargo, no es extraño que el grado de iniciativa consentido por las mutaciones cualitativas que marcan la evolución reciente del mundo del trabajo se aleje de dicha concepción y vincule la aparentemente discrecional capacidad de decisión del trabajador a los resultados u objetivos perseguidos por la empresa en función de sus propias necesidades. Por lo general, la apuesta empresarial por la especialización y polivalencia de la mano de obra no se ha visto traducida en una sustitución de los perfiles clásicos (el empresario manda y el trabajador obedece) por otros en los que los lazos de cooperación y colaboración entre ambos sujetos presidan las pautas de la relación de trabajo.

Lo anterior no nos lleva a olvidar que el desarrollo de las capacidades de cálculo, de proceso, transmisión y almacenamiento de datos, así como de los distintos sistemas de comunicación y vigilancia en la empresa, ha provocado un profundo impacto en el mundo laboral que, lejos de ser meramente coyuntural, se halla plenamente consolidado⁹⁹. Entre otras, la aplicación de la microinformática y de los medios telemáticos en la órbita laboral ha posibilitado la escisión entre la sede empresarial y el lugar de prestación de servicios y, al socaire de lo acaecido, resultaría ingenuo afirmar que las prerrogativas empresariales de dirección se han mantenido invariables desde su configuración inicial¹⁰⁰. Las modalidades de su ejercicio han ido variando al paso de las mutables exigencias de la organización empresarial. Sin embargo, como se ha adelantado, la permeabilidad a las nuevas realidades del tejido productivo y organizativo no lleva necesariamente aparejado la emancipación del trabajador respecto al poder de dirección empresarial o la relajación de la correspondiente obligación de obediencia.

En este contexto los perfiles clásicos del trabajo por cuenta ajena sobreviven recluidos en los reducidos espacios que ocupan hoy en día los trabajados organizados de

consideran más eficiente potenciar el compromiso del trabajador en el proceso de producción (...). La clave, se dice, no está en asegurar la obediencia del trabajador a las reglas prefijadas, sino provocar el compromiso activo y creativo del trabajador», en *Derecho del Trabajo. Nuevas tecnologías y sociedad de la información*, Lex Nova, Valladolid, 2002, p. 97.

⁹⁹ CRUZ VILLALÓN, J., «Poder de dirección y nuevas estructuras empresariales», en AA.VV. (Coord. Escudero Rodríguez, R.), *El poder...*, cit., pp. 217-219.

¹⁰⁰ Un análisis empírico de las repercusiones del progreso tecnológico sobre las relaciones de poder entre la dirección empresarial y la mano de obra en POOLE, M., *Hacia una nueva democracia industrial. La participación de los trabajadores en la industria*, MTSS, Madrid, 1995, pp. 50-51.

manera tradicional, desarrollados al margen de las nuevas fórmulas de gestión que han venido amparadas por la intervención de los avances técnicos y la flexibilidad general que sufre el mercado de trabajo. Cada vez es más frecuente la reconversión del aspecto que reviste el poder de dirección a través de sus nuevos hábitos de ejercicio¹⁰¹. Es bien sabido que la incorporación de tales innovaciones al campo empresarial ha promovido el empleo de soportes informáticos como vía de expresión de las órdenes e instrucciones patronales, pero ello no da lugar a variantes sustanciales respecto al poder de dirección, ni motiva la reducción del deber de obediencia¹⁰². Mas al contrario, la materialización de las prerrogativas de dirección a través de nuevos formatos facilita, como ha señalado la doctrina, la prueba de la propia existencia del mandato empresarial, del contenido y de sus destinatarios, y permite conocer al equipo directivo de la empresa si las órdenes han sido recibidas o leídas por el trabajador, así como el día y hora de dicha recepción¹⁰³.

Cierto es, asimismo, que la ausencia de concomitancia entre el centro de trabajo y la ubicación geográfica donde el trabajador lleva a cabo la actividad productiva podría favorecer un descenso de la presión autoritaria que ejerce el empleador sobre los trabajadores, así como la sustitución de una vigilancia continua e inmediata sobre el trabajo acometido por un control en el momento de la entrega efectiva del mismo¹⁰⁴. Ahora bien, a la hora de enjuiciar el alcance de la obligación de acatar las decisiones directivas, la desconexión espacial entre ambas localizaciones puede que intervenga de manera significativa en algunos casos, pero desde luego no puede emplearse como criterio para extraer conclusiones generales. Y es que la implicación de los avances tecnológicos al mundo del trabajo en general y a las actividades que se venían prestando a extramuros del centro de trabajo en particular, no sólo ha permitido neutralizar dicha propensión o tendencia, sino que ha sido determinante en dos direcciones: en la desfiguración de los márgenes de sujeción de los trabajadores a la voluntad empresarial de ordenación abriendo nuevos espacios «para una mayor supremacía»¹⁰⁵ y en el

¹⁰¹ DESSÌ, O., «Poder directivo...», cit., pp. 181-184 Y GONZÁLEZ MOLINA, M^a.D. y LÓPEZ DE AHUMADA, J.E., «El teletrabajo y la privacidad del trabajador», en AA.VV., *La descentralización...*, cit., p. 914.

¹⁰² Señala RUSCIANO que la mayor «autonomía técnica», referida a la modalidad del cumplimiento de la obligación contractual de la que gozan ciertos trabajadores del sector terciario, no llega a alterar la esencia de la subordinación ni a justificar, por tanto, la exclusión de la protección de la tutela que dispensa el ordenamiento laboral. Es por esto que, añade, «è fuori dubbio che, anche in queste nuove forme di lavoro, il potere direttivo rimanga comunque saldo» [«D.Lgs. 276 e subordinazione: variazioni sul tema», en *Dir.Lav.*, núm. 5-6 (2005), p. 445].

¹⁰³ GONZÁLEZ ORTEGA, S., «La informática...», cit., p. 37.

¹⁰⁴ Tradicionalmente se aludía al trabajo a domicilio y a la labor que desempeñan los representantes de comercio como supuestos típicos de obediencia atenuada. Así en GARCÍA NINET, J.I., «El deber de obediencia...», cit., pp. 883-884.

¹⁰⁵ LOY, G., «El dominio ejercido sobre el trabajador», en AA.VV. (Coord. Escudero Rodríguez, R.), *El poder...*, cit., p. 63.

ensanchamiento de la posibilidad de control por parte del empleador¹⁰⁶. De hecho, tanto el uso de la telefonía móvil, como de la informática, permite al empresario ejercer, también de manera intensa, el propio poder de dirección incluso fuera de las horas de trabajo. Frente a la aparente mayor libertad que ofrece el uso de nuevas tecnologías como instrumentos de trabajo, no se obvia que su empleo «fuerza igualmente al trabajador a adaptarse a un nuevo ritmo de trabajo, presidido por la ausencia relativa del reloj»¹⁰⁷.

Como síntesis de todo lo sostenido hasta este momento puede decirse que, pese a la mayor libertad y compromiso que posibilitan las nuevas formas de gestión y organización empresarial, no puede hablarse de una renuncia patronal al ejercicio de su poder de dirección ni, por norma general, de una aminoración de la intensidad con la que se le exige al trabajador el cumplimiento de los mandatos patronales¹⁰⁸. O lo que es lo mismo, aunque el poder directivo no aparezca ya ligado necesariamente a un determinado modo de trabajar ni a la jerarquizada organización productiva que caracterizó el caduco modelo de corte fordista, la ordenación patronal y la obediencia que le es exigible al trabajador conservan sus perfiles identificadores. Lo que significa que la facultad determinativa del empresario se ha adaptado al nuevo modelo de gestión del trabajo en el interior de la empresa y, por ende, junto al modelo o patrón social del trabajador subordinado inmerso en una lógica de tipo rígido y jerárquico, conviven y se consolidan experiencias en la tónica de la autorregulación organizativa. Lo cual no implica forzosamente una merma en el nivel de heteronomía o una *desjerarquización* de la empresa puesto que, en líneas generales, la actividad laboral que viene siendo desarrollada tras la incorporación de las innovaciones tecnológicas al ámbito del contrato de trabajo continúa bajo la dirección del empleador y sometida a sus dictados.

¹⁰⁶ Como se ha señalado, «la omnipresencia tecnológica y, en especial, de la tecnología informática que, junto a la aportación de aspectos positivos vinculados a la mejora del rendimiento y de la productividad o a la propia aparición de fórmulas nuevas de prestación de servicios, como el teletrabajo, no ha dejado de estimular otras tendencias que afectan a la seguridad de los trabajadores, en especial por lo que se refiere a las posibilidades abiertas a la expansión del poder directivo y control empresarial» en SASTRE IBARRECHE, R., «Algunas claves para un sindicalismo también mundializado», en *RDS*, núm. 21 (2003), p. 72.

¹⁰⁷ PUJOLAR, O., «Poder de dirección del empresario y nuevas formas de organización y gestión del trabajo», en AA.VV. (Coord. Escudero Rodríguez, R.), *El poder...*, cit., p. 137. *Vid.* asimismo el estudio de RADÉ, C., «Nouvelles technologies...», cit., pp. 26-36 y, particularmente, p. 27.

¹⁰⁸ Se inclinan por esta interpretación GONZÁLEZ MOLINA, M^aD y LÓPEZ AHUMADA, J.E. para quienes la emancipación de las más rígidas ligaduras de subordinación que pudieran traer aparejados los avances tecnológicos en la empresa no puede predicarse con carácter general para todos los trabajadores que hacen uso de ellos. Tal y como ponen de relieve «la informática que para algunos se revela como un instrumento de independencia del trabajador para otros constituye un mecanismo menos directo pero más riguroso de control laboral (...) de ahí, que salvo contadas excepciones el uso de la informática de los más altos avances tecnológicos y en telecomunicaciones en el ámbito laboral no hagan sino trasladar al trabajador a un mundo ilusorio de independencia laboral» («El teletrabajo...», cit., p. 922-923).

En definitiva, la minimización de la sumisión del trabajador a la autoridad empresarial se ha revelado en muchas ocasiones más teórica que práctica.

En segundo lugar, la obediencia debida es contingente al sector o rama de la producción de que se trate¹⁰⁹, a la posición que ocupe el trabajador en la escala de clasificación profesional de la empresa y al grado de responsabilidad que se ostente. Cobra en este sentido significación, tanto que el trabajador preste sus servicios en los niveles inferiores en los que el contenido de la prestación laboral objeto del contrato responde a un método de trabajo preciso especificado a través de concretas instrucciones (con un total grado de dependencia jerárquica y funcional bajo la supervisión directa o sistemática del empresario), como el grado de colaboración e, incluso, de confianza que presida la relación entre el empleador y su empleado. Normalmente la subordinación se diluye en favor de la mayor iniciativa que se demanda en los grupos o categorías que requieren mayor cualificación profesional. Se trata de trabajadores dotados de dilatados márgenes de discrecionalidad propios de elevadas posiciones en la estructura jerárquica empresarial¹¹⁰. Pero además, el emplazamiento en determinadas categorías profesionales viene a asignar al trabajador (que es a su vez personal dependiente) responsabilidades de mando al llevar a cabo funciones que suponen la integración, coordinación y control de las tareas desempeñadas por un grupo de trabajadores.

En definitiva, la graduación de la obediencia debida está estrechamente condicionada por el encuadramiento profesional, de modo que se exigirá con mayor o menor severidad el acatamiento de las directrices empresariales en función del puesto y las tareas que desarrolle cada trabajador. En particular situación se encuentran, a su vez, los profesionales titulados (en el ámbito de los calificados como trabajadores intelectuales) que prestan servicios retribuidos por cuenta ajena y en régimen de dependencia. En estos casos de subordinación más jurídica y económica (en cuanto a las obligaciones contractuales que asume como contraparte de la relación laboral), que técnica (puesto que en virtud de los conocimientos científicos o intelectuales que poseen y que les otorgan la condición de trabajadores cualificados, tienen a su disposición un amplio espacio de autodeterminación de la prestación de trabajo que llevan a cabo), el poder para impartir órdenes relativas al ejercicio de las funciones que dichos profesionales asumen en la empresa se verá notablemente menguado. La libertad de criterio que preside su actividad productiva y las normas deontológicas y corporativas a

¹⁰⁹ Sin perjuicio del estudio que se emprenderá en otro momento, sobre el mayor nivel de obediencia exigible a los trabajadores que llevan a cabo tareas ideológicas en las conocidas como empresas de tendencia, MARTÍNEZ ROCAMORA, L.G., *Decisiones empresariales...*, cit., pp. 197-198.

¹¹⁰ Vid. POOLE, M., *Hacia una nueva...*, cit., pp. 31-32.

las que están obligados a sujetarse en el ejercicio de su profesión¹¹¹, comportan una disminución ostensible del nivel de obediencia debida por éstos, naturalmente tomando en consideración el plano técnico de la misma.

Es discutible, no obstante, que tal autonomía técnica sea absoluta de modo que estos trabajadores no deban obediencia a ninguna de las órdenes e instrucciones técnicas que pudieran partir del empresario. Al respecto hay que señalar que desde ciertos sectores se ha afirmado la ilegitimidad de toda injerencia empresarial en el aspecto técnico de la prestación que realizan los profesionales asalariados. Se reconoce, por tanto y en todo caso, un *ius resistentiae* frente a las directrices técnicas patronales puesto que se estima que las mismas son fruto de un uso irregular del poder de dirección¹¹². En mi opinión, no resulta acertado negar tan rotundamente la capacidad del empresario para dictar normas técnico-profesionales en estos casos. Aun siendo cierto que la obediencia exigible se mide aquí en términos flexibles puesto que las órdenes e instrucciones empresariales rara vez incidirán en el espacio de autonomía que conllevan estas relaciones de trabajo en las que intervienen profesionales de alta cualificación, es decir, aun encontrándose el deber de obediencia técnica del trabajador fuertemente debilitado, no comparto la idea de que el poder de dirección en este ámbito y, en definitiva, la subordinación técnica, sea del todo inexistente. Con todo y en la práctica, la solución que aquí se defiende no difiere en gran medida de la aportada por un amplio sector de la doctrina. Es decir, considero oportuno destacar que el trabajador estará legitimado para desobedecer las indicaciones patronales técnicas impartidas en ejercicio de las facultades directivas si, a partir de la valoración subjetiva de las mismas, concluye que son incorrectas y ponen en peligro su prestigio profesional. En estos casos, la irregularidad de la orden empresarial es debida, no ya a su emisión misma, sino a su contenido (que el trabajador en atención a los conocimientos que posee ha estimado erróneo). Se trata, como se habrá podido prever, de los supuestos de desobediencia técnica sobre los que se volverá en otro momento del presente trabajo.

Por último huelga añadir que la condición de representante sindical no interviene en la asignación al asalariado de unos concretos márgenes de obediencia exigible. Pese a la posición inicial de los tribunales ordinarios, la condición representativa del trabajador no imprime ninguna característica especial ni carácter cualificado alguno al incumplimiento del deber de obediencia. Mientras que en un primer momento el TS estimó que el comportamiento de los representantes legales de los trabajadores había de

¹¹¹ Tal y como el TC ha precisado en la ya conocida sentencia 219/1989, de 21 de diciembre (Fj. 5º), dichas normas aprobadas por los Colegios profesionales constituyen obligaciones de necesario cumplimiento por los colegiados.

¹¹² Así lo ha defendido GARCÍA TESTAL, E., *Ejercicio asalariado de profesiones liberales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 258-261.

servir como ejemplo al del resto de la plantilla y, por tanto, a éstos les era exigible un grado mayor de obediencia («han de estar revestidos de toda ecuanimidad, serenidad y obediencia, para ser modelo en la relación vincular que la ley otorga a los que al representar esos cargos deben guardar el mayor acatamiento en su cometido»)¹¹³, el TC desechó y corrigió tal interpretación censurando que la función representativa viniera ligada a una mayor intensidad de los deberes contractuales (STC 104/1987). Así el Alto Tribunal ha entendido que constituiría un elemento perturbador del correcto ejercicio de la función representativa y, concluyentemente, una agresión al derecho constitucional amparado por el art. 28.1 CE el hecho de condicionar el «ejercicio de la libertad sindical en el seno de la empresa a un cumplimiento más riguroso y esmerado de los deberes contractuales que los demás trabajadores»¹¹⁴.

3.2. La obediencia debida confinada en la dimensión contractual

Al margen de las consideraciones expuestas, se puede convenir que el contrato de trabajo no rubrica la renuncia del trabajador a su libertad personal aunque sí constata el asentimiento del mismo a someterse a un poder que se explica desde la regulación normativa y el propio contrato. Al respecto, la configuración legislativa del deber de obediencia nos obliga a remitirnos a sus antecedentes normativos para constatar el hecho que aparentemente ha pasado desapercibido, principalmente en el ámbito judicial. Resulta forzoso referirse a la progresiva limitación legal de la obligación de obediencia que culmina en la norma estatutaria vigente, la cual introduce una importante salvedad a la observancia de las directrices patronales exigible al trabajador. Pese a ello, la interpretación y aplicación de la norma no siempre se ha hecho eco de la acepción legal del deber de obediencia. A la luz de tales disquisiciones, también en el ámbito teórico aunque con ostensible insistencia en sede jurisprudencial, se ha procedido a condicionar con mayor rigurosidad la sujeción de la fuerza de trabajo a la ordenación patronal.

Para una exposición ordenada con arreglo a criterios cronológicos, es preciso remitirse al Código de Trabajo de 1926. Sus arts. 43 y 74 atribuyen este deber de manera exclusiva al contrato de aprendizaje señalando que «el aprendiz debe obediencia al patrono o maestro, en cuanto se refiere a la instrucción que recibe, al trabajo relacionado con ella y al cumplimiento de las obligaciones estipuladas en el contrato»

¹¹³ A título de muestra, la STS 10 julio 1973 (RJ/3295), considera la desobediencia de un representante sindical un «supuesto claro de agravación de responsabilidad». Sobre este asunto consúltense los pronunciamientos judiciales citados por GARCÍA NINET en «El deber de obediencia...», cit., nota 145, pp. 881-882 y en «Ofensas verbales o físicas al empresario o a otras personas del entorno empresarial», en AA.VV., *Estudios...*, cit., pp. 205-208

¹¹⁴ *Vid.* las observaciones que sobre esta cuestión realiza GARCÍA NINET, J.I., «El deber de obediencia...», cit., p. 913.

(art. 73) y «debe asimismo al patrono o maestro consideración y respeto, y está obligado a conducirse con celo y fidelidad en sus relaciones con él» (art. 74). Posteriormente, se recoge la obligación de todo trabajador de acatar las directrices de su superior jerárquico en referencias ya históricas por mor de la CE. En el art. 81 de la LCT de 1931 se indica que es «deber del trabajador atender en el trabajo a las órdenes e instrucciones del director, dueño o encargados y representantes de éstos»¹¹⁵. La versión legal posterior, acorde con la ideología del franquismo, suprime el papel que para la colaboración en la dirección y gestión de las empresas concedía su predecesora a la intervención obrera y concentra el ejercicio de un poder (irrenunciable e intransferible) en la figura del empresario. De este modo, el art. 69 establece como obligación del personal de la empresa «cumplir los Reglamentos de trabajo, así como las órdenes e instrucciones del jefe de empresa, de los encargados o representantes de éste y de los elementos del personal de la misma que le asistan».

De acuerdo con el modelo de relaciones industriales imperante en los años cuarenta, la concepción del deber de obediencia va más allá de los exactos términos con los que se expresa la norma. La autoridad del empleador adquiere tintes propios de la teoría comunitaria de la empresa y, consecuentemente, el acatamiento de sus órdenes se vuelve inexcusable¹¹⁶. Los trabajadores se encuentran, así, estrechamente sujetos a la dirección de la fábrica cuyos requerimientos han de ser obedecidos sin restricciones. Cualquier comportamiento que suponga una desviación de las instrucciones impartidas va a ser merecedor de reprobación dado su carácter subversivo respecto a un poder que se estima incontestable. Las medidas coercitivas previstas legalmente tratan de impedir conductas desobedientes consideradas parejas, incluso, a una actuación tildada de «irracionalidad»¹¹⁷. Reflejo de este contexto resulta la aplicación en sede judicial, sin una base jurídica sólida como ha denunciado en innumerables ocasiones la doctrina más autorizada, del principio de *solve et repete* que impide toda infracción de las órdenes patronales postergando las posibles protestas del trabajador a momentos posteriores en los que se formalice una reclamación judicial. De este modo, durante un largo período, la dilatación de los contornos de este deber contractual provocará la consagración de la desobediencia, en todas sus manifestaciones, como causa justificada de despido

¹¹⁵ Acerca de la LCT inserta en el período republicano e inspirada en el socialismo reformista alemán, *vid.* las reflexiones de RODRÍGUEZ PIÑERO en el ensayo «Un modelo democrático de relaciones laborales», en AA.VV., *Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo*, Universidad de Sevilla, 1977, p. 11).

¹¹⁶ De ahí las sorprendentes disposiciones del Decreto 11 de septiembre de 1953, de Jurados de Empresa (art. 2) y la Ley 18/1973, de 19 de diciembre, de convenios colectivos de trabajo, que se ocupan de garantizar que las funciones de dirección del jefe de la misma no sufrieran menoscabo alguno. El art. 4 de la ley citada impide que puedan establecerse cláusulas en los convenios que causen una limitación de «las facultades inherentes a la dirección de la empresa».

¹¹⁷ RODRÍGUEZ PIÑERO, M., «Un modelo democrático...», *cit.*, p. 16.

disciplinario. La intensidad de la subordinación del trabajador quedó, en definitiva, profundamente condicionada a resultados de dicha doctrina.

Alejados ya de los principios amparados por el modelo armónico y comunitario de relaciones laborales, auspiciado como podrá intuirse por el trasfondo político de la época, el encuadre normativo de la obligación de obedecer del trabajador en el ordenamiento jurídico vigente nos conduce al estudio de los art. 5, c y 20.1 ET. De la conjunción de ambos, notoria y emblemática expresión de la posición jurídica desigual en la que se encuentran las partes de la relación laboral, se extrae uno de los deberes básicos que asume el asalariado en la relación laboral. Aunque, a decir verdad, la norma no hace más que reproducir, ahora ya con mayor puntualidad, el deber general que el art. 1.1 ET ya había previsto como el rasgo esencial de la relación individual de trabajo. Puede decirse, por tanto, que tales preceptos subsiguientes aportan lo que viene a configurar una descripción del elemento de la dependencia, de su aspecto jurídico activo y pasivo. En ellos se recoge el modo según el cual se ha de llevar a cabo el trabajo al que se compromete el trabajador cuando firma el contrato, esto es, deberá realizarlo siguiendo las indicaciones del empresario en uso de sus facultades de dirección. De manera que el comportamiento debido por el trabajador no se limita a su mera disponibilidad para trabajar, sino que va más allá requiriendo una efectiva prestación laboral acorde con los requerimientos empresariales¹¹⁸.

Por otra parte, como se había adelantado, dichos artículos estatutarios encierran una exigencia que no contenía la normativa precedente. El deber de los trabajadores de acatar las órdenes e instrucciones del empleador se explica desde parámetros contractuales al supeditar el mismo al ejercicio regular del poder de dirección. En otras palabras, la ordenación de la prestación por parte de la dirección de la empresa ha de respetar, como requisito *sine qua non*, la exigencia de regularidad que recoge el propio texto legal, aunque, como se verá más adelante, tal condicionamiento no ha tenido en numerosas ocasiones la acogida esperada en los pronunciamientos judiciales. Hay que destacar, asimismo, que el retorno al marco negocial no es más que la ratificación de la doctrina que sitúa en el marco del contrato el fundamento y el límite del poder directivo, cuyos postulados serán plasmados en el siguiente epígrafe. A su vez, el mandato de regularidad al que ha de ajustarse la actuación patronal se ve complementado por el inexcusable respeto a los requerimientos de la buena fe, tal y como recuerdan los arts. 5, a y 20.2 ET (estos preceptos vienen a dar sustantividad propia a la exigencia general contenida en el art. 1258 Cc que vincula las prestaciones de ambos contratantes). En

¹¹⁸ GHEZZI, G., *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1965, p. 39 y PESSI, R., *Contributo...*, cit. pp. 45-46.

todo caso, el legislador ha tratado de tipificar la obligación de observar las directrices empresariales dadas con ocasión de la puesta a disposición, por parte del asalariado, de su energía personal de trabajo (de hacer y excepcionalmente de no hacer)¹¹⁹, al tiempo que ha puesto freno a la arbitrariedad empresarial en el desempeño de las funciones ordenadoras y de coordinación de los recursos de la empresa.

III. FUNDAMENTO DEL PODER DE DIRECCIÓN

Abordar tan debatido tema como es el de cuál es la fuente que legitima el ejercicio de las facultades de dirección no es propósito ocioso puesto que de la concreción de la misma se extraen no pocas consecuencias relevantes en torno a la extensión de la deuda laboral y de la capacidad decisoria empresarial. Como se habrá podido deducir, no se trata de buscar una legitimación teórica a dicho poder, cuya justificación no pone en duda¹²⁰. La realización de los objetivos productivos o estratégicos de la empresa lleva aparejada de forma insoslayable la posibilidad de que el titular de los medios de producción ejerza su autoridad sobre la fuerza de trabajo y encauce su actividad hacia los fines previstos. Como se ha convenido generalizadamente, la ordenación patronal de la prestación se halla estrechamente vinculada a la idea de necesidad y de ahí que el principal problema no sea legitimar la atribución unilateral del tal poder al jefe de la empresa sino dilucidar dónde radica su fundamento o lo que es lo mismo, proporcionar una respuesta a la pregunta que se cuestiona *de dónde vienen las facultades de dirección*. Se entienda que el contrato de trabajo constituye el fundamento más inmediato del poder directivo, o bien se niegue dicha posibilidad argumentando que la razón de ser del mismo trasciende la esfera contractual, comportará que los frenos o cortapisas al ejercicio de dicha facultad patronal se encuentren en una u otra esfera jurídica. No hay una respuesta unívoca a tal cuestión, al igual que no han sido unánimes las posturas en torno a la relación de trabajo. La tesis que se adopte sobre el sustento justificativo de la relación de trabajo condiciona indefectiblemente la fundamentación jurídica de la soberanía del jefe de la empresa.

Verdaderamente, la normativa laboral actual se configura alejada de la inicial reglamentación del trabajo como derecho real mediante el cual la propiedad sobre los medios de producción otorgaba el derecho a la pertenencia sobre la fuerza-trabajo del hombre. Avanzando que las teorías que situaban en el derecho de propiedad la razón de

¹¹⁹ DE LA VILLA GIL, L.E. y PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., *Introducción...*, cit., p. 501 y RODRÍGUEZ PIÑERO, M., «La dependencia...», cit., p. 158.

¹²⁰ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F., *El poder disciplinario...*, cit., p. 22.

ser de la existencia de una relación laboral¹²¹, han sido sobradamente superadas («le droit de propriété, droit réel portant sur des choses, ne peut expliquer un pouvoir de commandement sur des personnes»¹²²), lo cierto es que aún hoy la doctrina iuslaboralista no se ha puesto de acuerdo sobre dónde buscar el fundamento de las facultades directivas del empresario aunque sí se observa, no obstante, un amplio consenso sobre algunas cuestiones. Dicho esto, antes de comenzar a delinear los rasgos esenciales de las diferentes teorías relativas a la justificación del poder directivo, es dable anticipar que el vínculo existente entre tal poder y el contrato de trabajo subordinado, o si se quiere, entre las variadas posiciones jurídicas activas y pasivas propias de las partes de la relación laboral, ha sido explicado en términos estrictamente contractuales pero también prescindiendo de ellos. Veámoslo seguidamente.

1. La respuesta comunitaria e institucionalista

La completa escisión entre la relación de trabajo subordinado y el contrato tiene su origen en la doctrina alemana de principios del s. XX. La teoría comunitaria de la empresa ponía el acento, no ya en la relación jurídica de intercambio, sino en la deuda de carácter personal del trabajador con respecto a su empleador. La esfera de dominio del jefe de la empresa alcanzaba, por tanto, a la propia personalidad del trabajador con las consiguientes implicaciones sobre la dimensión privada de su vida y sobre el recíproco deber de fidelidad que concurriría entre las partes de la relación. Los deberes y obligaciones que corresponden a la posición jurídica del asalariado se ven acrecentados a resultas de la visión de la empresa como una comunidad armónica, jerárquicamente organizada por la autoridad natural del empresario que pretende la satisfacción de un objetivo general de la empresa o fin común que trasciende a todo interés individual o colectivo de los trabajadores. El trabajador debe obediencia absoluta al empresario, cuya potestad de mando es indiscutible por cuanto se ordena a ese bien superior. Así las cosas, la defensa de un interés único y la permanencia del elemento autoritario en la relación de trabajo hace incompatible la reconducción de dicha relación

¹²¹ Consideraron que la propiedad sobre los medios de producción operaba como un elemento decisivo en la justificación del poder de dirección, CAMERLINCK, G.H. y LYON CAEN, G., *Droit du Travail*, 8ª ed., Dalloz, París, 1976, p. 390; SINZHEIMER, H., *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie*, I, Frankfurt-Köln, 1976, (traducida al italiano «La democratizzazione del rapporto di lavoro (1928)», en AA.VV., *Laboratorio Weimar, Conflitti e diritto del lavoro nella Germania nazista*, EL, Roma, 1982, pp. 56 y 68 y ROMAGNOLI, U., *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Giuffrè, Milano, 1967, pp. 188 y 193 donde se lee que la fuente de legitimación de la autoridad a la cual se sujetan las prestaciones de trabajo está en el instituto de la propiedad de los medios de producción del que dimana el derecho a libertad de empresa.

¹²² DURAND, P. y JAUSSAUD, R., *Traité de Droit du travail*, vol. I, 5ª ed., Dalloz, Paris, 1947, p. 424. Para una revisión histórica, *vid.* SAVATIER, J., «Pouvoir...», *cit.*, pp. 3-5.

a la voluntad negocial de las partes. Se sustancia, por tanto, una evidente contraposición entre el momento contractual y el ejercicio del poder empresarial¹²³.

Esta doctrina de la relación de trabajo, tras el paréntesis de la República de Weimar, fue retomada de nuevo por el movimiento nacional-socialista y se proyectó en los regímenes fascistas del siglo pasado y, más en concreto, en la doctrina italiana y española. En el momento actual la concepción comunitaria de la empresa es totalmente inoperante fundamentalmente por dos razones. En primer lugar elude que uno de los presupuestos sobre los que reposa la teoría general de la contratación es el encuentro de intereses heterogéneos y que el contrato de trabajo es, en esencia, la armonización o composición de intereses contrapuestos. En efecto, el conflicto entre el trabajo y el capital es consustancial al mundo de las relaciones laborales, en el cual tienen cabida una red de negocios jurídicos conectados entre sí que dan lugar a situaciones de dependencia o subordinación en direcciones no coincidentes¹²⁴. Y, en segundo término, porque la vinculación de la personalidad del trabajador al objeto del contrato es tan directa que desdibuja la concepción del mismo como un negocio jurídico de intercambio de bienes de naturaleza económica¹²⁵. Esta doctrina se encontró con la oposición del Alto Tribunal español desde sus primeros pronunciamientos ya que, como se ha señalado con acierto, «al extender la obligación contractual básica extramuros de lo que impone la prestación laboral y establecer, por lo mismo, una constelación de deberes accesorios de conducta a cargo de los trabajadores, la fidelidad termina por ahogar los derechos de libertad»¹²⁶.

Las teorías ligadas en mayor o menor medida a la configuración de la empresa como institución socio-privada, con un fin propio, ya se encuentran presentes en los codificadores italianos y son posteriormente matizadas por la llamada doctrina neo-institucionalista, así calificada en razón a la relevancia que otorga a la figura de la empresa en la definición de la posición originaria del empresario. De acuerdo con la llamada visión institucionalista, la necesaria separación entre la relación laboral y el contrato de trabajo viene fundamentada, principalmente, por el hecho de que emergen intereses relevantes de la relación de trabajo que no son objeto de reglamentación

¹²³ Al respecto, señalaba GARCÍA NINET que, en virtud de las tesis mantenidas por la doctrina corporativista, «se delinea al empresario como jefe (Führer) y a los empleados y trabajadores como séquito, siendo ambas partes soldados del trabajo en que uno manda y el otro obedece para alcanzar los altos objetivos nacionales, desviando, de este modo, las reivindicaciones laborales desde el plano interesado y económico al de la moral, el honor y la construcción de un nuevo orden social y político», (en «El deber de obediencia...», cit., p. 870).

¹²⁴ GARCÍA NINET, J.I., «Artículo veinte...», cit., p. 1163 y PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., *Derecho del trabajo e ideología*, 6ª ed., Tecnos, 2002, p. 31

¹²⁵ Sobre estas cuestiones, consúltese a MARTÍN VALVERDE, A., «Ideologías jurídicas y contrato de trabajo», en AA.VV. (Dir. Cabrera Bazán, J.), *Ideologías...*, cit., pp. 81-88.

¹²⁶ VALDÉS DAL-RE, F., «Poderes del empresario...», cit., p. 28.

contractual¹²⁷. Los poderes empresariales serían, justamente, expresión de una supremacía originaria del empresario sobre el trabajador que nace cuando este último se integra en la esfera de dominio del empleador. Lo que late de fondo es la idea de que el título de atribución del poder empresarial y, por tanto, del poder de dirección, ha de buscarse en el exterior del contrato de trabajo, esto es, en la organización de la empresa.

Los neo-institucionalistas italianos retoman los postulados clásicos de la tesis precedente pero ello no obsta para que varios de sus pronunciamientos se vean progresivamente mesurados y se desliguen de implicaciones comunitarias¹²⁸. De esta teoría existen diversas versiones, si bien sus defensores vienen habitualmente englobados en dos categorías que conforman el neo-institucionalismo de primera y de segunda generación. Los representantes del primer grupo tienen el convencimiento de que el objeto del contrato consiste en la mera puesta a disposición de una determinada cantidad de energía de trabajo y que la destinación ulterior de tal energía, por tanto, la posición subordinada del empleado, deriva de la inserción del trabajador en una institución controlada por el empresario. Así, las situaciones jurídicas subjetivas de las partes de la relación de trabajo son sustancialmente autónomas del contrato. Haciendo alarde de una visión más económico-social que jurídica de la subordinación, el binomio poder de dirección-deber de obediencia se mantiene en la esfera externa al contrato de trabajo¹²⁹. Lo que se hace, en definitiva, es caracterizar una relación contractual empleando como criterio decisivo la subordinación (entendida como sujeción del trabajador al poder directivo) ajena a la causa del contrato.

La teoría neo-institucionalista se autocorrigió años más tarde y los autores de la segunda generación superan la vieja conjetura de que el trabajador, mediante el contrato, únicamente se obliga a poner a disposición de la parte empresarial un determinado grado de energía de trabajo, asumiendo, en esta línea, la imposibilidad de colocar por entero la relación de trabajo al margen del contrato. Y esto es así, se arguye,

¹²⁷ En esta línea se entiende que la aplicación a la modalidad de ejercicio del poder empresarial de los cánones interpretativos atinentes al cumplimiento de las obligaciones contractuales representaría, en realidad, el arbitrario encuadramiento de las manifestaciones de dicho poder en una categoría impropia. Vid. FERRARO, G., «Poteri imprenditoriali e clausole generali», en *Dir.Rel.Ind.*, núm. 1 (1999), pp. 164-165.

¹²⁸ Para un amplio recorrido por las distintas tesis que conforman el nuevo institucionalismo, con abundante bibliografía italiana, consúltense PERULLI, A., *Il potere direttivo...*, cit. y MARAZZA, M., *Saggio...*, cit. Asimismo, vid. GAETA, L., «Il rapporto di lavoro: subordinazione e costituzione», en AA.VV. (Dir. Giugni, G), *La subordinazione. Dottrina e giurisprudenza di Diritto del Lavoro*, UTET, Torino, 1993, pp. 29-32.

¹²⁹ Como principal portavoz de esta doctrina puede citarse a MANCINI, F. y su obra *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 1987, en especial, pp. 20-23-26. Con algunas modificaciones, SCOGNAMIGLIO, R., *Lezioni di diritto del lavoro. Parte generale*, Cacucci, Bari, 1969 y en el posterior «La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato», en *Riv.it.dir.lav.*, núm. I (2001), p. 111.

porque sólo ciertas posiciones de poder vienen disciplinadas por el contrato, debiendo buscarse fuera del mismo el título de atribución del contenido principal del poder empresarial. Como podrá comprobarse, tiene lugar una palpable desviación de la idea matriz de la doctrina institucionalista cuando se admite que al menos una parte de las prerrogativas de mando empresariales pueda ser reconducida a la originaria manifestación de la voluntad de las partes. A grandes rasgos, los defensores de esta tesis, partiendo de la idea de que la relación laboral y la organización de la empresa se hallan estructuralmente conectadas, argumentan que el poder directivo le viene atribuido a su titular por la ordenación autoritaria o jerárquica de la empresa, preexistente al contrato, con el objeto de mantener e incardinar la producción hacia una determinada meta. Los cánones que lo definen encontrarán su fundamento y justificación, con carácter general, en el principio de jerarquía (la autoridad del empresario deriva de su condición de jefe de la empresa)¹³⁰ o en la libertad de empresa que le confiere la norma constitucional al titular de una organización en la cual están incluidos los trabajadores¹³¹. Como se ha dicho, ello no impide que exista una faceta del poder de dirección que sea inherente al consenso contractual.

Esta teoría se construye a partir del desdoblamiento de la potestad de mando o, empleando otros términos, de la observación de la misma desde dos perspectivas opuestas aunque necesariamente complementarias. Si bien el poder directivo consistente en la emisión de órdenes especificativas de las tareas a realizar por el trabajador, tiene por origen el negocio jurídico celebrado, incide de manera inmediata sobre la situación subjetiva del trabajador y, por tanto, corresponde al ejercicio de una auténtica pretensión contractual; la potestad empresarial (también integrante del poder directivo) que habilita al empleador para concretar, *v. gr.*, cómo ha de llevarse a cabo la prestación, las disposiciones de carácter técnico o las reglas sobre la disciplina en el lugar de trabajo, encuentra su justificación en la propia organización en la cual el trabajador ha entrado a formar parte, puesto que el desempeño de tal poder patronal es

¹³⁰ GHEZZI, G. y ROMAGNOLI, U., *Il rapporto di lavoro*, 3ª ed., Zanichelli, Bologna, 1995, p. 83.

¹³¹ *Vid.* MAZZONI, G., «Problemática generale sull'organizzazione del lavoro nell'impresa», en *L'organizzazione di lavoro e le responsabilità dell'imprenditore*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 11, donde el autor admite la existencia de poderes de naturaleza contractual pero matiza que la facultad para dar instrucciones técnicas o emitir órdenes a la plantilla de la que es titular el empresario, encuentra su referente normativo en el art. 41 de la Constitución italiana (bajo la rúbrica de «L'iniziativa economica privata è libera» y el art. 2085 del Código civil («direzione e gerarchia dell'impresa»). De forma parecida, ARDAU, G., *Manuale de diritto del lavoro*, II, Giuffrè, Milano, 1972, p. 982; D'EUFEMIA, *Le situazioni soggettive del lavoratore dipendente*, Milano, 1958, p. 74-78 y 83 y HERNANDEZ, S., *Posizioni non contrattuali nel rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 1968, pp. 141-145. Por otra parte, sobre esta cuestión mantiene una particular posición MAZZIOTTI, F., *Contenuto ed effetti del contratto di lavoro*, Jovene, Napoli, 1974, p. 78, ya que mientras defiende que la posición de poder que asume el empresario no es inherente al contrato, la sujeción a tal poder por parte del trabajador sí sería de derivación contractual. No parece apropiado, sin embargo, entender que las recíprocas posiciones de los contratantes encuentren su justificación en fuentes distintas.

funcional a la satisfacción de los intereses de la empresa relativos a la organización en su conjunto. Se postula, en suma, que el poder de dirección proviene de una autoridad originaria y preexistente al negocio contractual (la estructura organizativa) de tal manera que solamente de modo parcial viene disciplinado por el contrato¹³².

Sin embargo, como se tratará de justificar más adelante, resulta cuanto menos dudoso que en la ejecución del contrato confluya estructuralmente un poder de dirección original del empresario y, más aún, que la naturaleza del mismo pueda fraccionarse en virtud de un doble origen, contractual y no contractual. Una operación jurídica en tal sentido no resulta apropiada debido, principalmente, a los siguientes motivos: en primer lugar no es cierto que existan en el seno de la institución empresarial dos tipos de intereses que se vean satisfechos con el ejercicio, bien de un poder directivo de origen contractual (los intereses de alcance parcial), bien con un poder de organización y dirección externo al contrato (los intereses de alcance general). El mando empresarial, ya se dirija a delimitar las tareas a desempeñar en relación a lo pactado en el contrato, o defina el comportamiento esperado de la fuerza de trabajo en función de la eficiencia que se pretenda conseguir, constituye ante todo un instrumento al servicio del empresario para administrar la relación de trabajo y alcanzar los objetivos económicos y de producción. Es decir, no cabe individualizar intereses patronales cualitativamente distintos en función de que la actuación empresarial se limite a distribuir las funciones a realizar por cada trabajador o vaya más allá y determine cómo se llevará a cabo dicha prestación¹³³. En todo caso el ejercicio del poder directivo es expresión del diseño productivo del titular de la organización empresarial. Y, como segunda idea, pueden ponerse de manifiesto los significativos problemas a los que tal disgregación de la fuente del poder de dirección daría origen. No es preciso detenerse en explicar lo que es cómodamente perceptible, la complejidad que cobraría la tarea de concreción de los límites a los que estarían sometidas las facultades de mando empresariales. La posible facilidad que encierra la individualización teórica de la

¹³² Singular es la tesis sostenida por PERULLI respecto de esta cuestión. El autor ha procedido a la reconstrucción unitaria del poder directivo como una figura compleja de la que emergen perfiles contractuales y no contractuales. El poder de dirección, concebido como un «fenómeno organizativo» de la empresa, se reconduce esencialmente a la esfera de decisión del empresario. Encauzando de este modo el estudio de las facultades de dirección, PERULLI defiende la verificación de una directa y unidireccional interferencia entre el ejercicio de la potestad de disponibilidad sobre los medios de producción y la relación de trabajo. Así, entiende que de la figura *empresa* derivan los poderes idóneos para incidir sobre una esfera jurídica ajena. Este poder directivo originario, no reconducible a una superior posición jurídica subjetiva, está comprendido en el más amplio poder de gestión empresarial y junto a éste último concurre otro poder de origen contractual. (*Il potere direttivo...*, cit., pp. 138-153). El mismo autor en «Il potere direttivo...», cit., pp. 397-398, sintetiza su teoría con las siguientes palabras: «è chiaro che il potere direttivo viene mediato dal contratto, che anzi ne rappresenta un primario strumento di controllo e di limite, ma *va oltre* il contratto perché è connaturato con l'esigenza, che può al limite prescindere dal contratto, di pianificare l'organizzazione».

¹³³ Así en MARAZZA, M., *Saggio...*, cit., pp. 172-173.

naturaleza contractual o no contractual de una decisión patronal no es trasladable al terreno de la *praxis* donde las órdenes o instrucciones dadas buenamente pueden encerrar elementos trasladables a uno y otro fundamento, haciendo impracticable la calificación de los límites dentro de los cuales el poder empresarial se entendería legítimamente desempeñado.

En nuestro ordenamiento también tuvieron eco las teorías comunitarias e institucionalistas de la empresa, hoy ya caducas, que a partir de los años veinte del siglo pasado postularon la sustitución del contrato, como el hecho que da comienzo a la relación jurídica, por la incorporación del trabajador a la unidad económico organizativa que constituye la empresa¹³⁴. Dejando al margen tales posicionamientos, lo cierto es que un gran número de los autores que se han aproximado al estudio de la razón última del poder empresarial, aun negando la premisa institucional sobre la naturaleza de la relación laboral, han estimado que no es posible reconducir éste, en todo o en parte, al contrato de trabajo¹³⁵. No son pocos los miembros de nuestra doctrina que consideran que la autonomía negocial del trabajador es una base demasiado frágil para sustentar todas las implicaciones de la organización y dirección empresarial. De hecho, ya en los albores de la segunda mitad del siglo pasado se afirmaba que «la celebración de un contrato y las consecuencias que de ello derivan, no bastan para explicar por completo la presencia del poder de dirección»¹³⁶. Desde este punto de vista se entiende que la razón por la cual al empleador se le reconoce un poder de dirección hay que buscarla justamente en la naturaleza de la relación laboral estructurada en función de la índole que ostenta como acreedor de trabajo y *jefe* de la empresa. De manera que el fundamento del elenco de poderes que están en manos del titular de la sociedad empresarial hundiría sus raíces en la consideración, en mayor o menor grado, del

¹³⁴ En efecto, la LCT de 1944, haciendo gala de un corporativismo ya superado, preconizaba en sus arts. 22 y 70 que dentro de la comunidad-empresa, cuantos participan en la producción se deben lealtad, fidelidad y asistencia recíprocas. La lectura en clave comunitaria de tales preceptos por la doctrina y la jurisprudencia de la época condujo a que toda actuación colectiva o individual contraria a los intereses de la empresa, aun no siendo merecedoras de la calificación jurídica de ilicitud, fueran reprobadas en sede judicial. Asimismo, el objetivo comunitario de la empresa está presente en algunos estudios que analizaron los poderes empresariales vinculándolos a cánones de carácter general que encuentran fundamento y justificación en la organización patronal de los recursos empresariales. Partiendo de la consideración de la misma como organización compleja que trasciende de la individualidad de cada uno de los contratos de trabajo que puedan celebrarse, se concibe el poder de dirección como un mecanismo al servicio de la institución empresarial y de sus intereses [LÓPEZ, J., «La facultad de dirección», en *RPS*, núm. 122 (1979), pp. 14-22]. Sobre estas cuestiones existe una abundante literatura jurídica, *vid.* por todos, MARTÍN VALVERDE, A., «Ideologías jurídicas...», cit., pp. 88-91 y RODRÍGUEZ PIÑERO, M., «Un modelo democrático...», cit., pp. 15-17. Recientemente, GIL y GIL, J.L., *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, Mergablum, Sevilla, 2003, pp. 188-193.

¹³⁵ DIÉGUEZ CUERVO, G., «Poder empresarial: Fundamento, contenido y límites», en *REDT*, núm. 27 (1986), p. 326

¹³⁶ MONTOYA MELGAR, A., *El poder...*, cit., p. 39. Igualmente, ALONSO OLEA en la p. 12 del prólogo a la obra citada.

elemento organizativo¹³⁷. Ello porque a medida que se han ido superando los postulados comunitarios y aquellos institucionalistas que excluían cualquier intervención del consenso contractual en la justificación del poder empresarial, se han ido abriendo camino otro tipo de argumentaciones que, sin llegar a identificar al contrato de trabajo con la fuente que legitima supremacía del empresario, no prescinden de éste del todo¹³⁸.

Como se conoce, el poder empresarial viene sostenido legalmente por el régimen normativo aplicable al mismo y, esencialmente, por el reconocimiento constitucional de la libertad de empresa. En virtud del derecho acogido sin ambages por nuestra Constitución en el art. 38, los ciudadanos podrán destinar los recursos o bienes que estimen oportunos a la creación de una empresa y, conjuntamente, dirigir su organización y funcionamiento a la obtención de beneficios económicos. El empresario ostentará, así, el derecho al libre ejercicio de las actividades empresariales, la capacidad para adoptar las decisiones económicas que la organización productiva requiera y asumirá los riesgos de su actividad emprendedora. Desde esta perspectiva, qué duda cabe de que el derecho consagrado en dicho precepto «dotó de un “anclaje constitucional” a la potestad empresarial de mando»¹³⁹, hecho que hizo cobrar más fuerza a aquella línea de opinión que venía rechazando reconducir la legitimación del poder directivo al contrato. Así, aun sin perder de vista el papel que desempeña el contrato en este ámbito, se indica que el fundamento del poder directivo «procede situarlo en la atribución de poderes por un grupo de normas, que arrancan de la Constitución con el reconocimiento de la libertad de empresa en una economía de mercado (...), y que tienen como centro de imputación la empresa en cuanto institución social»¹⁴⁰.

Se abre, con esta ocasión, un amplio abanico de respuestas dadas por los autores en torno a la cuestión que se está planteando en este epígrafe. El considerando del que se parte es, en todo caso, la localización del fundamento último del poder empresarial

¹³⁷ FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, F., *Poder disciplinario empresarial y proceso especial de impugnación de sanciones*, CES del Principado de Asturias, Oviedo, 2005, p. 32.

¹³⁸ La razón de ser de la facultad patronal de mando recalca entonces en un doble fundamento que termina por manifestarse en la capacidad empresarial para organizar laboralmente el conjunto de la actividad productiva que se lleva a cabo en la empresa, pero también para dirigir las singulares prestaciones de trabajo negociadas en cada uno de los contratos de trabajo suscritos. *Vid.* en esta dirección a MONTOYA MELGAR, A., «Nuevas dimensiones jurídicas de la organización del trabajo en la empresa», en *RMTAS*, núm. 23 (2000), pp. 26-27.

¹³⁹ SASTRE IBARRECHE, R., «Recurso de amparo, derechos laborales inespecíficos y desigualdad social: una aproximación», en *Desigualdad social y relaciones de trabajo*, Universidad de Salamanca, 2004, p. 245.

¹⁴⁰ *Vid.* RIVERO LAMAS, J., *Limitación de los poderes empresariales y democracia industrial*, Universidad de Zaragoza, 1986, pp. 36-37.

en el reconocimiento constitucional de la libertad de empresa¹⁴¹. Precursora en este campo fue la teoría que mantiene a la organización empresarial como fuente constitutiva y legitimadora de la supremacía patronal descartando, así, que el conjunto de prerrogativas a través de las cuales el empresario ordena la prestación de trabajo puedan explicarse en virtud del contrato. Aunque en este punto se incorpora un elemento nuevo, la concepción del vínculo negocial como el presupuesto jurídico que habilita el ejercicio de las mismas o, en otras palabras, como el título que faculta la puesta en práctica de la capacidad decisoria de la línea de mando en la empresa¹⁴². De manera que no se obvia el importante papel del contrato en calidad de vínculo jurídico constitutivo de la relación laboral y marco del que parte la asunción del conjunto de derechos y obligaciones en el ámbito de la prestación personal de trabajo.

Partiendo pues de la idea precedente, elaboraciones más evolucionadas de esta teoría arrancan de la configuración de la dirección como un elemento externo al contrato, sin perjuicio de que tanto ésta, como el resto de prerrogativas empresariales, conformen «meras expectativas de derecho hasta que se perfecciona una relación laboral, momento a partir del cual podrán ser ejercidos como tales»¹⁴³. Siguiendo este razonamiento y dado que la organización empresarial antecede al contrato, no podría afirmarse que éste conforme la fuente que legitima la autoridad del empresario manifestada en las facultades directivas. Su razón de ser se sitúa, por contra, en la libertad que el constituyente le confiere al titular de la organización económica para crear, mantener y gestionar soberanamente los factores productivos de su empresa. Y formando parte de la misma se emplaza la expectativa del titular de la institución empresarial a ostentar también la titularidad de un poder de autoorganización y decisión a partir del nacimiento del vínculo laboral con el trabajador¹⁴⁴. A resultas de lo expuesto, el ejercicio del poder directivo se incorporaría al contenido del contrato de trabajo como resultado de la tipificación contractual, es decir, estaríamos ante una «consecuencia natural» del mismo y no propiamente ante su fundamento.

¹⁴¹ GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J.J., *Seguridad e higiene...*, cit., pp. 230-267; LUQUE PARRA, M., *Los límites jurídicos...*, cit., pp. 87-89; MARTÍN VALVERDE, A., «El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *RPS*, núm. 137 (1983), pp. 143-144; MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, 17ª ed., Tecnos, Madrid, 2008, p. 246; MARTÍNEZ ABASCAL, V., «Flexibilidad laboral y reforma de la normativa sobre movilidad funcional», en *REDT*, núm. 67 (1994), pp. 764-765; MONTOYA MELGAR, A., «La nueva configuración del poder de dirección del empresario», en AA.VV. (Coord. De la Villa Gil, L.E.), *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso García*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 189 y RIVAS VAÑÓ, A. y RODRÍGUEZ PIÑERO-ROYO, M.C., «Relaciones laborales y libertad de empresa: algunas reflexiones», en AA.VV., (Coords. Casas Baamonde, Mª E; Durán López, F. y Cruz Villalón, J.), *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*, La Ley, Madrid, 2006, p. 758.

¹⁴² MONTOYA MELGAR, A., *El poder...*, cit., en particular en la p. 38. La misma opinión en ROMANO, S., *El ordenamiento jurídico*, IEP, Madrid, 1963, p. 309.

¹⁴³ LUQUE PARRA, M., *Los límites...*, cit., p. 88.

¹⁴⁴ LUQUE PARRA, M., *Los límites...*, cit., p. 89.

2. Tomas de posición favorables a la legitimación contractual del poder directivo

Superadas las tesis del contractualismo liberal, un nutrido grupo de opiniones doctrinales afirman repetidamente la especial significación del momento contractual en este ámbito. Volviendo a la doctrina italiana, a partir de los años sesenta tiene lugar una revalorización de la función del contrato de trabajo como instrumento organizativo de la empresa¹⁴⁵. Efectivamente, no sólo se liga al contrato de trabajo la construcción de la relación laboral¹⁴⁶ sino que, además, se reconduce al negocio jurídico bilateral la ordenación de los efectos y condiciones a los que habrá que ajustarse la relación de trabajo creada. Por tanto, todos los derechos y obligaciones de las partes se inscriben en la estructura interna del contrato que, como podrá preverse, se erige en la justificación, con carácter exclusivo, del poder directivo del que es titular unilateral el empresario de la relación de trabajo subordinado¹⁴⁷. Si para la premisa institucional las prerrogativas empresariales de mando eran resultado de un poder originario que se genera por la simple existencia de una agrupación ordenada de prestaciones de trabajo (del que es depositario quien encauza los bienes y servicios hacia la consecución del fin empresarial), la teoría contractualista se manifiesta con un planteamiento totalmente opuesto: el ejercicio de tal poder corresponde a la persona que se emplaza a la cabeza de la organización empresarial, no ya por su condición de titular de la misma, sino por la consideración de éste como contraparte del contrato de trabajo que se formaliza con el trabajador. En definitiva, se afirma que tanto el poder directivo del empleador y, como es previsible, el correlativo deber de obediencia del trabajador, beben de la misma fuente, que es el consenso contractual¹⁴⁸.

¹⁴⁵ GAETA, L., «Il rapporto di lavoro...», cit., p. 40. Esto no llega a significar que se prescindiera del todo del hecho organizativo, que no se niega, pero se reconduce a momentos externos de la relación de trabajo sin que llegue a determinar la configuración dogmática de la misma. Así en ROMÁN DE LA TORRE, M^a D., *Poder de dirección...*, cit., p. 75.

¹⁴⁶ ALARCÓN CARACUEL, M.R., «La ajenidad...», cit., p. 496, señalaba que «la relación social básica del modo de producción capitalista es, ya en su propia raíz, un relación jurídica contractual: no se trata de una relación social “en bruto” que luego se juridifica».

¹⁴⁷ Dentro de la doctrina italiana son numerosos los autores que adoptan dicha postura. *Vid.*, entre las contribuciones más significativas, ANGIELLO, L., *Autonomia...*, cit., p. 42; BARASSI, L., *Il diritto del lavoro*, cit., 1957, p. 341; PERSIANI, M., *Contratto di lavoro...*, cit.; SPAGNUOLO VIGORITA, L., *Subordinazione e diritto del lavoro*, Morano, Napoli, 1967, pp. 338-240. Entre los autores más recientes puede citarse a FERRANTE, V., *Potere e autotutela nel contratto di lavoro subordinato*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 56 y 64; MARAZZA, M., *Saggio...*, cit., pp. 193-194, 341 y 368 y ZOLI, C., «Subordinazione e poteri dell'impreditore tra organizzazione, contratto e contropotere», en *Lav.Dir.*, núm. 1 (1997), pp. 241-242 y 255-256.

¹⁴⁸ Fue precisamente esta idea la que despertó mayor desconfianza por parte de la doctrina italiana. La adopción del modelo contractual parece conducir a afirmar que la sujeción al poder directivo empresarial conforma uno de los elementos perseguidos o queridos por los contratantes en el momento de la formalización de la relación de intercambio. Pero, como es sobradamente conocido, la capacidad negociadora del trabajador en el momento constitutivo del contrato se halla en buena medida supeditada a la necesidad de proveerse de un puesto de trabajo que le garantiza los medios precisos para su subsistencia. En consecuencia, la elección que se le presenta al trabajador en el momento de formalizar

Ahora bien, la posición contractualista que defendía la exclusión en términos absolutos del elemento organizativo en la fundamentación del poder directivo no pudo hacer frente a las notables insuficiencias que le eran achacadas por sus detractores. La perdurabilidad y plasticidad que exigen los negocios jurídicos de tracto sucesivo vienen reñidas con el marco pétreo que proporciona la consideración del contrato de trabajo a la hora de explicar las posiciones jurídicas que adoptan las partes de la relación laboral. Así, se llega a asumir por los estudios teóricos posteriores, también enmarcados en la perspectiva contractualista, que la organización empresarial en la que se inserta el contrato viene a ejercer su influencia sobre el contenido y desarrollo del mismo. La reconsideración del fenómeno organizativo no llega, sin embargo, a producir una simbiosis entre los principios que habían sustentado las teorías institucionalistas y entre aquellos otros de la posición contractualista, ni alteró las fronteras que confinan las decisiones patronales en el escenario contractual. Se pretendía dejar constancia de la incidencia de la organización empresarial en el devenir de la relación contractual, sin que por ello se viera afectado, ni el papel legitimador que desempeña el contrato de trabajo, ni el grado de sujeción o subordinación del trabajador a la autoridad empresarial¹⁴⁹. Precisamente, al conducir el poder de dirección a la lógica contractual se opta inevitablemente por este título jurídico como elemento definidor de las obligaciones del trabajador que ha pactado bajo determinados términos la prestación que habrá de acometer. Lo cual conlleva que, fijados los elementos esenciales que conformarán la actividad productiva debida por el trabajador, sobre dicho contenido podrá extenderse el ejercicio ordinario de las facultades directivas sin que, por tanto, pueda rebasar el mismo. Cada parte del contrato puede pretender y debe proporcionar la prestación en las condiciones sobre las cuales se ha formado el consenso.

La consideración del poder de dirección desde el contrato de trabajo toma también asiento en la doctrina española hasta el punto que la concepción de dicho negocio jurídico bilateral como título legitimador inmediato de las concretas órdenes e

dicho negocio jurídico está ciertamente condicionada. Se estima, por tanto, que la subordinación de la relación de la que es parte, es fruto de la obligación y no ya de una libre elección (en este sentido, SCOGNAMIGLIO, R., «La disponibilità...», cit., p. 111). Contrariamente se ha puesto de manifiesto cómo, en primer lugar, la evidente debilidad contractual del trabajador no imposibilita en términos absolutos toda capacidad para definir las condiciones del intercambio y, además, la libertad indubitablemente limitada del trabajador para estipular las circunstancias en las que se desenvuelve la prestación no viene a significar necesariamente que la subordinación no sea aceptada y que, consecuentemente, venga inevitablemente impuesta (sobre este punto, FERRANTE, V., *Potere e autotutela...*, cit., p. 18, nota 54).

¹⁴⁹ Un estudio de la obra de PERSIANI, autor que, pese a estar encuadrado en las tesis contractualistas, a mediados del siglo pasado puso de relieve las repercusiones del fenómeno organizativo en el desarrollo de la prestación de trabajo, en ROMÁN DE LA TORRE, M^a D., *Poder de dirección...*, cit., pp. 77-80.

instrucciones dictadas por el empresario es la visión que predomina en la actualidad¹⁵⁰. En este sentido se afirma que las prerrogativas encuentran apoyo en la autonomía negocial de las partes y, por tanto, es el vínculo contractual el que determinará su contenido, alcance, naturaleza y límites. Sin embargo, como se ha puesto de manifiesto previamente, el elemento contractual no permite dar respuesta a todos los efectos que se sustancian mientras se mantiene en vigor la relación de trabajo subordinado. De hecho, muestra de la influencia de la organización empresarial en este ámbito y del papel que desempeña como complemento o elemento racionalizador de la perspectiva contractual del poder patronal, fue la constatación de que «la investigación del poder de dirección del empresario ha de comprender *tanto el análisis del poder de directivo en la relación [individual] de trabajo, como el estudio de ese poder en la empresa*»¹⁵¹.

No obstante y tal como se argumentará a continuación, lo dicho no viene a significar que el contrato no pueda dar razón a la jerarquía interna de la empresa. En realidad, la evolución teórica de la doctrina contractualista permite hoy sostener sin demasiada dificultad la compatibilidad entre dos ideas aparentemente de signo contrario: la reconducción de las facultades patronales de dirección al pacto contractual y la organización patronal como instrumento al servicio de la realización del resultado pretendido con la actividad de la empresa. Esta es la razón por la que, con carácter general, se hace referencia a la Constitución como el fundamento mediano o secundario de las facultades de mando del empresario manteniendo, al tiempo, que la fuente inmediata de las mismas traería razón de ser en la celebración del contrato de trabajo¹⁵². De este modo, dicho poder vendría legitimado no sólo a través del art. 38 CE (precepto que imprime un carácter específico a la configuración jurídica del mismo), sino que también gozaría de legitimidad contractual y organizativa.

¹⁵⁰ AA.VV (Coords. Aparicio Tovar, J. y Baylos Grau, A.) *Autoridad y democracia...*, cit., p. 11; CRUZ VILLALÓN, J., «Poder de dirección...», cit., p. 220; DEL REY GUANTER, S., «Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo», en *RL*, vol. I (1995), p. 198; GARCÍA NINET, I., «El deber de obediencia...», cit., pp. 860-863; MARTÍN AGUADO, A., «Actuaciones irregulares que afectan a la libertad, dignidad o vida privada del trabajador. Límites constitucionales al poder de dirección empresarial», en AA.VV. (Coords. Aparicio Tovar, J. y Baylos Grau, A.) *Autoridad y democracia...*, cit., p. 51; MARTÍNEZ ROCAMORA, L.G., *Decisiones empresariales...*, cit., p. 39; PALOMEQUE LÓPEZ, M.C y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, cit., p. 530; ROMÁN DE LA TORRE, M^a D., *Poder de dirección...*, cit., pp. 84-91 y VALDÉS DAL-RÉ, F., «Poder directivo, contrato...», cit., pp. 30-31.

¹⁵¹ ALONSO OLEA, M., «Sobre el poder de dirección del empresario», en *RPS*, núm. 65 (1965), p. 104.

¹⁵² VALDÉS DAL-RÉ, F., «Poderes del empresario...», cit., p. 31. También en DE VICENTE PACHÉS, F., «Las facultades empresariales de vigilancia y control en las relaciones de trabajo», en *TS*, núm. 157 (2004), p. 24; GARRIGUES GIMÉNEZ, A., «Obediencia debida y desobediencia del trabajador: su tratamiento en la última jurisprudencia», en *TS*, núm. 120 (2000), p. 43; GONZÁLEZ ORTEGA, S., «La informática...», cit., pp. 36-37 y SANTOS FERNÁNDEZ, M^a D., *El contrato de trabajo como límite al poder del empresario*, Bomarzo, Albacete, 2005, pp. 66, 102 y 247.

Ahora bien, sin perder de vista la repercusión sobre las relaciones laborales que traen consigo las manifestaciones de la libertad de empresa, lo cierto es que el singular deber de obediencia que compele la actuación del trabajador nace propiamente del vínculo contractual que lo liga a una estructura empresarial ajena. No en vano, las posiciones jurídicas activa y pasiva en las cuales se articula la organización de trabajo van referidas a los individuales contratos de trabajo formalizados con cada miembro de la plantilla (y no a la libre disposición o gestión de la empresa en el tráfico económico y jurídico tutelado constitucionalmente).

3. Valoración crítica

Bajo la premisa, previamente anunciada, de la consideración del elemento de la subordinación como el lado opuesto a la posición de primacía del empresario, el siguiente paso de la secuencia jurídica viene a conformarlo la afirmación de que la razón constitutiva del poder de dirección se erige también como título legitimador del deber de obediencia. Que una relación de trabajo se desenvuelva o no en régimen de dependencia no depende del derecho subjetivo que el texto constitucional le atribuye al empresario. El trabajador se integra en un círculo rector ajeno y estará sujeto a las órdenes e instrucciones de su superior porque así se conviene voluntariamente en el contrato de trabajo. Podría pensarse que tal construcción plantea ciertos problemas derivados de los propios términos en los que viene formulada. Esto es, si se alude a que el poder directivo encuentra justificación en el hecho de que así lo ha consagrado la propia voluntad del trabajador en el contrato, esta idea encontraría dificultades si en el mencionado documento no aparece estipulado expresamente que el trabajador firmante se compromete a obedecer las órdenes e instrucciones de su superior. Sin embargo, tal objeción no plantearía mayores problemas desde la consideración aceptada ampliamente de que el poder de dirección es uno de los rasgos caracterizadores del contrato de trabajo y, como tal, aunque nada se haya pactado formalmente, se encuentra implícito en el pacto contractual¹⁵³. Idea que aparece reforzada por el reconocimiento del poder empresarial en las normas legales que preceden al contrato en el sistema de fuentes y que sirven, de este modo, de apoyo legal a su ejercicio sin que esto conduzca a considerar a las mismas como el elemento constituyente o legitimador del poder de dirección.

Como se ha indicado en un momento anterior, una parte considerable de la doctrina ha situado el fundamento último del poder directivo en el art. 38 CE. Hoy en día ya ha perdido virulencia aquella discusión en torno a quienes trataban de negar el

¹⁵³ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F, *El poder disciplinario...*, cit., p. 38.

papel que para muchos asume la libertad de empresa como razón de ser de las facultades directivas. Se invocaba, para ello, una interpretación finalista del precepto constitucional según la cual éste lo que viene a reconocer es un derecho frente a la injerencia del Estado y no un derecho frente a los trabajadores. Actualmente se asume prácticamente por la totalidad de la doctrina el respaldo jurídico que aporta el derecho constitucional a la atribución y ejercicio patronal de las potestades de mando. Sin embargo, no hay opinión unánime sobre la entidad o intensidad de dicho respaldo que por algunos es llevado hasta la configuración del sustrato mismo que legitima el poder empresarial.

Debe advertirse, en otro orden de cosas, que en los últimos años ha cobrado actualidad el debate ya clásico acerca de la naturaleza o entidad jurídica de la libertad de empresa. Evidente es su condición de derecho constitucional pero las dudas surgen en torno a la determinación del mismo como derecho fundamental (tal y como ha reivindicado en innumerables ocasiones una gran parte de la doctrina constitucionalista¹⁵⁴) o como garantía institucional (opción defendida tradicionalmente por el Alto Tribunal). No es este el lugar para emprender una operación de tal magnitud, que excede, además, de nuestro campo de estudio. Sin embargo conviene recordar cuál ha sido el argumento de autoridad del TC sobre este tema. Históricamente, la tendencia secundada con mayor énfasis por el Alto Tribunal ha sido la de reconocer a la libertad de empresa su condición de derecho, en sus dos vertientes, objetiva y subjetiva, aunque modula tal afirmación al manifestar de forma reiterada que prevalece el carácter de garantía institucional¹⁵⁵. Se le priva así, pese a la literalidad del art. 53 CE, de la posibilidad de gozar de un contenido esencial e intangible que deba ser respetado legal y convencionalmente. Hecho fácilmente comprobable en el terreno de la praxis donde son inexistentes los ejemplos de normas declaradas inconstitucionales por albergar restricciones injustificadas a la libertad de empresa. Más aún, ha sido un lugar común en los pronunciamientos del TC la indefinición en cuanto al mínimo identificador de este

¹⁵⁴ En este sentido, *vid.* por todos, ARAGÓN REYES, M., «Apuntes sobre el significado constitucional de la libertad de empresa», en AA.VV. (Dir. Borrajo Dacruz, E.), *La reforma del mercado de trabajo: libertad de empresa y relaciones laborales*, Act. Ed., Madrid, 1993, pp. 169-181, opinión reiterada recientemente en «El contenido esencial del derecho constitucional a la libertad de empresa», en AA.VV. (Dir. Pérez de los Cobos, F.), *Libertad de empresa...*, cit., pp. 23-56 y BELDA PÉREZ-PEDRERO, E., «Aproximación a la libertad de empresa del art. 38 de la Constitución», en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 24 (1998), pp. 119-127.

¹⁵⁵ Así en las SSTC 83/1984, de 24 de julio (Fj. 3º); 225/1993, de 8 de julio (Fj. 3º) y 227/1993, de 9 de julio (Fj. 4º). La función que tiene atribuida la libertad de empresa como garantía institucional – consecuencia y presupuesto a la vez del sostenimiento de un modelo de economía social y de mercado – permite a los poderes públicos establecer límites al referido derecho y desde el punto de vista de la ordenación empresarial de la producción, liga necesariamente las decisiones adoptadas en el ejercicio del derecho aludido a la consecución del fin que el propio ordenamiento determina. La funcionalización socioeconómica de la libertad de empresa acorde a su caracterización como elemento institucional es ya un atisbo de los criterios que dibujarán los confines de las decisiones patronales emanadas de la libertad de empresa. *Vid.* SANTOS FERNÁNDEZ, *El contrato...*, cit., pp. 136 y 144-148.

derecho, delimitado habitualmente de forma negativa¹⁵⁶. Con ocasión de cada uno de los concretos conflictos planteado en el seno del Tribunal se ha procedido a concretar las medidas que no atentan contra la libertad de empresa evitando, de este modo, precisar cuáles son las facultades jurídicas que la componen¹⁵⁷.

Lo cierto es que, sea cual fuere la postura que se adopte en esta polémica que se mantiene aún hoy muy activa, no traerá consecuencias al campo que se está estudiando puesto que, como se expondrá a continuación, esta prerrogativa empresarial no forma parte del contenido que el texto constitucional ha otorgado al art. 38 CE. Descendiendo al plano hermenéutico, la especificación de los derechos o libertades que forman parte de la libertad de empresa ha sido una cuestión ampliamente debatida por la doctrina y carece aún de una solución pacífica. En el ámbito laboral, el compendio de decisiones empresariales apoyadas en el mencionado precepto constitucional es objeto de una clara anomia jurídica, sin embargo, no es difícil reconocer que este derecho ampara la autonomía privada (tanto del empresario individual como de aquél constituido societariamente) en las secuencias sucesivas de entrada en el mercado, en la organización y desarrollo de la actividad y, finalmente, en el momento de abandono de la misma. Ahora bien, más complicaciones entraña perfilar el concreto espacio de libertad que alberga cada uno de estos momentos. No cabe duda de que la libertad de empresa merecería un estudio autónomo que de forma detallada examinase el ambiguo precepto constitucional, su alcance y proyección en los distintos sectores del mercado, circunstancia que excedería de las pretensiones de este trabajo. Aun así, conviene poner de relieve los aspectos que, en mi opinión, integran el concepto material de la libertad de empresa desde la perspectiva laboral. Estos pueden verse resumidos en los siguientes¹⁵⁸:

a) el derecho de acceso al mercado (libertad para decidir si iniciar o no una actividad empresarial y para acceder al mercado)

¹⁵⁶ La libertad de empresa puede ser objeto de restricciones que vengan exigidas por la necesidad de preservar la integridad de otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos (*v.gr.*, la elección por parte del empresario de los trabajadores que compondrán su plantilla está limitada por el respeto al principio general de no discriminación o por el cumplimiento de la reserva legal del cupo o cuota mínima de trabajadores minusválidos). Asimismo, la autonomía empresarial que reconoce la CE estará condicionada por los propios requerimientos de la economía de mercado como institución jurídica, garantizada por la norma constitucional y limitada por las exigencias del Estado Social (que impide, *v.gr.*, las acciones contrarias a la libre competencia o la formalización de modalidades de contratación que contraríen el marco de la regulación estatal puesta al efecto) y de la defensa de la productividad.

¹⁵⁷ Opinan RIVAS VAÑÓ y RODRÍGUEZ PIÑERO-ROYO que este derecho ha recibido «un trato vergonzante» al habersele atribuido un rango jurídico «muy inferior a su relevancia funcional en la definición del modelo económico», por venir desproporcionadamente limitado y por no contener su precepto regulador una definición de su contenido («Relaciones laborales...», *cit.*, pp. 752-753).

¹⁵⁸ Con afán panorámico, *vid.* DE JUAN, O., *La Constitución económica española: iniciativa económica pública "versus" iniciativa económica privada en la Constitución española de 1978*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 152-169.

b) la libertad para la realización de actividades económicas, en la cual ha de integrarse: i) la libertad de planificación y de inversión (que alberga las decisiones empresariales relativas a la forma jurídica de la empresa, su localización geográfica, el tipo de actividad, los bienes o servicios que se van a ofrecer y la cuantía de los mismos, el tamaño de la plantilla, la disposición de los medios personales y materiales de producción, la cotización en bolsa, las estrategias de inversión, de adopción de nuevas tecnologías, los planes de seguridad y salud en el trabajo, etc.); ii) la libertad de ejercicio de la actividad productiva (en la que se integra la libertad para competir en el mercado solventando las cuestiones relativas, *v.gr.* a la publicidad empleada para promocionar su producción o a la distribución y venta de los mismos); iii) el derecho a dirigir el funcionamiento de la empresa, de alcance técnico-económico general (decisiones en materia de fusiones o absorciones de sociedades, la autonomía negocial y de contratación, la selección de personal, así como la utilización de las prestaciones de trabajo, propias y ajenas –en el caso de fueran empleadas contratadas o empresas de trabajo temporal¹⁵⁹–, la política salarial, etc.); iv) la libertad para estructurar jerárquicamente la empresa (identificando a las personas o a los cargos ante los cuales deberán responder cada grupo de empleados en los que se descomponga la organización de la misma).

c) la libertad para abandonar el mercado (en la que se incluyen decisiones tales como el cierre de empresa o su transmisión mediante título jurídico válido).

Tras esta breve exposición de lo que constituye un denso debate jurídico, la cuestión se centra ahora en determinar si corresponde reconducir la razón de ser de las facultades de mando al derecho cívico recogido en el art. 38 CE tal y como, por otra parte, ha sido defendido en innumerables ocasiones por una solvente doctrina. En realidad no cabe soslayar que amparándose en la libertad de empresa el gerente de la misma adoptará las decisiones que considere más oportunas a fin de favorecer una dirección y organización provechosa de la empresa. Decisiones que afectan a cuestiones tanto de carácter económico-mercantil como a diversos asuntos de contenido organizativo-laboral. Al hilo de esto se ha argumentado que dicho precepto constitucional acoge la libertad para dirigir, no sólo la empresa, sino también a sus integrantes y, por tanto, atribuye un derecho patronal para administrar las relaciones

¹⁵⁹ Sobre el amparo constitucional que ofrece el art. 38 CE a las decisiones estratégicas relativas a la descentralización de la producción se manifiestan MARTÍNEZ FONS, D., «Los límites en la descentralización productiva y relaciones laborales: problemática jurídica actual», en AA.VV. (Dir. Del Rey Guanter, S.), *Descentralización productiva y relaciones laborales: problemática jurídica actual*, Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 5; PÉREZ DE LOS COBOS, F., «Descentralización productiva y libertad de empresa», en AA.VV. (Dir. Pérez de los Cobos, F.), *Libertad de empresa...*, cit., pp. 194-220 y RIVERO LAMAS, J., «Proyecciones de la descentralización productiva: instrumentación jurídico-laboral», en AA.VV. (Dir. Rivero Lamas, J., y Coord. De Val Tena, A.L.), *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El «outsourcing»*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2003, p. 26.

laborales y tomar libremente las decisiones relativas a la política de personal, su comportamiento y al desarrollo de su actividad productiva. Y es precisamente de esta idea de la que se pretende tomar distancia puesto que son numerosos los interrogantes que se plantean en torno a la construcción jurídica descrita. En particular, ¿cómo se podría justificar que la libertad para crear y gestionar una actividad económica organizada pero externa a la relación laboral ofrezca cobertura jurídica al poder empresarial para incidir en posiciones jurídicas ajenas? Parece por tanto preferible aquella línea de opinión que ha suscrito la distinción entre lo que podría ser denominado el *poder de ordenación patrimonial en sentido amplio* y el *poder de gestión patronal*, ambos destinados a operar sobre planos jurídicos distintos¹⁶⁰.

En el primero de ellos se dispone la administración de los distintos factores empresariales, entre los que se incluye el factor trabajo, como un instrumento al servicio del titular de la empresa en la satisfacción de sus objetivos. En la concreción de las pautas de funcionamiento de la organización empresarial y la coordinación de los factores productivos mantiene en todo momento la iniciativa el empresario. La empresa se autodirige a través de las propias reglas que emanan del jefe de la institución, manifestación, por tanto, del ejercicio del principio de jerarquía o autoridad que se mantiene indemne en este ámbito bajo las restricciones, claro está, impuestas por el marco constitucional, legal o convencional. Este poder patronal se proyecta sobre el «círculo organicista rector» del empleador en el que, a su vez, se integra el contrato de trabajo. Así puede decirse que las medidas predisuestas patronalmente para gestionar la empresa en uso del mencionado *poder de ordenación patrimonial*, vienen explicadas por la libertad que el constituyente le ha conferido al empresario en el art. 38 CE y, como razón última, por la condición de dueño de la empresa del empleador. De las decisiones adoptadas en este ámbito no dimanar derivaciones que afecten de manera inmediata a la posición subordinada del trabajador aunque en sí mismas constituyan la razón fundamental para el empleo del trabajo subordinado como parte integrante del plan de gestión que la empresa adopte. Ello no obsta para que los patrones que se tracen en la ordenación del escenario técnico, económico o productivo de la empresa vean luego su traducción, con mayor o mejor ímpetu, en la esfera destinada al ejercicio del poder de dirección empresarial.

¹⁶⁰ Para ROMÁN DE LA TORRE el poder directivo tiene naturaleza de derecho de crédito que se deriva del contrato individual. Mientras que las facultades organizativas se ostentan con anterioridad al contrato y encuentran su fundamento en la libertad de empresa (*Poder de dirección...*, cit, principalmente en las pp. 26-27 y 90-91). De la misma opinión es MARTÍNEZ ROCAMORA, L.G., *Decisiones empresariales...*, cit., pp. 38-39. En el panorama doctrinal italiano puede destacarse la obra de MARAZZA quien distingue los «poderes de innovación organizativa» que preceden al contrato de trabajo y corresponden al empresario en cuanto titular de otros derechos y relaciones jurídicas, de aquellos otros «poderes de organización» (de origen contractual) que tienen por objeto la administración de las relaciones laborales (*Saggio...*, cit., pp. 187-194).

Y siguiendo la línea argumental iniciada en las líneas precedentes, el *poder de gestión* (*patronal* en cuanto a que en dicho plano jurídico opera la autoridad de una de las voluntades que concurren en el vínculo obligacional) se compone de un elenco de posibilidades jurídicas que asisten al empresario y que encuentran su justificación, unas en la propia libertad de empresa, y otras en el pacto contractual. Aquellas facultades de cariz organizativo cuyo ejercicio excede de lo acordado inicialmente en la relación individual de trabajo (*ius variandi* y las modificaciones sustanciales) deben encauzar su origen dentro de los parámetros instituidos por el marco concreto de su regulación. Habrá que entender, entonces, que estas pretensiones empresariales no vienen canalizadas por el contrato sino por la institucionalización normativa que habilita al empresario a recurrir a las mismas, circunstancia que nos lleva a reconducir su fundamento más inmediato al art. 38 CE¹⁶¹. Mientras que el ejercicio de las prerrogativas de dirección engarza con aquel contenido de este poder de gestión de carácter netamente contractual, de modo que encuentran base en el consenso negocial conferido por las partes a favor del empresario en su condición de jefe o patrono en la relación laboral¹⁶².

Por otra parte conviene tener que cuenta que la norma estatutaria es la que brinda cobijo al poder de dirección. Analizando la técnica jurídica empleada, podemos aseverar que el legislador ha optado por recoger un poder de mando por cauces indirectos, es decir, mediante la regulación de las obligaciones o deberes del trabajador en este ámbito. Lo cual viene a apuntar, una vez más, que el trabajador únicamente se configurará como deudor de obediencia a las directrices gerenciales cuando ostente la condición de empleado-parte en la relación de trabajo subordinada en los términos en los que aparece recogida en el primero de los preceptos estatutarios. Esto es, sólo una vez celebrado el contrato el trabajador viene obligado, así lo ha asumido voluntariamente, a contribuir en la realización de una actividad ajena condicionando, además, su prestación al modo o sistema de producción y organización preestablecido por quien ha creado y gobierna la actividad económica que se desarrolla. Así pues, la secuencia lógica nos lleva a señalar al contrato como el título jurídico que permite explicar que las órdenes e instrucciones patronales deban ser obedecidas por el trabajador parte del mismo. Ello viene a evidenciar la doble dimensión, constitucional y contractual, en la que se desenvuelve el poder empresarial. El empresario *dispone* (tomando como base la potestad que le confiere el art. 38 CE) la unidad de organización

¹⁶¹ Vid. CORTE HEREDERO, N., *La movilidad geográfica de los trabajadores*, Lex Nova, 1995, p. 76.

¹⁶² Se remite sobre este asunto a ROMÁN DE LA TORRE, M^a D., *Poder de dirección...*, cit., pp. 98-102. Opinión contraria mantiene SANTOS FERNÁNDEZ, M^aD, *El contrato...*, cit., pp. 206-207.

dedicada a la producción o a la prestación de servicios en la que, a su vez, se viene a desplegar la relación contractual en el espacio de la cual, una de las partes, *ordena* la prestación subordinada del contratante trabajador en virtud de la potestad que le confiere el negocio jurídico celebrado.

Con esto no se pretende introducir una desconexión absoluta entre el poder de dirección y el texto constitucional. El ejercicio de esta prerrogativa empresarial, ya se dirija a especificar las tareas a desarrollar o dicte una regla de disciplina a observar en el lugar de trabajo, constituye en todas sus expresiones la proyección del diseño productivo del empresario¹⁶³. Teniendo presente que los poderes privados nacen ligados naturalmente a la relación empresa-contrato de trabajo, puede afirmarse que las facultades directivas se manifiestan íntimamente relacionadas a los intereses y exigencias organizativas de la empresa. De hecho, si bien la razón última del poder directivo se encuentra en el contrato de trabajo, el contenido y la motivación de las órdenes empresariales responden a la finalidad hacia la que el empleador conduce su empresa¹⁶⁴. Habitualmente el ámbito e intensidad del poder de dirección vendrá, por tanto, ligado a los planteamientos patrimoniales y organizativos que la empresa adopte.

Resulta palmario, entonces, el nexo instrumental existente entre la relación contractual y la organización productiva de la empresa cuya libre disposición viene atribuida constitucionalmente al titular de la misma¹⁶⁵. Las pautas bajo las que se articulan los planteamientos empresariales puestos al efecto para satisfacer los requerimientos técnicos y organizativos de la empresa son encauzadas, o si se quiere, *infiltradas*¹⁶⁶ a través de la institución contractual. De manera que la especificación del trabajo a desarrollar por la plantilla y la ordenación de las conductas de los miembros de la misma no se encuentran en un plano neutral sino que están en estrecha comunicación con el diseño empresarial y se dirigen, como finalidad última, a la consecución del fin económico-productivo de la empresa sirviéndose, además, de la estructura autoritaria que componen los cimientos de la empresa.

¹⁶³ MONTUSCHI, L., «Un “nuovo” lavoro da regolare» en *ADL*, núm. 3 (1998), pp. 683-696.

¹⁶⁴ VALDÉS DAL-RE, F., «Poder directivo, contrato...», cit., p. 30.

¹⁶⁵ Así lo había defendido ROMÁN DE LA TORRE cuando señaló que ambas perspectivas (la referida a la organización en sentido técnico y aquella en sentido jerárquico-económico) confluyen en el contrato de trabajo y, consecuentemente, en el ejercicio subsiguiente del poder de dirección. Descriptivamente, a través de la estructuración empresarial en orden descendiente, la autora defiende que «la razón económica o patrimonial es la que sirve de nexo de unión a todos los eslabones de la cadena y es en función de ella como se articulan los diferentes mecanismos jurídicos, incluido el contrato de trabajo. La estructura interior de éste permite en todo momento la expresión de aquella finalidad económica, la cual pervive y persiste independientemente de que se limite o de que varíen sus manifestaciones», (*Poder de dirección...*, cit, pp. 86-88).

¹⁶⁶ En la terminología empleada por ROMÁN DE LA TORRE, M^a.D., *Poder de dirección...*, cit., p. 89.

A partir de aquí se puede ya aseverar que aunque la dependencia del trabajador a las directrices empresariales no encuentre justificación en el reconocimiento constitucional de la libertad de empresa, esto no conduce a que la fuerza de trabajo se halle sujeta a la discrecionalidad empresarial sin más límites que aquellos previstos en el negocio jurídico celebrado. Por lo que ahora importa es oportuno señalar que el ejercicio de las facultades de mando, legitimadas de manera directa e inmediata por el contrato de trabajo, vienen constreñidas por los derechos del trabajador asalariado predispuestos constitucional, legal y convencionalmente. Y de forma acumulativa, las previsiones contractuales constituirán la frontera que deba observar el empresario a la hora de definir el comportamiento y la prestación debida por el trabajador. Lo dicho comportará que tenga que considerarse excepcional, y por tanto ilícito, todo ejercicio del poder directivo que sobrepase los límites impuestos por el contenido mismo del contrato de trabajo¹⁶⁷.

Es cierto que atribuir al precepto constitucional regulador de la libertad de empresa el papel de título legitimador del poder de dirección no comporta que se esté desproveyendo a dicho poder del conjunto de límites, controles y contrapesos que modulan el alcance de los derechos y principios emanados de la CE¹⁶⁸. En realidad, trasladar la razón última del poder directivo a la libertad de empresa no implica sostener la atribución desmesurada de una prerrogativa de dirección absoluta e indemne, puesto que estará confinada por el propio contenido de este derecho, por el necesario respeto al resto de principios y derechos constitucionales, así como por las restricciones que al efecto impusieran las leyes. Sin embargo, como ya se puede prever, se estarían atribuyendo facultades al empresario que van más allá de aquellas que le corresponderían por su posición crediticia. En este caso, habría que predicarse la *ejecutoriedad* de todo mandato resultante del poder directivo patronal siempre que éste se retuviera en su ejercicio a los límites legalmente impuestos al derecho constitucional, eliminando de este modo cualquier posibilidad de sustraerse de prestar obediencia a las órdenes impartidas si éstas fueran ilícitas por desbordar los términos del acuerdo alcanzado en el contrato. Al engarzar el poder directivo con el contenido del derecho a la libertad de empresa, merecería el amparo de su reconocimiento constitucional y, por tanto, se emplazaría en otra esfera jurídica «libre de las constricciones y limitaciones que el ordenamiento laboral pide»¹⁶⁹.

¹⁶⁷ De nuevo, ROMÁN DE LA TORRE, M^a D., *Poder de dirección...*, cit., pp. 89-91.

¹⁶⁸ VALDÉS DAL-RÉ, F., «Poderes del empresario...», cit., p. 32.

¹⁶⁹ VALDÉS DAL-RÉ, F., «Poder directivo, contrato...», cit., p. 30.

IV. CONTENIDO DEL PODER DIRECTIVO

Habitualmente el poder de dirección viene definido en función de las facultades que lo integran y componen. Recuérdese al respecto la ya clásica definición que aludía al «conjunto de facultades jurídicas a través de las que el empresario dispone del trabajo realizado por su cuenta y a su riesgo»¹⁷⁰, o al «conjunto de facultades que definen la posición del empresario en la relación laboral»¹⁷¹. Son muy variados los estudiosos que desde distintas de ramas del derecho han emprendido la tarea de dilucidar las diferencias teóricas que encierran las nociones de *poder* y *facultad*¹⁷². No es fácil evidenciar los rasgos que las separan puesto que ambas hacen referencia a una misma situación jurídica. Aun así, me adhiero a la disociación de las mismas en función de la dualidad que existe entre *continente* y *contenido*, alzándose, de este modo, el término *poder* en la noción unitaria o categoría general que engloba a un grupo de *facultades* encauzadas hacia la consecución de la efectividad de tal poder¹⁷³. En definitiva, el poder de dirección constituye un compendio de situaciones jurídicas activas puestas al servicio de los objetivos de la organización productiva. Esto es, a través de la concreción de la prestación laboral y las modalidades de su ejecución, de la gestión y coordinación de la actividad productiva y de la disciplina de la fuerza de trabajo, es como el empleador trata de satisfacer los propósitos o intereses empresariales. El carácter instrumental del poder directivo es evidente, asume la función de promover el funcionamiento de la empresa gestionando las relaciones laborales que se desenvuelven en su ámbito haciendo uso de cada una de las facultades que componen su campo de actuación. Y ello no sólo actuando como medio para garantizar prestaciones concretas, sino también guiando la realización de las mismas hacia un determinado fin.

Dicho lo anterior, el objeto del presente epígrafe consiste en la descripción y sistematización del haz de facultades que componen el poder directivo. El carácter eminentemente abstracto de este poder convierte en ardua la tarea de materializar su contenido, de modo que tradicionalmente han venido incluyéndose como parte del mismo facultades que, en realidad, han de entenderse excluidas. Lo cierto es que las distintas prerrogativas patronales, de dirección, las integrantes del *ius variandi*, de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, de vigilancia y control de la prestación laboral, junto con las disciplinarias, a través de su ejercicio conjunto o

¹⁷⁰ MONTOYA MELGAR, A., *El poder...*, cit., p. 44

¹⁷¹ VALDÉS DAL-RÉ, F., «Poderes del empresario...», cit., p. 31

¹⁷² Consúltense, por todos, MIELE, G., *Principi di diritto amministrativo*, I, CEDAM, Padova, 1953, pp. 45-52 y SUPPIEJ, S., *Il rapporto di lavoro (costituzione e svolgimento)*, Cedam, Padova, 1982, pp. 114-121

¹⁷³ Esta distinción ya había sido puesta de manifiesto por MONTOYA MELGAR en su obra monográfica, *El poder...*, cit., pp. 10-20. De forma similar en LUQUE PARRA, *Los límites...*, cit., pp. 34-35.

combinado, coadyuvan a «llevar adelante la iniciativa económica de la empresa en las relaciones internas de ésta»¹⁷⁴. De hecho, los estrechos vínculos que se sustentan entre unas y otras han permitido que se haya mantenido un cierto consenso sobre la integración de alguna de éstas (principalmente del poder de vigilancia y control y el poder sancionador) en el poder de dirección. Sin embargo, lo que se pretende es determinar con exactitud cuáles de las funciones patronales son, en realidad, aspectos constituyentes de la potestad directiva teniendo presente que este ineludible ejercicio de precisión jurídica exigirá también un proceso de carácter negativo o de exclusión. Es decir, la determinación de aquellas facultades ajenas a dicho poder para estar más cerca de su contenido real¹⁷⁵.

1. Facultades componentes del poder de dirección

Como se ha puntualizado suficientemente, las relaciones de interdependencia entre ambas partes no se limitan al momento originario del contrato o, como ha sido denominado, al «sinalagma genético». Más allá del instante formativo en el que el consentimiento o el acuerdo de voluntades perfeccionan el contrato, los deberes mutuos mantienen relaciones de interdependencia a lo largo de toda la fase de ejecución del mismo («sinalagma funcional»¹⁷⁶). Dicho lo cual, no cabe duda de que el carácter continuado del contrato hace imposible prever en los momentos iniciales el contenido del trabajo debido, ni cuál pueda ser la progresión que alcance la carrera profesional del trabajador. Cuando se pacta la realización de un determinado trabajo únicamente se conocen de forma genérica ciertas obligaciones emanadas de la categoría profesional en la que se encuadra al trabajador o procedentes de las cláusulas del contrato. Será de forma progresiva y una vez que se ha establecido el vínculo jurídico entre las partes cuando las distintas labores y circunstancias podrán ser verdaderamente fijadas. No se trata, como podrá suponerse, de una facultad constitutiva ni modificativa de obligaciones a cargo del empleado, sino más bien, de la capacidad empresarial para, unilateralmente, individualizar la prestación debida por el trabajador teniendo en cuenta

¹⁷⁴ MARTÍN VALVERDE, A., «El ordenamiento laboral...», cit., p. 144. A su vez, CREMADES, B.M^a, *La sanción disciplinaria en la empresa: estudio de la responsabilidad disciplinario-laboral del trabajador*, IEP, Madrid, 1969, p. 117, indica que «en la empresa laboral cabe una división de poderes, pero resulta inviable su separación», haciendo referencia a esa interconexión que caracteriza al elenco de poderes empresariales.

¹⁷⁵ Tradicionalmente se puso de manifiesto la notable dificultad que encerraba la delimitación del contenido del poder de dirección sin que sea posible abarcar el mismo en su totalidad a través de la enumeración positiva de sus facultades. De modo que, para acercarse a un concepto más o menos exhaustivo del mismo, la posición doctrinal más extendida propuso reducir esta cuestión, no al contenido, sino a su continente. Esto es, abordar el contenido de dicho poder exigiría hacerlo a través de los límites que sujetan la capacidad decisoria del empresario en ejercicio de sus funciones directivas. Así en DIÉGUEZ CUERVO, G., «Poder empresarial...», cit., pp. 328-329.

¹⁷⁶ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, cit., p. 489.

el compendio de variadas posibilidades que no pudieron ser previstas ni determinadas en el contrato.

Pues bien, como se ha pretendido dejar constancia en páginas anteriores, no sería acertado concebir el poder directivo únicamente en el sentido técnico descrito e identificar al mismo con la facultad de concreción efectiva de la prestación de hacer debida. Es desde luego completamente acertado subsumir la potestad patronal destinada a la conformación interna y sucesiva del trabajo convenido en el poder de dirección pero ésta, por sí sola, no logra agotar el contenido del mismo. Es difícil advertir en la doctrina laboral una opinión unánime acerca del conjunto de facultades en que se divide el poder de dirección y sobre la intensidad de las mismas, circunstancia alimentada sin duda por las confusas y contradictorias posiciones de la jurisprudencia que a menudo han confundido el contenido del poder directivo con diversas manifestaciones de una prerrogativa más extensa que se refiere a la organización general de la prestación laboral¹⁷⁷. Por lo que aquí interesa, es preciso dirimir cuándo estamos ante la potestad de mando empresarial que caracteriza al trabajo dependiente y cuándo ante otros poderes empresariales (considerados en ocasiones como equivalentes en atención al objetivo global común al que todos ellos sirven aunque, a su vez, persigan cada uno de ellos un objetivo propio, diferenciado de los del resto y encuentren una regulación específica en la normativa laboral estatal o pactada colectiva e individualmente).

La línea de opinión que se acepta comúnmente en nuestra doctrina toma como referencia una concepción amplia del poder de dirección que integra las más variadas facultades empresariales¹⁷⁸. Así, de acuerdo con un significado omnicompreensivo de la prerrogativa patronal aludida, se ha procedido a descomponer la misma en dos dimensiones: *general* o *colectiva* (aludiendo al poder para organizar laboralmente la unidad empresarial e anexionando al mismo las decisiones relativas a las dimensiones de la plantilla, la incorporación a la misma de forma directa o a través de procedimientos de externalización de trabajo, la elección de las modalidades contractuales laborales, los sistemas de clasificación profesional, de retribución y de tiempos de trabajo, etc.) y *singular* o *individual* (como poder para definir las prestaciones concretas de los trabajadores mediante las órdenes e instrucciones oportunas, concretar la diligencia y colaboración exigibles o fiscalizar la actuación del

¹⁷⁷ Muestra de ello puede encontrarse en la STS 4 diciembre 1982, RJ/7448 (y las posteriores SS de 19 enero 1984, RJ/69; 8 mayo 1984, RJ/2983; 8 julio 1986, RJ/3990 y 7 abril 1987, RJ/2369) que consideran que el poder directivo abarca el *ius variandi* en su conjunto, o en la STSJ Galicia, 31 enero 1996 (AS/15) donde se indica que al empresario le corresponde, en ejercicio de su poder de dirección, acordar la prórroga de unos contratos temporales y no de otros.

¹⁷⁸ Característica en este sentido fue la construcción del poder directivo llevada a cabo por ALONSO GARCÍA, M., *Curso del Derecho del Trabajo*, 9ª ed., Ariel, Barcelona, 1985, pp. 528-530.

trabajador individual), conformando ambas la definición del poder de dirección. Es decir, conforme con las más variadas razones de orden jurídico se acepta que este conjunto de prerrogativas empresariales forman parte de un todo unitario calificado como poder directivo. A su vez, en algunas ocasiones pertenecientes a una u otra categoría, se suelen incluir como manifestaciones de la potestad de mando el *ius variandi*, junto a las decisiones de modificación sustancial, suspensión y extinción del contrato de trabajo por causas objetivas¹⁷⁹.

Sin embargo, a mi entender este criterio conceptual extensivo es erróneo, puesto que lo que hace es confundir dos niveles de actuación empresarial que en términos rigurosos de derecho se mantienen en dos dimensiones jurídicas distintas, respondiendo sólo una de ellas a la dogmática contractual. En aras de una mayor claridad expositiva bien puede empezarse recordando la distinción apuntada anteriormente. Las decisiones netamente económicas que intervienen en la organización práctica del trabajo como factor de producción, imbuidas en un poder de ordenación patrimonial, pertenecen a un momento anterior al contrato de trabajo. Por contra, funciones tales como la directiva, fiscalizadora o sancionadora, corresponden al empleador en cuanto parte contratante de la relación laboral y su ejercicio responde a la ejecución misma del contrato. Así las cosas, el diverso fundamento que justifica el poder empresarial entendido en sentido amplio, determina también su ámbito de ejecución. Es decir, del elenco de facultades que derivan originariamente de la libertad de empresa no procede ninguna obligación de necesaria observancia para el trabajador, de modo que éstas no podrán incidir activamente en la relación de trabajo si no es a través de una habilitación en sede normativa o del ejercicio sucesivo de una facultad empresarial que tenga fuente en el negocio jurídico celebrado.

En lo que atañe a las prerrogativas jurídicas de que se irroga el poder directivo, es menester mencionar al conjunto de facultades de eficacia especificativa que actúan en dos planos correlativos: el *externo* a la prestación de trabajo convenida (puesto que a

¹⁷⁹ Consúltense MONTOYA MELGAR, A., *El poder...*, cit., pp. 113 y 183-187, reiterado últimamente en «El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas», en *RMTAS*, núm. 48 (2004), pp. 135-136. Similar dirección es adoptada por AA.VV., (Dir., García Ninet, J.I., Coord., Vicente Palacio, A.), *Derecho del Trabajo*, 4ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 402-404; DE VICENTE PACHÉS, F., «Las facultades empresariales...», cit., p. 22; GARRIGUES GIMÉNEZ, A., «Obediencia debida...», cit., pp. 40 y 50; MARTÍNEZ ROCAMORA, L.G., *Decisiones empresariales...*, cit., pp. 36-37 o RODRÍGUEZ CRESPO, Mª L., «Problemas actuales sobre el poder empresarial de organizar y controlar la actividad productiva», en *Act. Jca. Ar.*, núm. 712 (2006), p. 2. Una orientación parecida puede advertirse en alguno de los exponentes más representativos de la doctrina italiana contemporánea que evocan una interacción entre los poderes que competen al empresario en calidad de contraparte en la relación de trabajo subordinada y aquellos otros que tienen origen en razón de la titularidad que ostenta del complejo empresarial que ha creado. De este modo en PERULLI, A, *Il potere direttivo...*, cit., pp. 143-153. Vid. también CHIECO, P., *Poteri dell'imprenditore e decentramento produttivo*, UTET, Torino, 1996, pp. 10-11.

través las mismas se trata de desentrañar las funciones consustanciales que conforman la misma) y el *interno* (que interviene sobre los distintos elementos o circunstancias que inciden sobre el trabajo convenido con el trabajador individual o con el grupo de trabajadores ligados contractualmente a la satisfacción del propósito empresarial)¹⁸⁰.

a) *Dimensión externa*

Hay que comenzar subrayando la plasticidad que encierra la descripción patronal de las actividades estipuladas en el contrato de trabajo. En virtud de dicha facultad el empresario puede decidir discrecionalmente las funciones a desarrollar por el trabajador de acuerdo al trabajo que se pactó en el momento inicial (si bien dicha tarea de concreción habitualmente se lleva a cabo a través de la remisión a un grupo o categoría de actividades) y disponer de ellas a lo largo de la ejecución del contrato (ordenando su interrupción, su repetición e, incluso, revocando su designación de manera absoluta o bien sustituyéndolas por otras)¹⁸¹. De modo que una parte del denominado *ius variandi* es atraído por el ámbito de ejercicio propio del poder directivo¹⁸². En realidad, el empresario cuenta con una amplia gama de posibilidades modificativas que actúan sobre la propia prestación de la fuerza de trabajo y responden a las pretensiones esgrimidas por la empresa para hacer posible que el trabajo se adapte al marco organizativo, productivo y económico bajo el que se desenvuelve. Como en tantas otras materias, las normas legales sobre movilidad o modificación de condiciones de trabajo presentan ciertos problemas de interpretación motivados, en gran medida, por la borrosa delimitación que en el Estatuto se contiene respecto al poder de variación y al de dirección¹⁸³. Ahora bien, más allá de una razón de tipo técnico que se centre en dónde se hallen localizadas tales facultades en la normativa estatutaria, lo cierto es que no todas las decisiones empresariales que producen una modificación en la ocupación del trabajador exhiben la misma magnitud e importancia y es éste el elemento clave que permite que ciertas prerrogativas novatorias sean entendidas como una proyección más del poder directivo.

¹⁸⁰ Fuera queda, como podrá suponerse, la potestad empresarial para decidir sobre la continuidad o no de la relación laboral aunque, como advierte RODRÍGUEZ PIÑERO, «materialmente sea uno de los fundamentos reales de la autoridad del empresario y de la sujeción socioeconómica del trabajador para el que el empleo es su medio de vida» (en la presentación a la obra colectiva coord. por Escudero Rodríguez, R., *El poder...*, cit., p. 2).

¹⁸¹ MARAZZA, M., *Saggio...*, cit., p. 313.

¹⁸² Tradicionalmente parte de la doctrina italiana negaba tal posibilidad y mantenía la autonomía funcional y estructural del *ius variandi* globalmente considerado, de modo que se defiende un total distanciamiento entre las decisiones directivas y aquellas que dan origen a cualquier modificación del objeto del trabajo. En este sentido, GIUGNI, G., *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro subordinato*, Jovene, Napoli, 1963, pp. 103-128 y PERSIANI, M., *Contratto di lavoro...*, cit., pp. 195-196.

¹⁸³ GARCÍA MURCIA, J., «Movilidad funcional...», cit., p. 95.

Como podrá suponerse, se está haciendo referencia a las medidas que responden a la voluntad unilateral del empresario y que quedan encerradas en el marco contractual puesto que no perturban la sustancia misma de la prestación laboral concertada en el negocio jurídico inicialmente pactado¹⁸⁴. Respetando los límites legales que recoge el propio art. 39.1 ET, el empresario cuenta con la facultad para trasladar las exigencias organizativas a través de singulares mandatos directivos siempre que las nuevas tareas o funciones que se encomienden al trabajador no supongan un cambio del centro de trabajo y se muevan dentro del grupo profesional o de las categorías equivalentes a la inicialmente asignada. Dicho en otros términos, a la alteración de la prestación que forma parte del poder de dirección no le es atribuible en ningún caso un carácter constitutivo que permita modificar el contenido mismo de la relación contractual. La potestad empresarial se limita en este ámbito a la redefinición o variación de carácter accidental de las funciones que podrán producirse a lo largo de la vigencia del contrato como medio para obtener una mayor eficacia organizativa. Estos cambios en la prestación de trabajo ostentan un carácter accesorio, de modo que constituyen una institución connatural al propio negocio jurídico contractual.

Otra cosa muy diferente ocurre cuando las decisiones novatorias empresariales son de superior envergadura y repercusión en los intereses del trabajador. Es decir, se trata de facultades modificativas que posibilitan la introducción de cambios sustanciales en la prestación convenida prescindiendo del ámbito acotado por el pacto contractual. En efecto, se acoge aquí la postura doctrinal que se considera más sólida jurídicamente y que no es otra que aquella que estima que la potestad para decretar cambios de naturaleza extraordinaria, cuyo régimen jurídico se emplaza en los restantes apartados del art. 39 y en los arts. 40 y 41 ET, es ajena en todo caso al poder de dirección¹⁸⁵. De hecho, son palpables las diferencias que permiten establecer una nítida separación entre las facultades integrantes del poder directivo, por un lado, y aquéllas de la potestad modificativa, procedimentalizada y tasada legalmente, en razón de la trascendencia que albergan los cambios sobre el trabajo inicialmente convenido que mediante su ejercicio se sustancian.

¹⁸⁴ Tanto la doctrina como la jurisprudencia (STS 6 febrero 1995, RJ/778) tradicionalmente le han prestado a este problema una considerable atención, así pues, entre los autores que han concebido a las facultades de variación de carácter ordinario u horizontal (también denominada «movilidad funcional libre») como una expresión más de la potestad de mando empresarial pueden ser citados: por todos, MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, cit., p. 248; MONTOYA MELGAR, A., *El poder...*, cit., p. 44 y PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, cit., p. 608.

¹⁸⁵ Así lo han defendido, entre otros muchos, CRUZ VILLALÓN, J., *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, MTSS, Madrid, 1983, pp. 104-106 y ROMÁN DE LA TORRE, M^a.D., *Poder de dirección...*, cit., pp. 96-99.

En verdad, la adopción por parte del empresario de disposiciones de cariz novatorio presupone la existencia de la situación jurídica que pretende alterar, si bien tal facultad es estructuralmente autónoma. Se estaría actuando en el plano externo de la calificación de las funciones conformativas del trabajo debido, de modo que su ejercicio comienza allí donde el ejercicio del poder directivo termina¹⁸⁶. Por el contrario, este último se encuentra estructural e inescindiblemente unido a la prestación de trabajo y su intervención sobre la misma es directamente reconducible al negocio jurídico originario. Desde una perspectiva diversa cabe señalar que ambos son efecto de una relación de trabajo subordinado, empero, mientras que el poder directivo es en todo caso un poder esencial al mismo ya que es indispensable en la calificación del tipo, las prerrogativas modificadoras inciden sobre un contexto jurídico preexistente situándose así en una posición accesoria respecto a la obligación de trabajar de forma dependiente. De este modo, las partes de la relación pueden excluir o limitar los efectos del mencionado poder, baste pensar en una cláusula contractual que recoja el compromiso patronal de no variar las condiciones de trabajo acordadas en dicho pacto, sin que suponga como consecuencia la conformación de un tipo diverso.

b) *Dimensión interna*

En un segundo momento, cuando ya han sido individualizadas las tareas que constituirán la prestación exigible al asalariado, el ejercicio del poder directivo faculta al empleador para determinar la modalidad de ejecución del trabajo interviniendo, por un lado, sobre el contenido técnico de las funciones que desempeña el trabajador y, por otro, sobre el comportamiento del mismo. El primero de los aspectos señalados hace referencia, fundamentalmente, a la descripción cualitativa y cuantitativa de las funciones que forman parte del patrimonio jurídico y profesional del trabajador en razón del contrato de trabajo y a la coordinación espacio-tiempo de la actividad de producción¹⁸⁷. Claro está que las condiciones bajo las cuales se va a desenvolver la prestación, tales como el lugar o el tiempo de trabajo, pueden entrar en la esfera del acuerdo colectivo y, en defecto de convenio a cuyo contenido necesariamente se verán sometidas las prerrogativas patronales, venir señaladas en el momento inicial de la relación laboral, pactándose dichos extremos en el negocio contractual, pero dejando a la posterior modalización interna de la prestación la concreción de determinados aspectos de las mismas, tales como la distribución horaria de la cantidad e intensidad de la prestación debida, la diligencia exigible en cada momento de la ejecución de la

¹⁸⁶ Así en GIUGNI, G., *Mansioni e qualifica...*, cit., p. 252 y GHEZZI, G. y ROMAGNOLI, U., *Il rapporto di lavoro*, cit., p. 157.

¹⁸⁷ TATARELLI, M., *I poteri del datore di lavoro privato e pubblico*, Cedam, Padova, 1996, p. 181.

prestación, la calidad de la misma, el tiempo a invertir en la actividad o el concreto emplazamiento del desarrollo de ciertas labores a realizar por el trabajador dentro de una determinada unidad productiva¹⁸⁸. E incluso, en virtud de la discrecionalidad del empleador, éste puede ir alterando sucesivamente los requerimientos relativos a estas cuestiones en función de las necesidades organizativas o productivas de la empresa.

A mayor abundamiento, se entiende que son variaciones menores del lugar de trabajo y por tanto, resultado del ejercicio del poder de dirección, las decisiones patronales que impliquen un cambio locacional en el mismo centro en el que venía prestando sus servicios el trabajador, en distinto siempre que no suponga un cambio de residencia o variaciones cuya causa pueda situarse en el propio contrato (se está haciendo referencia a las modificaciones del lugar de trabajo que afecten a los trabajadores que desarrollan su actividad en centros móviles e itinerantes, excluidos expresamente del régimen jurídico aplicable por el art. 40 ET). No obstante lo dicho, el hecho de que la medida empresarial no implique un cambio de residencia, no siempre significará que la alteración contractual es de entidad menor. En ciertas ocasiones estos cambios del centro de trabajo, aun sin implicar un cambio de residencia, comportan un ostensible incremento de los gastos a los que ha de enfrentarse el trabajador y una reducción del tiempo que con anterioridad era plenamente disponible por el trabajador y que ahora se emplea en acudir al puesto de trabajo¹⁸⁹. Lo que pretendo señalar es que no toda decisión empresarial que implica un cambio del lugar de trabajo puede sin más enmarcarse en el ejercicio del poder directivo con la mera constatación de que no suponga un cambio de residencia.

Podríamos plantearnos si estos casos, en lugar de adscribirse al poder directivo, podrían acogerse a las reglas del art. 41 ET. Procede reconocer, ante todo, que de forma mayoritaria se ha esgrimido que el art. 41 ET se abstiene de regular toda cuestión relativa a las alteraciones locativas reconociendo, en este sentido, que dicha tarea le corresponde al art. 40 ET. Así, numerosos autores que se han acercado al estudio de los traslados que no comportan cambio de residencia han emplazado a los mismos en el espacio de actuación propio de las facultades directivas dado que, como se ha visto,

¹⁸⁸ Sobre esto, MARTÍNEZ ROCAMORA, L.G., *Decisiones empresariales...*, cit., p. 59 y TATARELLI, M., *I poteri del datore...*, cit., p. 181.

¹⁸⁹ Estos cambios pueden provocar la necesidad de invertir mayor tiempo en los desplazamientos que tienen lugar del domicilio personal al trabajo o un mayor desembolso, amén de otros problemas ya de índole más personal como pudieran ser la dificultad para compaginar la vida laboral y familiar, las actividades de carecer formativo que hubiera emprendido el trabajador, etc. Queda abierta, no obstante, la posibilidad de que el convenio prevea una compensación por el aumento de los gastos que su decisión implica o que ésta se pacte entre las partes.

carecen de una regulación normativa propia¹⁹⁰. Pero lo cierto es que si la movilidad decretada resulta una carga adicional para el trabajador y particularmente onerosa si se toman como centro de referencia sus legítimos intereses y las condiciones de trabajo bajo las cuales se venía realizando hasta dicho momento el servicio contratado, no es dable entender que la decisión empresarial sea en realidad fruto del desempeño de las prerrogativas de dirección¹⁹¹. En estos casos las decisiones empresariales no reflejan un cambio accidental de uno de los aspectos de la relación laboral sino una variación de capital trascendencia en la prestación de la que es deudor y por tanto, deberían reconducirse a la cobertura legal que ofrece el art. 41 ET¹⁹². El problema estaría, consecuentemente, en concretar qué entendemos por variación esencial, no débil, sabiendo que no hay reglas de carácter general en lo que se refiere a la apreciación de la sustancialidad a la que se refiere el art. 41 ET y que en el común de las veces son los tribunales los que entran a determinarla caso por caso¹⁹³ (algún criterio al efecto puede encontrarse en diversas disposiciones legales que sin abordar directamente la materia de los traslados, sí pueden dar una idea sobre qué podría concebirse como una alteración de carácter crucial –art. 64.9 Ley 22/2003, 9 de julio y art. 231. 3 LGSS–).

Y es que, como es sobradamente conocido, la indeterminación jurídica inherente al concepto de sustancialidad ha generado no pocos problemas técnico-jurídicos. En efecto, la dicción literal del precepto ofrece una relación de materias a las que específicamente se las dota de dicho carácter aunque es dable destacar, en primer término, el carácter incompleto de dicha enumeración (condición que ya el propio precepto reconoce al incluir la expresión «entre otras» en el propio listado) y, a su vez, que no necesariamente habrá de calificarse como sustancial toda decisión empresarial

¹⁹⁰ Por todos, CORTE HEREDERO, N., *La movilidad...*, cit., p. 77; HERRAIZ MARTÍN, M^a S., «Manifestaciones del poder de dirección en materia de movilidad geográfica», en *TS*, núm. 206 (2008), pp. 61 y 64; PEDRAJAS MORENO, A., «Traslados y obediencia debida del trabajador: criterios jurisprudenciales», en *AL*, vol. III (1990), p. 382 y SERRANO OLIVARES, R., *Lugar de trabajo, domicilio y movilidad geográfica*, CES, Madrid, 2000, pp. 220-224. En la jurisprudencia del Alto Tribunal, consúltense las SSTS 27 diciembre 1999 (RJ 2000/2029), 18 marzo 2003 (RJ/3650), 26 abril 2006 (RJ/3105) y 27 noviembre 2007 (RJ 2008/1043).

¹⁹¹ Vid. AGÍS DASILVA, M., *La modificación del lugar de trabajo sin cambio de residencia para el trabajador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 55-60; GARCÍA MURCIA, J., *Traslados y desplazamientos en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 23, 63 y 80, ROJAS RIVERO, G., *Traslado y desplazamiento de trabajadores*, MTSS, Madrid, 1993, p. 125.

¹⁹² Recientemente, MOLERO MARAÑÓN, M.L., «Una visión crítica del régimen de modificación sustancial de condiciones de trabajo: claves para un futuro debate», en *RL*, núm. 20 (2008), p. 43.

¹⁹³ Para ROMÁN DE LA TORRE, el dato que permitiría constatar la aplicabilidad del art. 41 ET viene referido a las propias consecuencias que emanan de la decisión empresarial. Si lo que se ven afectadas gravosamente son los derechos y expectativas profesionales, habría que entender que el cambio afecta sustancialmente a las condiciones jurídicas bajo las que se desenvuelve la relación de trabajo y, consecuentemente, sería aplicable el régimen jurídico previsto en el mentado precepto. Fuera quedarían, en cambio, la medida empresarial que se limita a incidir en las condiciones extracontractuales o personales (*Poder de dirección...*, cit., pp. 207-208).

que altere alguna de estas condiciones de trabajo sino sólo aquella que traspase el estricto ámbito que conforma la prestación exigible al trabajador¹⁹⁴. En consecuencia, se ha estimado por la doctrina que, para decretar el ámbito objetivo de aplicación del art. 41 resultará forzoso valorar, junto con el tipo de modificación que se pretende, el grado o la envergadura del cambio en atención a la prestación convenida en el negocio jurídico concertado¹⁹⁵ y el alcance permanente y no meramente circunstancial de la medida empresarial¹⁹⁶. De ello puede inferirse que, aunque el legislador les haya reservado el específico régimen jurídico del precepto legal mencionado, si los cambios que afectan a la jornada, horario o al sistema de turnos y rendimiento ostentan una mínima importancia o repercuten escasamente en el desarrollo de la actividad, se considerará que son también manifestaciones del poder de mando empresarial. Se trata, en definitiva, de tenues mutaciones, o de manera más exacta, de una «especificación interna»¹⁹⁷ de los más variados aspectos técnicos de la prestación encomendada, que son perfectamente reconducibles al marco de actuación propia del poder de dirección¹⁹⁸. Esto no nos conduce a concluir que estén sujetas a la disposición arbitraria del empresario ya que, en todo caso, se encuentran sometidas a las restricciones derivadas de la obligación de ejercicio regular del mencionado poder.

Otras de las funciones que tiene reconocidas el empresario a través del ejercicio del poder directivo es la posibilidad de impartir órdenes que contengan eventuales indicaciones en torno a los sujetos o mandos intermedios, quienes marcarán en cada momento los ritmos y las condiciones del trabajo a desarrollar y ante los que eventualmente el trabajador deberá rendir cuentas de su actuación. Pasando también por las disposiciones dirigidas a tutelar la seguridad y salud en los lugares de trabajo en consonancia con las obligaciones que la normativa de prevención impone al empresario (art. 5. b ET)¹⁹⁹. Y, por último, la ordenación directiva patronal puede intervenir sobre la conducta del asalariado en su lugar de trabajo. Conviene recordar que la empresa constituye una institución de carácter dinámico en cuyo marco se adoptarán las decisiones técnicas relativas a la utilización de los factores de producción y,

¹⁹⁴ Por todos, CRUZ VILLALÓN, J., *Las modificaciones...*, cit., pp. 20-23 y 221-225.

¹⁹⁵ GARCÍA MURCIA, J., «Movilidad funcional...», cit., p. 94 y RIVERO LAMAS, J., «Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Algunos problemas del art. 41 ET», en AA.VV. (Coord. De La Villa Gil, L.E.), *Reforma...*, cit., p. 251-252.

¹⁹⁶ Vid. al respecto las referencias jurisprudenciales citadas en CRUZ VILLALÓN, J., «La aplicación judicial de la reforma en materia de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo», en *RL*, núm. 23 (1996), p. 17 y en la nota 15.

¹⁹⁷ En palabras de GIUGNI, G., *Mansioni e qualifica...*, cit., p. 109.

¹⁹⁸ Admitiendo esta posibilidad, entre otros, CRUZ VILLALÓN, J., *Las modificaciones...*, cit., pp. 221-225; MARTÍN VALVERDE, A., «Modificaciones de la jornada y del horario de trabajo», en AA.VV. (Coord. De la Villa Gil, L.E.), *Estudios sobre la jornada de trabajo*, ACARL, Madrid, 1991, pp. 692-693; MARTÍNEZ ROCAMORA, L.G., *Decisiones empresariales...*, cit., pp. 59-60.

¹⁹⁹ GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B., *El deber de seguridad...*, cit., pp. 179 y 182.

conjuntamente, aquéllas referidas a la organización y convivencia de la colectividad de personas a fin de asegurar la buena marcha de la empresa. Dicha facultad se manifiesta a través de la prescripción de reglas relativas al empleo de los medios productivos y a la conducta de la fuerza de trabajo. Sin ánimo exhaustivo, hay que precisar que las directrices empresariales de este tipo pueden abarcar desde, por ejemplo, el deber de abstenerse de usar palabras malsonantes o indecorosas en el trabajo; de no desatender el aseo y la limpieza personal; de mantener una determinada apariencia externa; de cuidar los uniformes y los equipos; la prohibición de iniciar riñas o discusiones con los compañeros de trabajo; de evitar los retrasos o faltas de puntualidad, etc. Se trata, en resumen, de evitar aquellos comportamientos que puedan provocar una molestia inaceptable o entorpecer la normal convivencia en la empresa.

Ahora bien, lo cierto es que no se ha admitido de manera unánime que las normas empresariales sobre la disciplina exigible al trabajador sean expresión del poder directivo del empresario y en algunas ocasiones se estima que forman parte de las genéricas prerrogativas organizativas que descansan directamente en su libertad de empresa puesto que trascienden de la dimensión del intercambio negocial²⁰⁰. Con todo, si fuera cierto que las normas sobre el comportamiento exigible en la empresa no son resultado del ejercicio del poder directivo y, por tanto, encontrasen su razón de ser última en el art. 38 CE, éstas incidirían con igual grado tanto sobre los trabajadores subordinados como sobre los autónomos e, incluso, podrían afectar a terceros ajenos a la empresa como a los simples visitantes de la misma. Sin embargo, no cabe duda de que únicamente los asalariados dependientes se ven compelidos por la disciplina de la empresa so pena de constituir su actitud un acto de desobediencia sancionable. Es decir, es al trabajador subordinado a quien se le puede imputar su incumplimiento y, en consecuencia, imponer la correspondiente medida disciplinaria, mientras que a aquellos otros no ligados con vínculos de dependencia a la dirección empresarial sólo cabría exigirle un eventual resarcimiento por los daños causados con su comportamiento²⁰¹.

De todo ello es deducible que para que una norma relativa a la disciplina en el lugar de trabajo sea vinculante es preciso que el trabajador resulte contractualmente obligado a respetar dichas disposiciones y que, además, el empresario concrete de manera específica una determinada orden de comportamiento, lo que en realidad puede traducirse como la necesidad de que el empleador ejercite de manera efectiva su poder

²⁰⁰ MONTUSCHI, L., *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Milano, 1973, p. 112 y VARDARO, G., «Il potere disciplinare giuridificato», en *Giorn.Dir.Lav.Rel.Ind.*, tomo I (1986), pp. 17-18,

²⁰¹ PERSIANI, M., *Contratto di lavoro...*, cit., p. 197.

de dirección²⁰². No cabe duda de que la ordenación de la convivencia puede observarse desde un plano general, como actividad de gestión para obtener determinados niveles de rendimiento y la máxima adecuación de la fuerza de trabajo a las exigencias organizativas. De hecho, estas disposiciones responden al interés empresarial de organizar o coordinar las prestaciones en función del fin perseguido. Pero ello se lleva a cabo a través de la ordenación de cada una de las prestaciones singulares. De modo que la facultad de designación de los deberes que se circunscriben en el ámbito de las relaciones de personal corresponde al empresario como prerrogativa derivada de su poder de dirección²⁰³ y, por ende, en virtud de la obligación de obediencia que constriñe al trabajador, éste debe observar las reglas de comportamiento que el empresario haya individualizado²⁰⁴.

2. Prerrogativas de carácter instrumental

La postura mayoritaria en nuestra doctrina ha configurado a la facultad de control empresarial y a las facultades disciplinarias como una parte más del amplio poder de dirección, sin embargo, a mi juicio se trata en realidad de prerrogativas patronales diferenciadas y dotadas de entidad propia. Son notables las conexiones que ligan cada una de éstas a la potestad de mando (tanto es así que se ha defendido la constitución de un «auténtico terreno híbrido»²⁰⁵ entre las funciones empresariales de dirección, control y sancionadora). En efecto, conforman un inestimable respaldo a la misma y actúan como garantía de efectividad de su ejercicio (en orden a la cierta materialización del contenido técnico de la orden impartida o al cumplimiento de ésta atendiendo a los criterios formales o cuantitativos determinados por la parte

²⁰² MARAZZA, M., *Saggio...*, cit., pp. 344-346. Valga simplemente enunciar en este momento, puesto que será objeto de desarrollo posterior, que estas reglas únicamente condicionan la conducta del trabajador cuando vengan justificadas por la naturaleza del trabajo prestado y no sean fruto de un uso abusivo o de una desviación de poder por parte del empresario, como pueden ser aquellas decisiones patronales que supongan una humillación o ataque a la dignidad del trabajador. Sobre estas cuestiones MONTOYA MELGAR, A., *El poder...*, cit., pp. 191 y GIL y GIL, J.L., «Poder directivo y apariencia externa del trabajador», en AA.VV. (Coord. Escudero Rodríguez, R.), *El poder...*, cit., pp. 115-117.

²⁰³ MONTOYA MELGAR, A., *El poder...*, cit., pp. 188-189. Entre la doctrina italiana, *vid.* CESTER, C., y MATTAROLO, M.G., *Diligenza e obbedienza del prestatore di lavoro (art. 2104)*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 364-367 y PERSIANI, M., *Contratto di lavoro...*, cit., pp. 196-201 (planteamiento reiterado recientemente en PERSIANI, M. y PROIA G., *Contratto e rapporto di lavoro*, 3ª ed., CEDAM, Padova, 2003, p. 102).

²⁰⁴ GARCÍA NINET, J.I., «El deber de obediencia...», cit., p. 860. Lo cierto es que desde ciertos sectores se manifestó que habría sido recomendable que en el texto estatutario se hubiera hecho mención expresa –en el art. 5 ET– a los deberes del trabajador hacia sus compañeros. *Vid.* SUÁREZ GONZÁLEZ, F., *Las nuevas relaciones laborales y la Ley del Estatuto de los Trabajadores*. Pirámide, Madrid, 1980. p. 120. Sin embargo, esto no habría sido en absoluto necesario desde la consideración de que tales deberes ya se encuentran implícitamente recogidos en el deber general de obediencia que reconoce tal precepto en su tercer apartado (previa intervención o mandato empresarial) y, en algunos casos, en el deber general de buena fe y diligencia.

²⁰⁵ CREMADES, B.Mª, *La sanción disciplinaria...*, cit., p. 118.

empresarial). Sin embargo, y aun aceptando dicha matriz instrumental que les es propia, no es posible reducir ambos poderes a simples corolarios del poder directivo o a prolongaciones del mismo, ni reconducir por completo su ejercicio a la satisfacción de los imperativos de la dirección de las empresas puesto que la función que desarrollan trasciende en determinados momentos a tal finalidad. Son evidentes los vínculos que les unen (repárese en que todos ellos persiguen la obtención de los fines empresariales interviniendo desde distintos campos de acción que con frecuencia interactúan e, incluso, invaden un espacio que no le es propio), pese a ello, es preciso ir más allá de los elementos de concordancia y abordar el sentido y naturaleza de cada uno de éstos.

A. Poder disciplinario

Comenzando por el atributo sancionatorio empresarial conviene anticipar que éste ha sido objeto de revisión continuada por parte de la doctrina iuslaboralista y que se aludirá al mismo de modo sucinto puesto que su análisis en profundidad iría más allá del propósito de estas páginas. No obstante, el estudio sobre el fundamento, contenido y alcance del poder de dirección quedaría incompleto si no se procediera a delimitar los nexos de unión y diferencias que recalcan en la relación existente entre ambos. Aunque no haya faltado una reconocida doctrina que ha sostenido una configuración unitaria, abordando analógicamente los poderes directivo y disciplinario como componentes de una misma realidad (identificando a la potestad sancionadora con la última fase en la ejecución del poder directivo y, en consecuencia, como un mero elemento adicional)²⁰⁶, no es novedosa su separación tomando en consideración la caracterización específica y problemática jurídica propia. Una posición doctrinal ampliamente extendida descarta, de este modo, que el contenido del poder de dirección comprenda las facultades sancionadoras como un elemento accesorio a la potestad de mando²⁰⁷.

Ello no obsta, en cualquier caso, para que se adviertan las apretadas ligaduras funcionales que los acercan como reflejo de las relaciones jerárquicas institucionalmente presentes en la empresa. No en vano, el ordenamiento jurídico no sólo ha atribuido al empleador la facultad de concretar y organizar la prestación debida, sino que, conjuntamente, le ha otorgado la potestad para castigar las infracciones cometidas conforme a la graduación de las mismas que ha sido previamente concretada. Y en esta dirección se articulan los mecanismos necesarios para ofrecer una respuesta

²⁰⁶ CRUZ VILLALÓN, J., «Poder de dirección...», cit., p. 237; MARTÍN VALVERDE, A., «El ordenamiento laboral...», cit., pp. 142-143; MAZZONI, G., *Le sanzioni disciplinari nella contrattazione collettiva*, Giuffrè, Milano, 1966, p. 7; DE VICENTE PACHÉS, F., «Las facultades empresariales...», cit., p. 22 y VALDÉS DAL-RÉ, F., «Poderes del empresario...», cit., pp. 31-32.

²⁰⁷ Vid., por todos, MONTOYA MELGAR, *El poder...*, cit., p. 113 y ROMÁN DE LA TORRE, M^a D., *Poder de dirección...*, cit., pp. 117 y 119-121.

rápida ante el incumplimiento contractual del trabajador, posibilidad que viene exigida en atención al correcto funcionamiento de la organización productiva²⁰⁸. Tal y como ha sido puesto de manifiesto, el poder directivo quedaría reducido a un «mero poder moral»²⁰⁹ de no haberse dotado también al empresario de la capacidad para sancionar los incumplimientos a las órdenes gerenciales²¹⁰. Se puede de relieve, así, la íntima conexión existente entre ambos poderes los cuales, en el común de las veces, entran en relación con visos de «complementariedad»²¹¹. En estas ocasiones los estrechos ligámenes que actúan como vías de comunicación entre las facultades directivas y las disciplinarias responden a la consideración de los mismos como compartimentos de un mismo bloque o, en otras palabras, como partes de una noción más amplia que las acoge (el poder de gestión patronal) cuyo fin último se encamina a la satisfacción del crédito empresarial. Precisamente, en algún momento se defendió que ambas prerrogativas empresariales tenían como soporte distintos fundamentos, aseveración que hoy mayoritariamente se entiende errada²¹². Para no redundar en un asunto tratado en las páginas anteriores, simplemente procedo a subrayar la posición previamente defendida, que tanto uno como otro gozan de la misma justificación y encuentran la razón de su existencia en el título jurídico del contrato de trabajo²¹³.

De cualquier manera, el hecho de que concurran en igual soporte o fundamento jurídico no puede conducirnos a excluir la emancipación de la potestad sancionadora respecto de las prerrogativas de mando ni a sostener que la relación que une a ambos

²⁰⁸ ALBIOL MONTESINOS, A., *El despido disciplinario y otras sanciones en la empresa*, Ediciones Deusto, Bilbao, 1990, pp. 17-18.

²⁰⁹ ALOSO OLEA, M. Y CASAS BAAMONDE, M^a.E., *Derecho del Trabajo*, 20^a ed., Civitas, Madrid, p. 390 y SPAGNUOLO VIGORITA, L., «Il potere disciplinare...», cit., p. 63.

²¹⁰ Acerca de la función instrumental o de apoyo al poder directivo que desempeña el poder sancionador, *vid.*, por todos, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *El poder disciplinario...*, cit, pp. 39-45, 175, 452-453 y 459.

²¹¹ En esta dirección, BORRAJO DACRUZ, E., *Introducción al Derecho del Trabajo*, 6^a ed., Tecnos, Madrid, 1989, p. 109. Destacaba PESSI la ligadura intrínsecamente funcional existente entre ambos poderes empresariales puesto que la actuación disciplinaria tiene lugar, eventualmente, únicamente cuando previamente se ha ejercitado el poder de dirección (*Contributo...*, cit. p. 78).

²¹² ARDAU, G., *I poteri discrezionali dell'imprenditore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1940, pp. 110-126, negaba la naturaleza contractual del poder sancionatorio del empresario «en quanto è un potere di *interesse* pubblico non soggetto quindi alla disponibilità privata» (p. 119).

²¹³ Entre otros, AA.VV (Coord. por Aparicio Tovar, J. y Baylos Grau, A.). *Autoridad y democracia...*, cit., p. 10 y CREMADES, B.M^a, *La sanción disciplinaria...*, cit., p. 99. Suscribo aquí el parecer de FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F, *El poder disciplinario...*, cit., pp. 140-141, cuando pese a destacar el enlace más tenue que une al poder disciplinario con el contrato (dado que su extensión y límite los marca la norma convencional), estima que dicha circunstancia no altera la naturaleza de tal facultad empresarial, nacida del contrato y, por tanto, legitimada por él. *Vid.* también a FERRANTE, V., *Potere e autotutela...*, cit., p. 94. Sobre esta cuestión se ha pronunciado DURÁN LÓPEZ, F., «Las garantías del cumplimiento de la prestación laboral», en *RPS*, núm. 123 (1979), p. 19. El autor comienza delimitando como elementos diferenciados el terreno de la *relación de trabajo* y el del *contrato de trabajo*, para concluir que el poder disciplinario vendría justificado por la posición subordinada del trabajador e integrado en el mundo de la producción. De modo que los poderes empresariales beberían de la fuente de la relación laboral y no así de los presupuestos de contrato. De la misma opinión, TERRADILLOS ORMAETXEA, E., *El poder disciplinario...*, cit., pp. 16-17.

poderes sea la de «accesoriedad»²¹⁴. En realidad, el ámbito objetivo del poder disciplinario viene perfectamente acotado en el art. 58.1 ET y constituye un límite a su posible ejercicio arbitrario: la reacción punitiva tiene como presupuesto inexcusable la existencia de un «incumplimiento contractual». Sin embargo, no todo procedimiento sancionador se pone en marcha como consecuencia de un acto de desobediencia ante el ejercicio empresarial de las prerrogativas de dirección. Se quiere con ello destacar que, del mismo modo que una deficiente observancia del contrato de trabajo no siempre es debida a la desatención por parte del trabajador de las órdenes del empleador, la función desempeñada por el poder disciplinario no puede quedar reducida a una mera labor de garantía del cumplimiento de las decisiones directivas del empresario. Dicho esto, no resta más que constatar que pese a existir entre ambas cierta vinculación teleológica²¹⁵, la técnica que ambas ponen en funcionamiento para la realización del objetivo pretendido las separa²¹⁶.

B. Las facultades de vigilancia y control

En el seno de la relación sinalagmática y desigual que une al empresario y trabajador emergen, en íntima conexión con la potestad de mando, las facultades de fiscalización sobre el trabajo realizado y el grado de cumplimiento de los mandatos del empresario. En realidad, entre todos los poderes empresariales, sin duda es éste el que se halla ligado con mayor intensidad al poder de dirección. Tanto es así que la rúbrica del precepto alude a la «dirección y control de la actividad laboral», hecho que tradicionalmente ha servido para argumentar a favor de la incardinación de las facultades de control dentro del poder directivo y su configuración como un simple *apéndice* del mismo. Lo cierto es que a través del ejercicio de esta potestad cobra sentido pleno el desarrollo de las funciones directivas. Partiendo de un análisis finalista de las facultades que habilitan a la vigilancia y control de la actividad laboral, resulta inexorable afirmar el inestimable sustento que proporcionan en orden a la consecución

²¹⁴ Posición defendida por FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., «Perfiles del poder disciplinario», en *TS*, núm. 63 (1996), p. 10, como consecuencia de la configuración del poder disciplinario como un recurso excepcional que intervendría únicamente como réplica ante un incumplimiento laboral mientras que el ejercicio de las facultades directivas precisarían de una adaptación y actuación constante en función de la realidad productiva existente en cada momento. Tal y como se ha hecho referencia en un momento anterior, en el contexto productivo y organizativo actual, la ejecución de la prestación puede no preciar de una intervención continuada de las prerrogativas de mando. Así pues, la forma ocasional en la que se manifiestan los poderes disciplinarios del empresario no pueden llevar a concluir su condición de simple accesorio de un poder directivo que puede manifestarse con la misma eventualidad.

²¹⁵ La función perseguida por dichas facultades patronales también viene unida al necesario mantenimiento del orden técnico-laboral en la empresa. En efecto, el poder disciplinario no sólo persigue una finalidad represiva o de castigo sino que, al tiempo, se comporta como una medida de prevención de futuros comportamientos ilícitos en el ámbito de la actividad laboral (*Vid. CREMADES, B.Mª, La sanción disciplinaria...*, cit., p. 118).

²¹⁶ TERRADILLOS ORMAETXEA, E., *El poder disciplinario...*, cit., pp. 20 y 22.

de la pretensión empresarial canalizada a través de los mandatos cursados por la dirección. Por tanto, será la comprobación del efectivo cumplimiento de las obligaciones laborales o de su inobservancia la que permita que las prerrogativas empresariales de mando se ejecuten de manera real y no meramente ficticia.

Ahora que, si bien de manera originaria y prácticamente sin discusión se configuraban como una faceta más del poder directivo²¹⁷, desde fechas relativamente recientes se ha procedido desde ciertos sectores al estudio autónomo de las facultades fiscalizadoras, probablemente fruto de la progresiva adquisición, por parte de las cuestiones referentes al empleo patronal de las facultades de vigilancia y a la legitimidad de su ejercicio, de mayor relevancia jurídica y práctica²¹⁸. No son nuevos los recelos del sector obrero hacía un poder que permite a la contraparte contractual realizar un seguimiento de los más diversos elementos que intervienen en el desarrollo de la prestación de trabajo. Sin embargo, si algo ha variado respecto a épocas precedentes ha sido, entre otras muchas circunstancias, la disposición empresarial de los más modernos instrumentos de vigilancia que han provocado que el alcance de las decisiones de control en el lugar de trabajo sea una de las cuestiones de mayor litigiosidad²¹⁹.

²¹⁷ Sin ánimo exhaustivo, puede mencionarse en esta postura a APILLUELO MARTÍN, M., «Contornos de control empresarial de la intimidad del trabajador ante las nuevas tecnologías y a la luz de la doctrina judicial», en *AS*, núm. 4 (2003), p. 768; CRUZ VILLALÓN, J., «Poder de dirección...», cit., p. 235; DE VICENTE PACHÉS, F., *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, CES, Madrid, 1998, principalmente en las pp. 298-299; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F., *El poder disciplinario...*, cit., p. 329; GOÑI SEIN, J.L., *El respeto a la esfera privada del trabajador: Un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*, Civitas, Madrid, 1988, p. 111; LUQUE PARRA, M., *Los límites...*, cit., pp. 31-37; MARTÍN VALVERDE, A., «El ordenamiento laboral...», cit., pp. 142-143; MARTÍNEZ ROCAMORA, L.G., *Decisiones empresariales...* pp. 41-42 y 44-46; MIÑARRO YANINI, M., «Límites a las facultades empresariales de vigilancia y control», en *TS*, núm. 158 (2004), pp. 7-14; MONTOYA MELGAR, *El poder...*, cit., pp. 141-143 y 153; RODRÍGUEZ PIÑERO, M., «Derecho a la intimidad del trabajador y contrato de trabajo», en *Diario La Ley*, núm. 6033 (2004) ref. D-127, p. 2; SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., «Teletrabajo y poder de dirección: el control a distancia», en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, cit., pp. 941-955; VALDÉS DAL-RÉ, F., «Poderes del empresario...», cit., pp. 31-32.

²¹⁸ De hecho, la constatación de los cambios sucedidos en el poder de control y vigilancia, así como del constante incremento de su intensidad, ha servido a parte de la doctrina como argumento para defender la escisión que se habría producido entre éste y el poder directivo (*vid.* MARÍN ALONSO, I., *El poder de control empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 181).

²¹⁹ La aparición de las nuevas tecnologías de comunicación e información y su empleo en el centro de trabajo no ha modificado la naturaleza del poder de verificación de la actividad laboral, pero sí ha alterado el modo en que éste se manifiesta. La sustitución de los medios o procedimientos tradicionales de control por los más heterogéneos sistemas técnicos tales como la monitorización de ordenadores, videocámaras, micrófonos, videoconferencias, *webcams*, redes digitales, etc., ha propiciado un seguimiento de la actuación del trabajador que, al llevarse a cabo de modo poco más o menos imperceptible o invisible para el vigilado, hace prácticamente inevitable la intrusión en determinados espacios reservados a la intimidad del trabajador. Esto provoca que de manera incesante sean puestos en tela de juicio los parámetros o presupuestos de legitimidad constitucional de las decisiones controladoras del empresario. Desde otra perspectiva, y también como detonante del auge que ha experimentado el ejercicio de este poder, es oportuno reseñar la impronta de los cambios producidos en la organización

Reducir su contenido a un mero integrante del poder de dirección sería una desafortunada simplificación de una realidad mucho más compleja²²⁰. Es cierto que el cometido principal de las prerrogativas de vigilancia y control se dirige a verificar la correspondencia entre la actuación y comportamiento del asalariado y las directrices de mando patronal (y es en este sentido en el que cabe concebir su inserción en el contenido del poder directivo). Sin embargo, también es verdad que su función no se circunscribe a la confrontación del grado de seguimiento por la fuerza de trabajo de las órdenes e instrucciones impartidas. El empleador, en virtud esta prerrogativa reconocida legalmente, podrá controlar «el cumplimiento total de las obligaciones, o mejor de la prestación de trabajo de todos y cada uno de los trabajadores en todas y cada una de sus facetas de ejecución»²²¹.

Y es que, en mi opinión, si bien de la distinción conceptual entre los términos legales de *vigilancia* y *control* no se derivarían mayores consecuencias para el estudio del régimen jurídico de la mencionada prerrogativa empresarial, se propone traer a colación el esfuerzo delimitador llevado a cabo por la doctrina para que sirva de apoyo a la línea que se está defendiendo. No cabe ignorar que ambos términos se refieren indistintamente a la supervisión del trabajador durante su actividad de trabajo, sin embargo, la concreción del puntual contenido de cada uno de ellos no se circunscribe estrictamente al plano lingüístico. En términos generales la mayoría de la doctrina ha convenido que la *vigilancia* alude a la mayor continuidad en la labor de verificación, dirigiendo su atención a la prestación laboral que se ejecuta dentro de los márgenes de actuación del poder directivo, mientras que el *control* implicaría un seguimiento de menor intensidad al circunscribirse al esquema diseñado inicialmente para la obtención del máximo rendimiento²²². Como consecuencia de ello, la existencia de un control gerencial no necesariamente implica la realización de una vigilancia. Piénsese, por ejemplo, en algunas modalidades de trabajo donde el cotejo de la actividad laboral se lleva a cabo en contadas ocasiones, o bien se ciñe al momento del resultado (como puede suceder en el trabajo a distancia y en la prestación de servicios de los representantes de comercio o de los altos cargos).

productiva sobre el mundo jurídico laboral y, como podrá preverse, sobre la fiscalización patronal de la prestación laboral. En este sentido, puede aseverarse que las altas dosis de flexibilidad y dinamismo de las estructuras actuales han favorecido el ensanchamiento de las facultades controladoras constituyendo así un severo riesgo para los derechos de la persona del trabajador.

²²⁰ Así lo defiende ROMÁN DE LA TORRE, M^a.D., *Poder de dirección...*, cit., p. 119.

²²¹ GARCÍA NINET, J.I., «Artículo veinte...», cit., p. 164.

²²² Así en GOÑI SEIN, J.L., *El respeto...*, cit., p. 110-111. En igual sentido, MARTÍNEZ ROCAMORA, L.G., *Decisiones empresariales...*, cit., p. 44 y DEL VALLE VILLAR, J.M., «El derecho a la intimidad del trabajador durante la relación de trabajo», en *AL*, vol. III (1991), p. 492.

Dicho lo cual, el ejercicio de dichas facultades empresariales no se limita únicamente a la comprobación de la adecuación del comportamiento del trabajador al conjunto de órdenes e instrucciones dadas, sino que puede llegar a abarcar otros extremos de ámbito más genérico, pero igualmente importantes para el devenir de la actividad productiva. Así pues, son elementos controlables: los deberes que vinculan al trabajador como resultado de la puesta en marcha de las facultades de dirección empresarial pero, conjuntamente, también aquellos relacionados con la ejecución de la prestación y derivados del contrato de trabajo (tales como desempeñar diligentemente la actividad laboral o adoptar las debidas medidas de seguridad e higiene en el trabajo).

En esta dirección conviene traer a colación que el ejercicio de las facultades de control y vigilancia en ocasiones aparece ligado a facultades de cariz organizativo o disciplinario del empresario²²³ y que, volviendo sobre lo anterior, las labores de fiscalización se extienden sobre planos relacionados entre sí pero forzosamente diferentes sin que quepa una concepción restrictiva de dicho poder que lo reduzca a una más de las manifestaciones del poder de dirección. Ahora bien, el ámbito sobre el que se circunscribe su actuación viene delimitado por la propia deuda de trabajo. No obstante, parte de la doctrina ha defendido la presencia de una segunda dimensión de carácter extracontractual en la capacidad fiscalizadora del empleador²²⁴. En virtud de esta concepción amplia, formaría parte del ejercicio del poder de vigilancia toda aquella «actividad institucionalizada destinada a adquirir información de utilidad para el

²²³ En este contexto, el control de la actividad productiva presta un conveniente apoyo al desarrollo de las facultades disciplinarias. Es cierto que la actuación sancionadora no ha de contar necesariamente, para poder castigar infracciones contractuales de los trabajadores, con el resultado de una investigación o control previo. Nada impide al empresario imponer una sanción cuando ha tenido conocimiento de actuaciones incorrectas, no por la fiscalización patronal de la actividad laboral que se haya podido llevar a cabo, sino por cualquier otra vía. Con todo, no puede negarse que la realización de labores de comprobación puede representar una lógica premisa inicial a la imposición de las debidas sanciones en caso de incumplimiento, de modo que la información obtenida sobre comportamientos desviados o inadecuados del empleado en el desempeño de sus funciones actuará como desencadenante del ejercicio de las facultades sancionadoras. En suma, también en estos supuestos el poder de control está estrechamente relacionado con el poder disciplinario al intervenir como presupuesto de su puesta en funcionamiento y si esto es así, los argumentos que ha venido justificando la integración de las facultades de control en el poder directivo servirían de igual manera para incorporarlas en el contenido del poder disciplinario, circunstancia que únicamente cobraría sentido si también defendiésemos una estructura totalizadora del poder de dirección que abarcara todas aquellas prerrogativas puestas a disposición del empresario (y entre ellas, las sancionadoras de comportamientos indebidos), circunstancia que ya ha quedado previamente descartada. Ésta, en realidad, era la tesis de ARDAU. Una particular reconstrucción del poder empresarial puede verse en *I poteri discrezionali...*, cit., especialmente en las pp. 65-66 y 110 donde se defiende la existencia de dos grandes potestades empresariales, la jerárquica y la disciplinaria. Así pues, mientras que en la primera estarían incluidas las funciones directiva y organizativa, la potestad disciplinaria englobaría a la función punitiva y a la genérica de vigilancia y control. A su vez, dicho autor defiende que la potestad disciplinaria es, en cierto sentido, parte integrante de la jerárquica.

²²⁴ GHEZZI, G. y ROMAGNOLI, U., *Il rapporto di lavoro*, cit., p. 218; ICHINO, P., *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1979, pp. 77 y 118-140 y ROMÁN DE LA TORRE, M^a D., *Poder de dirección...*, cit., p. 120.

empleador en el contexto de la organización productiva»²²⁵. Las funciones de vigilancia irían, pues, más allá del ámbito puramente *obligacional* de la relación laboral, desenvolviéndose en un espacio más extenso en el que no se atiende al trabajo realizado sino, más bien, a la adecuada marcha de determinados objetivos de índole técnico-organizativo, entendidos en un sentido amplio, que también se dirigen a satisfacer el interés crediticio del empleador. Sin embargo, la extensión de dicho poder empresarial nos conduciría, *v. gr.*, a incluir dentro del ámbito de mismo a las indagaciones llevadas a cabo sobre la persona del trabajador para conocer si sus cualidades se corresponden con las exigidas por la empresa en un proceso de selección. Pero si la información recopilada mediante test psicológicos, entrevistas o datos informatizados fueran el resultado de dicho poder de control, estaríamos atribuyendo al empresario un poder sobre una persona que todavía no forma parte del estrato laboral de la empresa. Resulta más acertado, en verdad, circunscribir el ámbito legítimo sobre el que se proyectan las facultades empresariales de vigilancia y control al comportamiento del trabajador que tiene su efecto lógico sobre la prestación de trabajo de acuerdo a las obligaciones y condiciones derivadas de su contrato.

Con ello no se pretende ocultar que el desempeño habitual de este poder con frecuencia llega a desbordar el cumplimiento de la prestación debida y es ciertamente proclive a invadir un espacio garantizado por los derechos de la persona del trabajador²²⁶. Diariamente se asiste a un desplazamiento de poder a favor del empleador a través del progresivo allanamiento de las posibilidades de fiscalización empresarial, debido en gran medida a la amplia gama de posibilidades que alberga el actual contexto tecnológico y a la laxa interpretación jurisprudencial tanto del precepto estatutario como de las exigencias del principio de proporcionalidad²²⁷. Sin embargo, no resulta difícil convenir que una desajustada práctica empresarial y judicial no puede servir de punto de partida para ampliar el ámbito sobre el que debidamente se ha de proyectar el poder patronal.

Las restricciones jurídicas que sujetan las funciones de fiscalización nos conducen, en primer lugar, al estudio del art. 20.3 ET que limita las tareas fiscalizadoras en la empresa a la mera verificación «del cumplimiento por el trabajador de sus

²²⁵ En palabras de MARTÍNEZ FONS, D., *El poder de control del empresario en la relación laboral*, CES, Madrid, 2002, p. 43.

²²⁶ Tal y como ya lo había constatado hace algunos años GOÑI SEIN en su obra *El respeto...*, cit.

²²⁷ Me permito remitir sobre este tema a las reflexiones de GOÑI SEIN en «Los criterios básicos de enjuiciamiento constitucional de la actividad de control empresarial: debilidad y fisuras del principio de proporcionalidad», en *RDS*, núm. 32 (2005), pp. 79-102, donde el autor da cuenta de las carencias del principio de proporcionalidad para tutelar la dignidad e intimidad de los trabajadores y hacer frente a los nuevos factores de riesgo que implican la introducción de las nuevas tecnologías en los sistemas de producción.

obligaciones y deberes laborales», cuestión que no es intrascendente ya que si el legislador hubiera querido dar cabida a un control empresarial más exhaustivo que abarcara ciertos aspectos ajenos al ejercicio de la actividad laboral convenida, hubiera empleado diferentes términos a la hora de configurar legalmente tales facultades. Igualmente, aunque el tercer apartado del art. 20 ET autorice el empleo de los medios de vigilancia y control que se «consideren más oportunos» en aras a supervisar la efectiva adecuación de los asalariados a su deberes contractuales, esto no implica una libre disposición de los sistemas de control en manos empresariales puesto que ha de tomarse en consideración, en todo caso, a la dignidad del trabajador tal y como anuncia el mismo precepto²²⁸. Es innegable que la amplitud de la norma estatutaria y la ausencia en la misma de criterios legales que faciliten la identificación de los rasgos delimitadores del mencionado poder empresarial, constituye una seria amenaza para el derecho a la intimidad, al honor, a la propia imagen o al secreto de las comunicaciones, derechos también presentes en el espacio empresarial y para los que se demanda una merecida tutela frente al muchas veces extralimitado ejercicio de las facultades de vigilancia y control. No obstante, pese a los discutidos y ciertamente discutibles términos con los que se expresa el precepto que se estudia, no cabe concluir que a resultas del mismo queden los derechos inherentes a la persona del trabajador en un estado de completa vulnerabilidad, desprovistos de total protección frente al poder fiscalizador patronal. No es novedoso el recurso por parte del TC del principio de proporcionalidad como criterio determinante en la valoración de las limitaciones patronales a los derechos fundamentales del trabajador y, en consecuencia, de plena aplicación también en este ámbito. Aunque, si se descendiese a supuestos concretos, tuviera que constatarse cómo en no pocas ocasiones el recurso a la doctrina proporcional se reduce a una mera invocación formal sin que se entre a valorar las

²²⁸ La referencia aislada a la dignidad como elemento de restricción a la disponibilidad controladora del empresario no excluye, como es lógico, un inexcusable respeto al resto de los derechos inherentes a la persona del trabajador por parte de las decisiones patronales encaminadas a obtener datos referentes al grado de cumplimiento de las obligaciones laborales (*Vid.* FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A., *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003, p. 34.). Además, no conviene olvidar que la fórmula empleada en el texto estatutario, plasmada en la exigua y pobre mención al derecho que ampara el art. 10 CE, ha sido ampliamente criticada por la doctrina que la ha considerado claramente insuficiente (resulta imprescindible la referencia a GOÑI SEIN, J.L., *El respeto...*, cit., pp. 26-28). De hecho, una mirada al terreno de la praxis podrá evidenciar que a menudo no ha sido un criterio hábil para solventar los crecientes problemas existentes en este ámbito. Aunque la condición de la dignidad como elemento inviolable frente a las potestades de control haya sido reconocida por la jurisprudencia de manera generalizada (STS 2 enero 1995, RJ/3669), con carácter general, los tribunales se han hecho escaso eco de la exigencia al respeto de la dignidad como criterio delimitador del poder de control (como muestra de esta interpretación restrictiva por parte de la jurisprudencia sirva la STS 19 julio 1989, RJ/5878, cuando señala que «el respeto de ese valor básico, dentro del que se ha de desenvolver la relación jurídico-laboral, no ha de anular, como es obvio, el derecho de vigilancia que, por preceptiva estatutaria también, incumbe al empresario»).

circunstancias que rodean el caso, requisito imprescindible a efectos de efectuar una correcta estimación judicial de la licitud de la medida empresarial²²⁹.

3. Instrumentos de ejercicio

A través de los más variados y heterogéneos mecanismos se ha procedido tradicionalmente a requerir del trabajador el cumplimiento de la prestación que se concertó voluntariamente por las partes en los límites que normativa y contractualmente correspondan. Dejando por ahora la individualización de las modalidades a través de las cuales el empresario dirige y ordena las singulares relaciones laborales, conviene no pasar por alto que la obligación de obediencia que asume el trabajador en el contrato puede encontrar como fuente los mandatos que, de modo puntual y dirigidos *ad personam*, emplazados en el terreno de una concreta relación de trabajo subordinado, sean impartidos por el empresario o sus colaboradores. Pero, del mismo modo, también nace este deber de acatar las directrices empresariales de las órdenes o de las instrucciones que, incardinadas en una dimensión colectiva, tengan como destinatarios un grupo más o menos amplio de trabajadores. Lo que se pretende poner de manifiesto es que estas directrices o reglas que podríamos calificar de abstractas pero igualmente imperativas, agrupadas habitualmente en un único documento empresarial (anteriormente formando parte del contenido más amplio de los reglamentos de régimen interior y hoy en día del de los códigos de conducta) y dedicadas a regir determinados aspectos de la actividad productiva de los dependientes afectados, conforman también instrumentos de expresión del poder directivo del empresario.

3.1. Órdenes e instrucciones

Dirigiendo nuestra atención a los términos en los que viene recogida en la ley la facultad para dictar disposiciones relativas a la ejecución del trabajo, las prerrogativas empresariales de dirección podrán desempeñarse a través de la emisión de «órdenes e instrucciones» (art. 5, *c* y 20. 2 ET), mediante las cuales se organiza internamente la actividad productiva. Ambas, expresión del carácter conminatorio de las funciones directivas, canalizarán las directrices atinentes, tanto al modo de adecuar la prestación debida por el trabajador a los intereses empresariales, como a la disciplina en el trabajo, teniendo como marco lo establecido en el contrato. Partiendo, pues, de esta idea, habrá

²²⁹ Vid. GÁRATE CASTRO, J., «Proceso laboral y reproducción, como medio de prueba, de imágenes, sonido, palabras y, en general, datos obtenidos a través del recurso de aparatos proporcionados por las nuevas tecnologías», en AA.VV. (Dir. Souto Prieto, J.), *Problemas críticos del proceso laboral*, CGPJ, Madrid, 2004, p. 489.

que pensar que de lo que se trata es de una potestad cuasinormativa, indispensable para la gestión técnica de la producción, que en la actualidad se cumple a través de los más variados tipos de comunicados (de carácter personal o escrito), acuerdos, avisos, circulares internas, notas de régimen interno o de servicio, o tal y como se tratará de justificar a continuación, mediante los códigos de comportamiento ético empresarial. Y a través de los más variados modos que se empleen para hacer llegar la voluntad del empresario a los asalariados destinatarios de la misma (mediante los tablones de anuncios en los lugares de trabajo, sirviéndose de la comunicación verbal e inmediata o de la entrega directa a los interesados del documento, con el envío del mismo por medio de los distintos medios tecnológicos e informáticos disponibles en la empresa, etc.).

Dentro de un vasto campo de actuaciones posibles y relativos intereses, la exigencia empresarial tocante a cuestiones como, entre otras, el tiempo y lugar de trabajo, las peculiaridades de la prestación laboral o la forma en que ha de llevarse a cabo, conforman el contenido de los mecanismos de mando empresarial y, como tales, suscitan un auténtico deber de obediencia en sus destinatarios al tener que ser puntualmente cumplidos por éstos. Y, sobre este asunto huelga precisar que la observancia debida por el asalariado se ciñe a lo dispuesto por el empresario en ejercicio de su poder directivo, esto es, a las órdenes e instrucciones que de él emanan, sin que pueda servir de justificación a la imposición de una medida disciplinaria la contravención de meras pautas o indicaciones carentes de valor imperativo.

Dicho lo cual, interesa señalar cómo, a mi juicio, resulta nimia la indagación en una taxonomía de los términos empleados en la norma estatutaria puesto que se está en todo caso ante dispositivos de mando empresarial mediante los que se lleva a cabo la ordenación de la prestación de la contraparte contractual. En este sentido, hay que manifestar que la obediencia actúa como respuesta a la voluntad de quien tiene la capacidad de mando, de modo que, tanto la *orden* como la *instrucción* no son más que una declaración de voluntad empresarial, ya sea positiva o de carácter prohibitivo²³⁰, que comporta en el otro sujeto la adopción de un comportamiento determinado²³¹. O lo que es lo mismo, tanto si el empleador impone una taxativa conducta, como si impide la

²³⁰ «Sarebbe impensabile e contrario alla natura di questi rapporti un comportamento dell'obbligato che sia *sempre e soltanto* omissivo», PANUCCIO, V., *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*, Giuffrè, Milano, 1965, p. 114.

²³¹ Como ya se ha indicado, el sujeto titular del poder directivo desempeña la labor de especificar la prestación laboral y optar, facultativamente aunque con atención a los márgenes establecidos normativa o contractualmente, entre varios modos de actuación, elementos cualitativos y cuantitativos que han de regir la actividad laboral. En ulteriores momentos, sin embargo, la actuación directiva empresarial puede traducirse en la posibilidad de modificar (si bien levemente) los términos de la orden previamente emitida a través de la imposición de una modalidad accesoria o condiciones diversas a las que se habían determinado, empleando lo que podría denominarse *contraorden* como vehículo de la nueva y contrapuesta declaración de voluntad empresarial.

realización de específicos comportamientos, el contratante «fuerte» de la relación laboral se está sirviendo de los instrumentos que el ordenamiento pone a su disposición a fin de que éste haga prevalecer sus intereses. Ambas, órdenes e instrucciones, constituyen un medio idóneo con el que pueda hacerse encajar la prestación del trabajador y su comportamiento al procedimiento que el empresario estima más oportuno para alcanzar su fin económico y social. Ahora bien, si quisiéramos diferenciarlos, podría decirse que la *orden* se define como el mecanismo a través del cual se expresa el poder directivo en el sentido más estricto, concretando los diferentes aspectos de la relación laboral individualmente, esto es, para cada trabajador o grupo de trabajadores. La genérica obligación del dependiente en el devenir de la relación laboral adquiere naturaleza específica al tener que efectuar o abstenerse de realizar un determinado acto tal y como establecen los términos de la orden particular de la que ha sido destinatario. Las segundas, por el contrario, aluden al establecimiento genérico de un encargo o directriz técnica y a las líneas de comportamiento a las que debe adecuarse la plantilla en función de los términos bajo los que se desenvuelve su concreta relación laboral.

De este modo, puede apuntarse que existe un doble hecho que determina la diferencia entre órdenes e instrucciones: la falta de especificidad que atenaza a estas últimas en su contenido (modo, momento o lugar de ejecución), y en su ámbito subjetivo de aplicación²³². No se trata de un variable campo de ejercicio del poder directivo que se manifiesta más o menos amplio en virtud de que la decisión que haya tomado sea una orden o instrucción, ya que la extensión de las potestades empresariales no se ven afectadas por la elección del medio de transmisión de su voluntad. Son los mayores márgenes de operatividad de los que dispone la persona destinataria de las instrucciones los que constituyen el hecho diferencial. Con esto no se quiere hacer significar que el ámbito de actuación de dichos instrumentos venga delimitado por la naturaleza del vínculo o de la relación existente entre las partes. Es decir, no se pretende indicar que las órdenes sean cursadas en la relación de dependencia y las instrucciones, dada la mayor iniciativa en la ejecución de la prestación que otorgan al trabajador, sean impartidas en espacios de autonomía²³³. Ambas, órdenes e instrucciones, son las vías a través de las cuales se canalizan las decisiones de quien tiene el poder para determinar la modalidad de ejecución de la actividad en un escenario heterónomo de prestación de

²³² Tal y como afirma MARTÍNEZ ROCAMORA, la determinación de quienes sean los destinatarios del instrumento de mando empleado por la dirección no altera la naturaleza directiva del mismo puesto que tanto las órdenes como las instrucciones «se concretan en un deber contractual de obediencia», (*Decisiones empresariales...*, cit., p. 42-43).

²³³ En esta línea se había pronunciado PANUCCIO, V., *Le dichiarazioni...*, cit., pp. 130-139, al señalar que «il rapporto sottostante all'ordine è, invece, come si è visto, rapporto di subordinazione, mentre il rapporto sottostante all'istruzione è di coordinazione e cooperazione». Es decir, la diferencia entre órdenes e instrucciones no sería otra que la existente entre trabajo subordinado y autónomo.

trabajo. Así pues, no resulta conveniente ligar el poder jurídico de dictar instrucciones a la naturaleza del nexo de unión entre los contratantes ni mucho menos excluirlo de las relaciones de carácter subordinado. A diferencia de las órdenes, que exigen al trabajador ajustar su comportamiento a los términos de la decisión tomada, las instrucciones no requieren de sus destinatarios una actuación concreta o exacta, pero igualmente mantienen intacta su imperatividad. De modo que el conjunto de la actividad del asalariado deberá ser acorde y dirigirse a cumplir lo prescrito en la instrucción dada.

Una vez establecidos los criterios que permiten identificar los instrumentos mediante los que se manifiesta las facultades de mando empresarial, conviene precisar que no siempre lo que comúnmente es denominado como *instrucción* es merecedor de incluirse en el tenor de los preceptos estatutarios que se vienen estudiando. De forma habitual se hace referencia a la facultad instruccional como aquella que se encarga de la organización global del conjunto de elementos que componen la unidad empresarial. Así, aquellas decisiones concernientes a la estructura técnica que acoge la entidad organizativa y al régimen de prestación de servicios en su conjunto (número de trabajadores, clasificación de los mismos en grupos o categorías profesionales, normas relativas a la calidad y a la imagen exterior de la empresa, etc.), quedan en realidad excluidas del ámbito de actuación del poder directivo empresarial²³⁴. Éstas constituyen una expresión de la libertad de gestión que la norma constitucional reconoce al empresario²³⁵, de modo que, frente a la facultad estatutaria de dictar instrucciones encajadas en la órbita del poder directivo, el empresario cuenta con la posibilidad de impartir ciertas reglas o instrucciones relativas a las condiciones esenciales del contrato de trabajo y que, en suma, son empleadas como instrumentos de transmisión de decisiones adoptadas en ejercicio de otros poderes empresariales distintos del de dirección patronal.

²³⁴ De hecho, una acreditada doctrina ya puso de manifiesto que el precedente de dichas instrucciones generales había de situarse en los antiguos reglamentos de régimen interior, suprimidos del ordenamiento jurídico tras la derogación en el ET de 1980 de las normas que habilitaban su elaboración. En este sentido, PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, cit., p. 530. Recuérdese que los arts. 15-19 de la Ley de Reglamentaciones de Trabajo de 1942 y el art. 22 LCT recoge la obligación de las empresas que ocuparan al menos cincuenta trabajadores fijos de redactar un reglamento de régimen interior donde se habría de consignar «además de las peculiaridades propias del régimen de la explotación, taller o fábrica», las disposiciones relativas a la organización y jerarquía en el trabajo, las condiciones de trabajo «en cuanto a los locales en que se realiza; orden que debe guardarse en los mismos; entrega y manejo de materiales, máquinas e instrumentos de trabajo...», añadiendo como cláusula de cierre que el reglamento haría mención a todo aquello que resultara conveniente para mantener, dentro de la comunidad de intereses que constituía la empresa, la lealtad recíproca que se deben las partes. Lo cierto es que a pesar de dicha supresión, nada impide actualmente al empresario dictar códigos de conducta equivalentes a los mencionados reglamentos (carentes, como podrá suponerse, de la naturaleza normativa que albergaban aquéllos), instrumentos que se mueven con soltura en el marco que les dispensa el actual espacio normativo y eluden la preceptiva aprobación de la Administración laboral a la que debían someterse los anteriores reglamentos.

²³⁵ ROMÁN DE LA TORRE, M^a D., *Poder de dirección...*, cit., p. 108.

3.2. Intervención de los códigos de conducta en la dirección empresarial

La irrupción de los códigos de conducta en el escenario empresarial ha sido objeto de numerosos estudios doctrinales que han abordado este fenómeno desde las más variadas perspectivas. Factores como la internacionalización de las empresas, el auge de las inversiones en el exterior y la deslocalización industrial que habitualmente acompañan al proceso de globalización económica²³⁶, junto con el impacto de los avances informáticos tanto en el terreno productivo como en el laboral o financiero y la consiguiente tendencia a la flexibilización del mercado laboral (transmutado ya en un «sistema flexible»)²³⁷, han propiciado el incremento en las posibilidades de autorregulación, especialmente en las empresas de estructura compleja²³⁸. Así, se atribuye la común denominación de *código de conducta* al documento redactado voluntariamente por una empresa en el que se recoge una declaración expresa de la política, los valores o los principios que han de inspirar el comportamiento de la compañía y sus componentes. Y, a la par, ocurre que estas nuevas formas de articulación y exteriorización del poder empresarial, creadas al albur de los nuevos espacios otorgados a la libertad empresarial y contractual, han actuado transformando o disgregando «fáctica o jurídicamente el ejercicio del poder de dirección»²³⁹. El más que notorio protagonismo que están alcanzando estos dispositivos de regulación empresarial en los últimos años se debe en gran parte, como se verá a continuación, a que han llegado a conformar una alternativa evolucionada a otros instrumentos de gestión empresarial más tradicionales pero también aquejados de mayor rigidez y burocracia.

²³⁶ Vid. las reflexiones de BAYLOS GRAU, A., «Globalización y derecho del trabajo: Realidad y proyecto», en *CRL*, núm. 15 (1999), pp. 23-27 y SASTRE IBARRECHE, R., «Deslocalización de empresas (reflexiones desde la perspectiva iuslaboral)», en *RDS*, núm. 32 (2006), p. 11.

²³⁷ VALDÉS DAL-RÉ, F., «Poder normativo del Estado y sistema de relaciones laborales: menos derechos pero más derecho y desigual», en *RL*, vol. II (2000), p. 39.

²³⁸ Como simple ejemplo de lo enunciado puede traerse aquí a colación, por significativo, el efecto que sobre la autorregulación de las empresas y el desarrollo de las prerrogativas de mando de sus dirigentes han tenido los procesos de deslocalización. No es posible soslayar que la tendencia a la ordenación empresarial a través de códigos de conducta en aquellas organizaciones que tienen su empresa matriz en un país industrializado y la producción en otros en vía de desarrollo, favorece la expansión de sus capacidades negociadoras y de dirección cuyos límites no alcanzan a condicionar a las normas impuestas a los trabajadores en estos Estados de desarrollo. En el seno de las empresas mundializadas, cada vez con mayor frecuencia se detecta la elaboración de dichos códigos donde se definen las conductas deseables y evitables por todos los miembros que componen la plantilla, independientemente del país donde estén localizados los centros de trabajo que pertenecen a la compañía. De este modo, la dirección central en la empresa principal, autora de dicho código, asienta y expande su poder hegemónico sobre todas sus filiales que serán dependientes de las decisiones adoptadas de modo centralizado por la sede principal de la empresa transnacional [Vid. MERINO SEGOVIA, A., «La definición de las cualidades morales y éticas de los trabajadores de la empresa de dimensión transnacional: los códigos de comportamiento ético y profesional», en *RDS*, núm. 31, (2005), p. 90].

²³⁹ RODRÍGUEZ PIÑERO, M., en la presentación a la obra colectiva *El poder...*, cit., p. 3.

A. Tipología

Son variadas las clasificaciones en distintas categorías que de estos instrumentos atípicos de regulación se han venido realizando²⁴⁰. La gran parte de los códigos de conducta elaborados en los últimos años se circunscriben en el ámbito de la RSC. La empresa se ha visto inmersa en un proceso de mayor libertad y liderazgo social que ha creado, a su vez, crecientes expectativas en la sociedad respecto a su actuación en los más variados ámbitos. Al contexto señalado responde la elaboración, más o menos explícita o sistemática, de concretas normas de comportamiento aplicables en el espacio empresarial. Se trata, en definitiva, de una declaración pública de intenciones que recoge el compromiso de respetar un contenido ético en la producción de bienes y servicios, así como de garantizar determinadas condiciones de trabajo en el marco del comercio internacional.

A estos mecanismos de gestión se les atribuye una ventaja fundamental, la de promover conductas deseables y disuadir de la realización de otras, extendiendo su aplicación al espacio real de actuación empresarial, sin verse limitados por las fronteras nacionales²⁴¹. Sin embargo, un nutrido número de estudios han revelado el limitado alcance de estos códigos autorreguladores o *internos*. Hasta la fecha se han mostrado insuficientes debido, principalmente, a la ausencia de una auténtica voluntad política que trate de fomentar un común denominador de derechos sociales y a la falta de interés de las grandes empresas para quienes estas fórmulas atípicas de regulación son, a menudo, una «mera estrategia mercantil», «recurso estratégico» o una «buena campaña mediática»²⁴². La frágil exigibilidad jurídica, su condición reversible y la falta de intervención de los interlocutores sociales en su elaboración han caracterizado tradicionalmente a estos instrumentos consustancialmente voluntarios por venir

²⁴⁰ Vid. MERINO SEGOVIA, A. y RENTERO JOVER, J., «Fórmulas atípicas de regulación de las relaciones laborales en la empresa transnacional: códigos de conducta y buenas prácticas», en AA.VV. (Coord. Baylos Grau, A.), *La dimensión europea y transnacional de la autonomía colectiva*, Bomarzo, Albacete, 2003, pp. 274-278.

²⁴¹ GARCÍA MARZÁ, D., *Ética empresarial. Del diálogo a la confianza*, Trotta, Madrid, 2004, p. 247.

²⁴² PERULLI, A., *Diritto del Lavoro e Globalizzazione: clause sociali, codici di condotta e commercio internazionale*, Cedam, Padova, 1999, p. 300 y SASTRE IBARRECHE, R., «Algunas claves...», cit., p. 196. Ante este escenario han sido insistentes las reivindicaciones de las organizaciones sindicales en cuanto a la caracterización de este tipo de código de conducta como instrumento meramente provisional a la espera de la necesaria traslación de los principios de responsabilidad social del mundo empresarial al campo normativo de carácter legal y convencional. En esta dirección, apuntaba la Resolución aprobada por el Comité Ejecutivo de la CES, sobre «Corporate Social Responsibility», Bruselas, 9-10 de junio de 2004, que el viraje de la política empresarial hacia la autorregulación en materia de responsabilidad social «should complement, but in no way replace, legislation on social and environmental rights or standards set by collective bargaining».

autoimpuestos²⁴³. Ahora bien, lo cierto es que a lo largo de estos últimos años se ha ido incrementando el número de códigos *de conducta de segunda categoría*, elaborados conjuntamente por sociedades pertenecientes al mismo sector, que recogen ciertos mecanismos para fomentar la participación y supervisión de ONGs y sindicatos, así como procedimientos a través de los cuales encauzar las quejas de terceros relativas al incumplimiento de estas *buenas prácticas*²⁴⁴.

Dicho lo cual, y centrándonos en el alcance de las facultades directivas en la esfera personal y profesional del trabajador, conviene que dirijamos nuestra atención hacia otra modalidad de código de conducta que en los últimos años se ha extendido, principalmente en el seno de las grandes firmas, sin que se adviertan signos que nos hagan pensar en un freno a dicha tendencia. Se está haciendo referencia a los documentos de regulación atípica que, emanados de la jerarquía interna de la empresa y compuestos por un haz de reglas o *prácticas de buen gobierno*, vienen a ser denominados significativamente *códigos de comportamiento ético y profesional, credos corporativos o códigos de responsabilidad en el trabajo*. Desde esta perspectiva, la dirección no se encarga únicamente de la concreción de las estrategias empresariales a través de los medios convencionales de mando, sino que la capacidad de autogobierno se extiende a la definición y reglamentación de conductas o comportamientos de todos los miembros de la plantilla, tanto en el ámbito interno del centro de trabajo, como en el espacio de las relaciones con clientes y proveedores. A menudo el código es, como se

²⁴³ Para un estudio detallado de la realidad más reciente de estos instrumentos nos remitimos a BAYLOS GRAU, A., «Códigos de conducta y buenas prácticas de las empresas en materia laboral: el problema de su exigibilidad jurídica», en AA.VV., *Aspectos económicos de la jurisdicción social. Estudios de derecho judicial*, CGPJ, Madrid, 2005, especialmente en las pp. 304-312 y a MERINO SEGOVIA, A., «Mecanismos de regulación de la responsabilidad social de las empresas europeas», en AA.VV. (Dir. Rodríguez Fernández, M^a L.), *La negociación colectiva europea*, CGPJ, Madrid, 2006, pp. 339-395.

²⁴⁴ Sobre este asunto, merece ser destacada la recepción por vía convencional de la que han sido objeto varios de estos acuerdos marco (MERINO SEGOVIA, A., «Mecanismos de regulación...», cit., p. 382). También puede evidenciarse en el espacio empresarial, aunque emplazados al margen de las técnicas autorreguladoras puesto que su autoría corresponde a sujetos externos a la empresa (*Vid.* PERULLI, A., *Diritto...*, cit., p. 264), la puesta en marcha de distintas iniciativas dirigidas a fortalecer y tutelar ciertos derechos de los trabajadores en aquellos ámbitos desprovistos de regulación legal o convencional dada su reciente aparición (tales documentos sirven de ensayo y como modelo para las negociaciones que darán origen a posteriores convenios colectivos), así como otras encaminadas a optimizar el ejercicio de los derechos ya reconocidos. En este sentido, de manera generalizada, se ha entendido que el reconocimiento programático o declarativo de determinadas condiciones y derechos en el trabajo y, fundamentalmente, la previsión de procedimientos de garantía concretos, coadyuvan a la consolidación de una cultura de los derechos en el seno de las empresas, incidiendo, a su vez, en el rendimiento económico empresarial al hacer posible una mejor organización de los recursos humanos [LÓPEZ LÓPEZ, J., «Buenas prácticas y la negociación colectiva», en *REDT*, núm. 102 (2001), pp. 325-344]. Igualmente, conviene tener presente que varios de los más recientes convenios colectivos negociados en nuestro país atribuyen al capítulo dedicado a la capacidad disciplinaria del empresario la denominación de «código de conducta». Su análisis rebasa, por razones lógicas, el objeto del presente estudio al tratarse, no ya de mecanismos unilaterales de *auto-ordenación* sino, a pesar de la equívoca expresión empleada, de instrumentos colectivos fruto de la potestad conferida a los agentes sociales en el art. 37.1 CE.

tratará de justificar a continuación, sólo uno de los instrumentos de dirección del que se sirve la empresa, que debe ser conocido y cumplido junto con otras políticas y procedimientos empresariales.

B. Eficacia

Como ha podido observarse, estamos ante un fenómeno de contornos difusos. Comúnmente la heterogénea categoría constituida por estos códigos o sistemas de autorregulación aparece englobada como una más entre las técnicas reguladoras del llamado *derecho blando* o, en terminología anglosajona, *soft law*²⁴⁵. Lo cierto es que la incursión de la compañía en aspectos concernientes al buen comportamiento y a los valores morales de sus empleados puede responder, en principio, a meras sugerencias o recomendaciones a las que podrán suscribirse, o no, los trabajadores. En esta dirección, parte de los códigos se limitan a ejemplificar los comportamientos aceptables para la empresa, las pautas de conducta compatibles con sus valores, así como el marco estratégico de la sociedad, conformando auténticas guías deontológicas sin ir más allá del plano potestativo. Los temas que habitualmente son abordados en dichos *manuales de actuación* se centran en la exposición de las pautas de conducta relativas al compromiso de los miembros de la empresa respecto a la protección de los recursos naturales, al manejo de la documentación e información interna y al acoso sexual en el ámbito del trabajo. En otras ocasiones se incluyen declaraciones, aunque excesivamente genéricas y breves, que hacen referencia al apoyo de la compañía a las iniciativas sociales, culturales y educativas de sus empleados²⁴⁶; al desarrollo de un entorno de trabajo libre, creativo y motivador²⁴⁷ o al respeto de los derechos de todos los

²⁴⁵ Como premisa es dable destacar que el conjunto de actos de dispar procedencia, formalización y contenido que compone este singular cuerpo normativo se caracteriza por su exigua virtualidad impositora o de coacción. Dicho esto, es dable precisar que las distintas manifestaciones del *soft law*, entre las que se sitúan los códigos de conducta socialmente responsable, son susceptibles de alcanzar una cierta efectividad jurídica. Como observaba VALDÉS DAL-RÉ, los compromisos concitados en tales construcciones desempeñan una función de carácter instrumental en relación con la normativa vigente, sirviendo como criterio para interpretar reglas jurídicas vinculantes o para anticipar ulteriores regulaciones [«Soft law, Derecho del Trabajo y orden económico globalizado», en *RL*, núm. 4 (2005), p. 30]. Por otra parte, no cabe duda de la eficacia normativa y personal *erga omnes* de aquella normativa originalmente establecida como código de conducta que posteriormente es asumida por la ley o la negociación colectiva (sirva como ejemplo el Acuerdo sobre Código de conducta laboral para la industria del metal, obtenido el día 12 de marzo de 2001, que fue objeto de registro y publicación a través de la Resolución del 6 de abril de 2001, de la Dirección General de Trabajo).

²⁴⁶ Como ejemplos, pueden citarse el «Código de conducta y ética empresarial del Grupo Telecom»; «Código de conducta profesional del Grupo Iberdrola»; «Código ético corporativo y de conducta de los profesionales de las empresas de Grupo Agbar» o en el «Código de conducta corporativo de Enusa» donde reza que la compañía «se compromete a fomentar y colaborar con proyectos culturales y sociales, así como con proyectos de formación y colaboración con Universidades u otras instituciones públicas o privadas».

²⁴⁷ «Código de conducta ética de GVA».

trabajadores²⁴⁸. En fin, un cierto grupo de estos documentos, dotados de mayor dinamismo, se abren a la participación de sus destinatarios para cuyo comportamiento servirán de orientación o de guía los principios y normas que componen su contenido.

En los supuestos señalados, el código se limita a recoger una simple proclamación de objetivos y propuestas sobre las conductas apropiadas sin que vengan acompañadas de sanciones ante posibles incumplimientos. Desde esta lógica, los códigos de conducta gozarían de un contenido similar al de los actos de *soft law*, situándose a extramuros de la potestad directiva del empresario. Sin embargo y pese a que se afirme que estas medidas de autorregulación en la empresa están desprovistas de fuerza preceptiva o vinculante, no resultaría acertado privarlas de todo efecto jurídico ni, en mi opinión, situarlas totalmente al margen de las prerrogativas de dirección. En primer término huelga decir que los principios que se acogen en el documento no compelen la actuación de sus autores (en referencia a las normas que la empresa se compromete a cumplir) y destinatarios (cuando es a los propios empleados a los que van dirigidas las reglas de conducta que en éste se contienen) en los términos clásicos. Más bien, conviene precisar que la adopción del código de conducta por la dirección empresarial comporta la producción de efectos jurídicos atenuados o, en otras palabras, crea una «*soft obligation*»²⁴⁹ en sus receptores. Dejando a un lado la posible relevancia jurídica de los códigos de conducta que se limitan a reproducir o proclamar las *intenciones* o compromisos que asumen voluntariamente sus autores, los consejos, exhortaciones o reglas relativas a la conducta de los trabajadores del código, aun carentes de imperatividad y efectos punitivos frente a su incumplimiento, nacen ya como reflejo de la intención impositiva de sus autores y, conjuntamente, sirven de refuerzo al ejercicio de dicho poder empresarial²⁵⁰. No resulta necesario insistir en cómo la acotación del proceder esperado de los miembros de la plantilla sirve como marco de referencia a la toma de decisiones empresariales en el ámbito de ejercicio de las prerrogativas de dirección.

²⁴⁸ Ciertamente es que en no pocas ocasiones el código se limita a reproducir la regulación protectora prevista legalmente sin que se adopten compromisos concretos ni se refuercen las garantías ya establecidas en la normativa vigente. Una contundente reprobación de tales construcciones en DE LA VILLA GIL, L.E., «Acerca de la responsabilidad social corporativa. Algunas consideraciones críticas desde la perspectiva de las relaciones laborales», en *RGDTSS*, núm. 16 (2008), p. 6, dado que, advierte el autor, «convertidas las prescripciones legales en mensajes alternativos, sustituibles por otros al capricho de las empresas obligadas a cumplirlas, cualquier juicio sería posible sobre esas acciones menos el de considerarlas “socialmente responsables”».

²⁴⁹ TAMMES, A., «Soft Law», en *Essays on international & comparative law in honour of Judge Erades*, Hague (Netherlands), M. Nijhoff, 1983, p. 187.

²⁵⁰ «En estos casos, no pueden ser considerados, en sentido estricto, como parte de la estructura normativa de los procesos, aun cuando y en la medida en que efectivamente son cumplidos tienden a adquirir *de facto* fuerza de obligar». MERINO SEGOVIA, A. y RENTERO JOVER, J., «Fórmulas atípicas...», cit., p. 277.

Por otro lado, el discurso es claramente diferente cuando la dirección empresarial manifiesta su intención de adoptar determinadas medidas disciplinarias en función de la adhesión o no de los trabajadores a las reglas del código de conducta. Así, puede evidenciarse como gran parte de los códigos de comportamiento ético y profesional ocultan, tras una inofensiva denominación, prácticas dotadas de cierto cariz represor que «desnaturalizan el arquetipo de la RSC»²⁵¹. Tras la elaboración de estos documentos se trasluce un propósito estrechamente ligado al alcance del interés empresarial y a la buena marcha de la empresa considerada, ya sea en términos de convivencia en el lugar de trabajo, como de rentabilidad. El autor material del código pretende canalizar o encauzar la conducta de sus empleados (y, como más tarde se pondrá de manifiesto, la misma prestación de trabajo). La diferenciación de estos mecanismos y aquellos otros incardinados en el *soft law* no merece mayor justificación desde el momento en que se constata la presencia, en esta modalidad de códigos de conducta, de consecuencias sancionatorias cuya imposición aparece prevista en caso de no ser observadas sus disposiciones. Sin que haya lugar a dudas, estamos ante auténticas obligaciones cuando ya se advierte que en el seno de la empresa los comportamientos desacordes a los principios rectores y normas del código desencadenan la *maquinaria* punitiva, fruto del poder para sancionar atribuido *ex lege* al empresario. De hecho, en no pocos de estos documentos se hace alusión a que únicamente caben exclusiones a su incumplimiento cuando así sea decretado por el órgano interno competente y con carácter excepcional.

Repárese, además, que de forma habitual en el código de conducta se hace mención a los propósitos que impulsan su elaboración. Esto es, la mejora de la reputación de las empresas, la obtención de la confianza de sus clientes y los pretendidos efectos positivos sobre la motivación de los asalariados. Sea como fuere, y como ya ha sido puesto de relieve por la doctrina que se ha ocupado de este tema, en aras de dicho objetivo la empresa termina por elevarse en el juez de la moral o la ética de los sujetos que aportan su fuerza de trabajo²⁵². Resulta significativo como, en términos generales, no se aprecia en estos códigos empresariales de prácticas laborales una certera intención por asegurar un mayor espacio de ejercicio de los derechos e intereses de los trabajadores. Son más bien excepcionales las reglas de comportamiento que vinculan a la empresa respecto a sus empleados mientras que, por el contrario, es usual que estos mecanismos comprendan en exclusiva la actuación de los miembros de la plantilla. Así pues, habrá que dilucidar cuándo tras el revestimiento de un *derecho*

²⁵¹ DE LA VILLA GIL, L.E., «Acerca de la responsabilidad...», cit., p. 4.

²⁵² Para un análisis crítico sobre la utilidad práctica de estas normas de comportamiento, *vid.* BAYLOS GRAU, A. y VALDÉS DE LA VEGA, B., «El efecto de las nuevas tecnologías en las relaciones colectivas de trabajo», en AA.VV., (Coords. Alarcón Caracuel, M.R. y Esteban Legarreta, R.), *Nuevas tecnologías...*, cit., pp. 148-151 y MERINO SEGOVIA, A., «La definición...», cit., pp. 85-109.

blando o *flexible* se esconde, en realidad, un dispositivo gerencial para ordenar y castigar conductas.

En realidad, no cabe otorgar la calificación de *voluntario* o subsumir en la esfera del *soft law* a aquellas reglas o cánones que junto a la solicitud de una facultativa aceptación vienen acompañadas de la relación de las consecuencias que provoca su inobservancia. Bajo esta premisa, el objeto de análisis habrá de versar, por tanto, sobre las distintas posibilidades que se abren en torno a la naturaleza de un cierto tipo de códigos éticos que bajo la amenaza de posibles medidas de sanción otorgan índole de obligatoriedad a sus disposiciones. No serán tomados en consideración, por tanto, dichos instrumentos cuando recogen exclusivamente los compromisos de la compañía con la sociedad y su entorno, cuya naturaleza fundamentalmente extrajurídica ya ha sido reconocida, sino sólo aquellos que tratan de dirigir la conducta de los empleados y acomodarla a las concretas coordenadas de actuación dadas por la empresa²⁵³. Asimismo, y para delimitar el objeto del presente estudio, tampoco serán tenidos en cuenta aquellos códigos éticos cuyo contenido haya sido negociado y convenido conjuntamente con los representantes de los trabajadores, caso en el que difícilmente podría negarse una naturaleza colectiva pudiendo incluirse en la esfera de los acuerdos colectivos²⁵⁴. Vuelve en este punto, por tanto, a planear la cuestión acerca de si los códigos de comportamiento ético se inscriben o no en el ejercicio del poder empresarial como expresión de sus facultades de dirección (en cuyo caso podría concluirse que las normas de conducta que en éstos se contienen no son más que instrucciones empresariales que adoptan un singular medio de exteriorización al venir recopiladas en un único documento que es de obligado conocimiento por todos sus destinatarios²⁵⁵). A tal conclusión únicamente habría de llegarse abordando primeramente el eventual contenido de los documentos que distribuye la dirección empresarial entre los propios empleados y que ésta misma denomina genéricamente «códigos de conducta».

²⁵³ No obstante, conviene recordar que raramente los códigos de conducta se componen íntegramente de reglas de comportamiento exigible al personal dependiente. Así, no es extraño que junto a estas normas, el código incluya otras enmarcadas en el espacio de la responsabilidad asumida por la empresa en su relación con la plantilla o con sus *compañeros comerciales* (proveedores, socios, etc.).

²⁵⁴ Al respecto, DE LA VILLA GIL, L.E., «Acerca de la responsabilidad...», cit., p. 10.

²⁵⁵ La distribución de los códigos internos (producto de los órganos de gestión y dirección de la propia empresa) se estima imprescindible para la asunción de la *cultura corporativa* por los trabajadores. Los sistemas empleados para su divulgación van desde la exposición del código en un panel de anuncios del centro de trabajo o en la página web de la empresa; la asistencia a sesiones informativas continuas relativas al contenido y aplicación del código; o la entrega material del documento al trabajador, normalmente consignado por el superior jerárquico y bajo la obligación de devolverlo firmado. Pues bien, hay que destacar que no cabe exigir al trabajador una actuación de la que no tiene conocimiento ni, como podrá suponerse, sancionar su desobediencia.

C. Definición de comportamientos morales o éticos

Entre el holgado contenido de los códigos de comportamiento ético podemos advertir, si bien con escasa frecuencia, la presencia de normas o instrucciones generales y órdenes más o menos concretas sobre cómo ha de llevarse a cabo la labor productiva²⁵⁶. Pese a esto, el contenido sustancial de los mismos no responde normalmente a un conjunto de directrices de carácter positivo que especifiquen las actividades laborales a realizar y el modo de llevarlas a cabo²⁵⁷. Es más, debe admitirse que el contenido mayoritario de los códigos de conducta no encaja en el ejercicio del poder directivo entendido como especificación de la deuda laboral y es por este motivo que parte de la doctrina ha puesto en duda que dichos documentos queden amparados por las facultades de dirección. Se ha estimado que las pautas en torno al comportamiento del trabajador individual responden más bien a la dinámica organizativa en tanto en cuanto existe una notable interacción entre la actuación exigida a los miembros de la empresa y el entorno organizativo y productivo de la misma. En este orden de cosas, las mencionadas decisiones no encajarían en la lógica contractual sino que, como parte del quehacer organizativo de la empresa, encontrarían acomodo en el reconocimiento del derecho del art. 38 CE²⁵⁸.

Como ya su propia denominación indica, la tarea principal emprendida por estos instrumentos es la de regular comportamientos y no la de articular la actividad productiva conforme a unas líneas de gestión. De modo que, con dicha pretensión, se reproducen de manera introductoria los principios éticos que deben presidir la conducta del asalariado²⁵⁹. A continuación, es habitual que el código recoja un compendio de exigencias y actuaciones restringidas que han de regir la actuación de los trabajadores, tanto en las relaciones internas que se desenvuelven en el marco empresarial como fuera de él, y también, aunque de modo más secundario, el desarrollo de las prestaciones de

²⁵⁶ A título de ejemplo, el «Código de conducta de los empleados de Caixa Tarragona» incorpora reglas referidas a la conveniencia de contestar al teléfono de manera inmediata, despachar el correo sin dilación o emplear un lenguaje llano para hacer inteligible al cliente la casuística bancaria; el «Código general de conducta del grupo Santander» incluye ciertas instrucciones relativas a la manera en que los empleados deben ofrecer a sus clientes los productos y servicios de la entidad o las labores de información que han de suministrar ante los contratos que superan una duración determinada; en el «Código de conducta y ética empresarial del Grupo Telecom» se dan indicaciones precisas sobre cómo identificarse ante clientes y proveedores o en las comunicaciones telefónicas y escritas o, entre otros, el Código de conducta de NH hoteles hace acopio de un conjunto de reglas que habrán de regir el uso de las herramientas informáticas de la empresa.

²⁵⁷ BAYLOS GRAU, A. y VALDÉS DE LA VEGA, B., «El efecto de las nuevas tecnologías...», cit., p. 149.

²⁵⁸ Así en SANTOS FERNÁNDEZ, M^ªD., *El contrato...*, cit., pp. 86-87.

²⁵⁹ Con carácter general se exige a los sujetos pasivos del código integridad, honradez, responsabilidad, justicia, transparencia, discreción, respeto, buen juicio, dinamismo, imparcialidad, etc.

trabajo²⁶⁰. En resumen, estos documentos se encargan de agrupar de manera sistemática instrucciones generales referidas a la libre disposición sobre la actividad productiva (pertenecientes al ámbito del poder de ordenación patrimonial general), pero también lo que pudieran ser contingentes órdenes o instrucciones patronales que disciplinan la vida de la empresa y que ya se estiman por los autores del propio código como reglas de cumplimiento obligatorio. Volviendo sobre una idea previamente enunciada, las simples sugerencias u orientaciones sobre la actuación del empleado en el lugar de trabajo no son manifestaciones de la potestad directiva del empresario por cuanto no generan en los destinatarios el deber de obedecerlas. Dicho lo cual, pueden descartarse como instrumento de dirección las cláusulas del código de conducta que denotan esta misma condición. Sin embargo, no procedería dicha exclusión cuando el contenido del mismo desborda el terreno puramente potestativo y sus autores exhortan a la observancia de sus disposiciones²⁶¹. En otras palabras, la inobservancia de las prescripciones del código constituye una transgresión del deber de obediencia que constriñe al asalariado a fin de que quede garantizada la correcta adecuación entre la actividad del trabajador con el interés patronal. El contenido de estos manuales de comportamiento forma parte del conjunto de reglas que rigen las obligaciones de los trabajadores para con su empleador. Así pues, aunque formalmente los códigos empresariales de prácticas laborales no encajen en los esquemas tradicionales, sus disposiciones constituyen materialmente una vía de manifestación de la potestad directiva²⁶², y como tales, baste en este momento indicarlo someramente, deben caracterizarse por su legalidad o regularidad.

Asimismo, interesa ahora destacar que el objetivo velado que puede vislumbrarse tras la elaboración de un código de conducta es el de conformar renovados patrones de exteriorización del mando empresarial que permitan la interiorización por parte del trabajador de ciertos valores o normas. Se trata, en realidad, de involucrar a la plantilla en los objetivos empresariales y de que ésta haga suyos unos hábitos, creencias o símbolos, que van a coadyuvar certeramente a desplegar comportamientos o actitudes

²⁶⁰ Así, también, en los *codes de conduite* y *chartes d'éthique* habituales en el paisaje social de las grandes compañías francesas. *Vid.* un estudio de los mismos en ANTONMATTEI, P.H. y VIVIEN, P., «Chartes d'éthique, alerte professionnelle et droit du travail français: état des lieux et perspectives», en *Dr.Soc.*, núm. 5 (2007), pp. 524-525.

²⁶¹ Ejemplo de ello podemos encontrarnos en la cláusula contenida en el apartado tercero del «Código de conducta corporativa de Tecnomcom», dedicado a las medidas disciplinarias. Una vez establecida la graduación de faltas en función de su gravedad y precisado que las faltas muy graves serán merecedoras, entre otras medidas, de despido y suspensión de empleo y sueldo por un período prolongado, el documento añade que «en los casos en los que el incumplimiento de una de las normas del presente Código no pueda ser incluida en ninguna de las faltas definidas en la legislación laboral aplicable, se considerará que la misma constituye una falta de desobediencia a los efectos de su sanción disciplinaria».

²⁶² Así lo ha reconocido el TS en sentencia 7 de marzo de 2007 (RJ/2390).

acordes a los esquemas interpretativos diseñados por la dirección de la empresa²⁶³. La piedra angular de estas estrategias de *fidelización* es la intensificación del rendimiento individual a través de la irrupción de la psicología en el campo de las relaciones de trabajo. El propósito es lograr que la plantilla dependiente se adhiera a los intereses de la empresa y no escatimen esfuerzos a fin de lograr el proyecto común que comparten empresario y trabajadores²⁶⁴. Así pues, no sólo el control patronal del grado de cumplimiento de las prescripciones empresariales se hace más sutil²⁶⁵ sino que, conjuntamente, se altera el modo en que se manifiesta la potestad de dirección (evitando el ejercicio de una autoridad formal, se pone el acento en la capacidad potencial para persuadir a la fuerza de trabajo a cumplir los planes definidos por la empresa)²⁶⁶.

²⁶³ Sobre la ingerencia de ciertas técnicas organizativas de las empresas en aspectos de la vida personal y familiar de los empleados (como pueda ser la programación de los períodos de ocio o de los hábitos alimenticios), consúltese MONTOYA MELGAR, A., «Nuevas dimensiones jurídicas...», cit., pp. 27-28 y la bibliografía allí citada.

²⁶⁴ Sirva para dar cuenta de ello como, con relativa frecuencia, el código de conducta ética pone a disposición de los trabajadores un órgano de consulta atendido por el departamento de RRHH donde elevar todas las consultas o inquietudes que puedan surgir en relación con las condiciones de trabajo, la acción social, las normas laborales en vigor o sobre la aplicación o significado de cualquiera de las disposiciones del código. De modo que como parte del programa elaborado por la empresa para hacer partícipes a sus empleados de su «cultura organizacional», ciertos códigos incorporan la «biografía corporativa» para tomar decisiones o resolver posibles conflictos (En la terminología empleada por KAUFMANN, A.E., *El poder de las organizaciones*, 2ª ed., Universidad Alcalá de Henares, Madrid, 1993, p. 174). Conjuntamente, de forma ampliamente generalizada se insta a los empleados a que pongan en conocimiento del superior inmediato o de cualquier otra persona con cargos de responsabilidad en la empresa cualquier comportamiento del que sospechen o tengan la certeza de que infringe alguna de las previsiones de dicho documento. Con este objeto, el código concreta las vías a través de las cuales se encauzarán las denuncias o quejas respecto a su cumplimiento, precisando las instancias empresariales a las que deberán dirigirse y el proceso a adoptar para evaluar la situación en función del miembro de la empresa involucrado y el tipo de infracción cometida. Como reflejo de la *armonía* que ha de reinar entre todos los miembros de la empresa, se trata de que sean los propios trabajadores quienes pongan en marcha el proceso disciplinario ante comportamientos ajenos indebidos. Se persigue, como podrá suponerse, el fortalecimiento del vínculo entre los trabajadores en términos individuales y la empresa (en detrimento del papel que desempeña la acción sindical como medio eficaz en la representación de los intereses de los trabajadores y articulador del conflicto social).

²⁶⁵ La actuación empresarial tiene lugar, en estos casos, «sobre los presupuestos culturales del funcionamiento de las organizaciones, dado que es en la cultura donde se fundamentan los procesos de compromiso e identidad, fundamentales en la nueva situación. Todo esto hace que el control tenga un fuerte contenido psicosocial y sea más difuso, características que evidencian su dificultad pero también su gran eficacia cuando se consigue», en CASTILLO MENDOZA, C.A., «Control y organización capitalista del trabajo. El estado de la cuestión», en *Sociología del Trabajo*, núm. 9 (1990), p. 132.

²⁶⁶ La estrategia empresarial se dirige, en estos casos, a reemplazar una imposición directa a través de los tradicionales medios de mando, por la dirección de una fuerza de trabajo a la que se le exige cumplir con las tareas que tiene encomendadas con diligencia y, por encima del deber de obediencia derivado del pacto contractual, colaborar con la dirección en el desarrollo cotidiano de la actividad de manera fiel y leal, manteniendo una actitud positiva hacia la autoridad patronal. Conviene tener presente, de hecho, cómo alguno de estos códigos obvia la doctrina ya consolidada del TC y *revive* el genérico deber de fidelidad de los trabajadores. Así, el «Código de conducta de los empleados de Caixa Tarragona» (art. 4.2.1) define la lealtad como la cualidad que debe tener todo empleado hacia la empresa, de quien se espera que guarde «escrupulosamente la fidelidad debida, incapaz de cometer traición» (tráiganse aquí a colación las observaciones de GIL y GIL, J.L., *Principio de la buena fe...*, cit., pp. 106-107).

Llegados a este punto es menester examinar la distinta índole de las reglas o principios que constituyen el contenido de estos *credos corporativos*. Puede empezarse por mencionar las normas de comportamiento positivo que exigen al trabajador desplegar una actividad encauzada hacia un cierto sentido, relacionada bien con la propia prestación de trabajo, bien con la asimilación de los principios rectores que el propio documento detalla. Y, en segundo lugar, las normas de signo negativo que compelen al asalariado a mantener una conducta omisiva. A decir verdad, en la mayor parte de los casos, las conductas prohibidas pueden reconducirse a las causas generales previstas en la ley o por la negociación colectiva como la transgresión de la buena fe, desobediencia o el abuso de confianza. Pese a ello, no faltan los supuestos en los que los autores materiales del código, enarbolando la potestad para ordenar y dirigir la actividad productiva que les confiere la ley, condenan en éstos acciones no prohibidas legal o convencionalmente²⁶⁷. En ocasiones se llega, incluso, a proclamar la existencia auténticos deberes ajenos a la efectiva prestación de trabajo. Baste recordar, a título de ejemplo, que un cierto número de estos manuales de actuación recogen exigencias éticas que deben presidir, no sólo la conducta laboral de la plantilla, sino también aquella desplegada a las puertas del centro de trabajo, siendo por tanto previsibles las fricciones entre el derecho a la intimidad de los trabajadores y la difusión empresarial de los principios y valores de la entidad²⁶⁸.

Concluyentemente, no es dable atribuir a un código de conducta de las características anteriormente señaladas el valor de un mero acto recordatorio de la necesidad de mantener en los lugares de trabajo una conducta éticamente adecuada. De contrario, ha podido constatarse que las directrices que en éstos se contienen inciden directamente en el deber de obediencia de los asalariados tratando de ampliar, en no pocas ocasiones, las obligaciones que por su condición de personal dependiente a intereses ajenos les corresponden y, consecuentemente, de reforzar los poderes de la contraparte contractual. Dicha situación nos conduce, primeramente, a preguntarnos por

²⁶⁷ Del mismo modo, no resulta extraño que se afirme que el contenido del código de conducta prevalecerá sobre las normas internas que pudieran contradecirlo, salvo que se vieran en conflicto con otras órdenes o directrices que fijaran requisitos de conducta más exigentes (en esta dirección el «Código de conducta del Grupo BBVA»).

²⁶⁸ Vid. al respecto la prohibición del pluriempleo, retribuido o no, en el «Código de ética y conducta empresarial de AcuityBrands», las limitaciones a la libertad de expresión en el «Código de conducta ética de GVA» y «Código de conducta corporativa de TecnoCom» o la reprobación de la asistencia a casinos de juego, la participación en apuestas y la asunción de especulaciones bursátiles o inmobiliarias de alto riesgo en el «Código de conducta de los empleados de Caixa Tarragona», «Código general de conducta del grupo Santander» y en el «Código de conducta del Grupo Banco Sabadell». Finalmente, llama especialmente la atención el «Código de conducta laboral de la Corporación USG» donde se indica que la empresa respetará la realización por su personal de las actividades sociales, políticas, espirituales o económicas de su elección, añadiendo a continuación que «se reserva el derecho de determinar si las actividades externas de los empleados son o no congruentes con los intereses de la corporación» y, en caso contrario, de imponer las sanciones correspondientes.

la existencia de posibles limitaciones que pudieran constreñir el contenido de estos instrumentos de acuerdo al presente contexto legal y constitucional. Y en segundo lugar, aunque adelantando que por razones metodológicas la cuestión será estudiada en el capítulo dedicado a los supuestos de justificada inobservancia de las instrucciones y órdenes empresariales, si sería admisible en términos de legitimidad la desobediencia de un trabajador a las normas del código cuando estima que son abusivas y, por tanto, se alejan de las debidas exigencias de regularidad que limitan el poder de dirección.

D. Validez de los *mandatos* contenidos en los *manuals de conducta*

Se plantea finalmente la cuestión de precisar el margen de actuación empresarial en este ámbito que, en realidad, no es otro que el previsto con carácter general para el ejercicio del poder directivo. En línea con lo que se ha venido defendiendo, ciertos códigos de conducta dictan reglas de organización y disciplina en la empresa, imponen normas susceptibles de generar obligaciones y, a resultas de su configuración como mecanismos de manifestación de las facultades de dirección, deberán ineludiblemente verse frenados por los límites que condicionan el ejercicio de éstas²⁶⁹. Las empresas, de las que dependen exclusivamente tanto su formulación como aplicación, gozan de amplia libertad para determinar su contenido. No obstante, esto no significa que el empresario disponga de una discrecionalidad absoluta a la hora de especificar las reglas y principios rectores que van a integrar estos documentos. Tal y como se ha indicado, «el límite del poder empresarial directivo son los derechos del trabajador, en cuanto persona y en cuanto asalariado»²⁷⁰. Así pues, en la redacción de los códigos éticos deben respetarse las barreras impuestas por el ordenamiento jurídico a fin de garantizar ciertos derechos e intereses de los trabajadores que se estiman merecedores de tutela. Sólo cuando su contenido esté ajustado a derecho en los términos en los que se pronuncia el art. 20.2 ET, condicionará el comportamiento del personal dependiente de la empresa. De modo que las conductas contrarias a lo prescrito en el código podrán juzgarse por el empresario, no ya como una transgresión de la buena fe debida en sede contractual, sino como una desobediencia susceptible de sanción en atención a su gravedad²⁷¹. Ahora bien, las disposiciones empresariales, formen parte o no de un

²⁶⁹ MORATO GARCÍA, R.M., «La intervención de los códigos de comportamiento ético en el régimen disciplinario empresarial», Comunicación presentada al XVI Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lisboa, septiembre 2006, p. 9 del original impreso (disponible [http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/observatorio/56_RESPONSABILIDAD_SOCIAL/doc/Rosa%20Morato%20García%20\(Espanha\).pdf](http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/observatorio/56_RESPONSABILIDAD_SOCIAL/doc/Rosa%20Morato%20García%20(Espanha).pdf)). *Vid.*, también, CALVO GALLEGOS, F.J., *Códigos éticos y derechos de los trabajadores. Una aproximación a la práctica de las empresas españolas*, Bomarzo, Albacete, 2008, pp. 72, 75-78.

²⁷⁰ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, cit., p. 531

²⁷¹ SEMPERE NAVARRO, A.V y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C, *Nuevas tecnologías y Relaciones Laborales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 41-42. Por otro lado, es harto conocido que es el

manual de conducta, que desborden los límites de un ejercicio regular del poder de dirección, se sitúan en un plano distinto al contractual y por lo tanto carecen de fuerza obligatoria para el trabajador, albergando el valor de simples recomendaciones. Esta afirmación cobra especial trascendencia cuando la falta de asunción por parte del trabajador de las directrices del código ético provoca la actuación punitiva o cuando tal conducta no es omisiva sino que, por contra, infringe alguna de sus instrucciones y es juzgada por el empleador como una desobediencia a las órdenes e instrucciones dadas.

Puesto que las distintas posibilidades de reacción que amparan al asalariado en caso de verse compelido a cumplir una orden empresarial que rebasa los límites del ejercicio lícito de las prerrogativas de dirección serán abordadas con detalle con posterioridad, interesa ahora hacer mención a la procedencia constitucional y legal de las sanciones impuestas por actuaciones que se apartan de los dictados del código de conducta. Mientras que los trabajadores y sus representantes no cuentan con una acción judicial pertinente para reclamar y hacer exigible ante los tribunales el efectivo cumplimiento de las reglas que la compañía haya asumido como compromiso social en los códigos de conducta, si sería factible, en cambio, el acceso a los tribunales para solicitar la revocación (o nulidad cuando lo que se alega es la violación de algún derecho fundamental²⁷²) de la sanción impuesta al trabajador como consecuencia de la contravención a las reglas del código. La vía a seguir sería la preceptuada en los arts. 114 y ss. o en los arts. 103 y ss. LPL cuando el trabajador hubiera sido objeto de despido disciplinario. La misma consideración merece, en mi opinión, la aplicación de las medidas disciplinarias previstas en el código de una empresa transnacional cuando las directrices del mismo no respetan la legislación del Estado donde radica su filial y, en lo que aquí nos atañe, los confines de la potestad de mando. De acuerdo con los arts. 3 y 6 del Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, de 19 de junio de 1980²⁷³, la relación laboral se regirá por la normativa del lugar de prestación de los servicios, por cuanto «las reglas definidas en estos documentos de

convenio colectivo el que se encarga de clasificar las faltas y graduar las sanciones, normalmente como leves, graves y muy graves. Sin embargo, como ha quedado dicho, los códigos éticos enuncian, en no pocas ocasiones, un elenco de supuestos sancionables y medidas disciplinarias frente a la contravención de alguna de sus normas. Teniendo presente la prácticamente inexistente intervención sindical en la elaboración de los mismos, un espacio típicamente atribuido a la negociación colectiva, como es el de la tipificación de infracciones y sus correspondientes sanciones, queda significativamente reducido al ser objeto de regulación unilateral por parte de la dirección de la empresa en los códigos de conducta. Conviene apuntar, no obstante, que si lo previsto en éstos contradice a lo señalado en el convenio que es de aplicación prevalecerá, de acuerdo con el art. 58.1 ET y la estructuración de las fuentes en nuestro ordenamiento, lo regulado en el convenio. Salvo que, claro está, la desatención al régimen disciplinario previsto en el convenio devenga favorable para el trabajador. *Vid*, al respecto, la SAN 4 octubre 2007 (RJ/2975).

²⁷² BAYLOS GRAU, A., «Códigos de conducta...», cit., p. 270. También recuerda el autor la línea flexible adoptada por la jurisprudencia que permite la coordinación del proceso de conflicto colectivo y el de tutela de derechos fundamentales referidos a pretensiones colectivas.

²⁷³ Convenio 92/529/CEE relativo a la adhesión de España.

responsabilidad profesional deberán ser cuando menos respetuosas y acomodarse a la legislación laboral nacional»²⁷⁴.

Finalmente, examen aparte merecen determinadas disposiciones que extienden el alcance jurídico de las normas y principios del código ético a través de la incorporación al cuerpo de los mismos de cláusulas que le confieren una eficacia contractual. Así, se llega a declarar que el documento en cuestión goza de la misma eficacia jurídica que el contrato de trabajo²⁷⁵. Como ya se ha hecho alusión, los códigos de conducta se erigen como instrumentos al servicio de la dirección en orden a dar traslado a los empleados de la política empresarial referida a los más variados aspectos. De modo que es común que estén sujetos a modificaciones cada cierto tiempo a fin de que adaptarlos a unas circunstancias productivas, organizativas y de mercado cambiantes. Admitir la eficacia contractual del contenido de los códigos de prácticas laborales supondría, en definitiva, dotar al empresario de la capacidad para modificar libremente y a su arbitrio las distintas condiciones y circunstancias bajo las que se desenvuelve la prestación de trabajo, así como avalar la legitimidad de sus disposiciones al presuponerle, en todo caso, la anuencia del trabajador.

A grandes rasgos, atribuir al código de conducta una eficacia contractual exigiría como requisito imprescindible la voluntaria adhesión del trabajador al mismo. Sin embargo, no pueden obviarse las siguientes consideraciones. En primer lugar, la distribución del código a todos los empleados raramente permite la expresión de voluntades contrarias a su aceptación. De hecho, no son infrecuentes los casos en los que se precisa que las obligaciones que de éste se desprenden son de preceptiva observancia «para todos los empleados y personas afectadas por el mismo»²⁷⁶ sin que quepa ninguna actuación discordante, exigiendo periódicamente a sus destinatarios que reafirmen por escrito su compromiso con los valores del código. Aun más, varios de estos códigos declaran que la ausencia de dicho consentimiento ya sea por omisión o rechazo del trabajador al mismo, no invalida la eficacia preceptiva del documento²⁷⁷, de

²⁷⁴ MERINO SEGOVIA, A., «La definición...», cit., pp. 100-101.

²⁷⁵ En estos términos se expresan, entre otros, el «Código de ética profesional del grupo Bankinter» y el «Código de conducta ética de GVA». En cualquier caso, de forma ampliamente mayoritaria la dirección de las empresas extraen al código de conducta de la esfera contractual, subrayando que éste no crea derecho ni vínculo contractual alguno («Código de Conducta del Grupo BBVA»). De modo similar, el «Código de conducta y ética de Volt Information Sciences, Inc y compañías filiales», «Código de Conducta Empresarial, The Coca-Cola Company» y «Código de Conducta Laboral de la Corporación USG».

²⁷⁶ «Código de ética profesional del grupo Bankinter». De manera parecida en «Código general de conducta del grupo Santander», «Código de conducta y ética empresarial del Grupo Telecom», «Código de ética y conducta empresarial de AcuityBrands» y «Código ético corporativo y de conducta de los profesionales de las empresas de Grupo Agbar».

²⁷⁷ Es posible que los trabajadores se vean obligados a reconocer y certificar, a través del formulario puesto al uso en el mismo documento, que han recibido y comprendido el código, haciendo

modo que la virtualidad obligatoria del código de conducta no se ve reducida ni ampliada por la adhesión a sus reglas²⁷⁸. Pero es que, en segundo lugar, la ausencia de tales enunciados no evita que sea previsiblemente dudosa la autonomía del trabajador en este asunto, siendo conveniente desconfiar de la libertad de un consentimiento otorgado en el marco de una relación de trabajo subordinada. Concluyentemente, tal y como ya se ha indicado previamente, las obligaciones que pueden extraerse del código únicamente podrán sujetar la actuación del trabajador en tanto en cuanto sean fruto de un uso legítimo y no arbitrario de las facultades de dirección.

constar el compromiso de observar fielmente los términos del mismo. Así en el «Código de conducta de AMS (American Medical Systems Ibérica, SL)», «Código de conducta empresarial, The Coca-Cola Company», «Código de conducta de Healthcare España» o en el «Código de conducta y ética profesional de Enersys». Incluso dicha aceptación se entiende, en ocasiones, como requisito imprescindible para la contratación (así en el «Código de conducta de Tupperware»).

²⁷⁸ El «Código de conducta empresarial, The Coca-Cola Company», y el «Código de conducta de Citigroup» declaran expresamente que el hecho de que el código ético no sea leído ni firmado, no eximirá al trabajador de su cumplimiento.

CAPÍTULO SEGUNDO

RECONDUCCIÓN DE LA OBEDIENCIA EXIGIBLE AL EJERCICIO REGULAR DEL PODER DIRECTIVO

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La posición pasiva del trabajador viene definida legalmente en términos de *obligación* (20.1 ET) o de *deber* (art. 5, c ET), empleados habitualmente en el pensamiento jurídico como equivalentes o sinónimos, aunque lo cierto es que hay quien propugna una necesaria distinción entre ambos a fin de que pueda haber una mayor conexión entre el mensaje normativo que se pretende dar y el auténtico significado del concepto empleado en el contexto fáctico en el que se inserta¹. Sin ánimo de profundizar en una polémica en la que están envueltas cuestiones más amplias de teoría general, mantendré la consideración que ha recibido un apoyo mayoritario tanto en la sede doctrinal como en la judicial en las que, para referirse a la sujeción que es propia a la prestación de trabajo subordinada, a menudo se ha recurrido al *deber* como noción omnicomprendiva del concepto de *obligación*. Así podrá afirmarse que el *deber* viene a constituir una conexión entre el sujeto que es destinatario del mandato empresarial y el comportamiento que tal directriz comporta. Esta actuación exigible se corresponde, por tanto, con el contenido de las disposiciones que puedan impartirse. Como viene siendo habitual en la doctrina, las posiciones jurídicas que asumen las partes de la relación laboral son definidas a través de la noción de poder (aludiendo a la capacidad de la voluntad empresarial para incidir en la esfera jurídica del trabajador) y de deber (como sujeción al mencionado poder). Insistiendo en lo que ya ha sido previamente avanzado, la obediencia derivada del contrato es expresión del principio de autoridad materializado en el ejercicio del poder directivo y, en consecuencia, de la posibilidad que ostenta su titular para encauzar la actividad productiva y el comportamiento del empleado en el lugar de trabajo hacia una concreta dirección marcada por las órdenes e instrucciones que pueda impartir². El aspecto pasivo de dicho poder lo constituye, por tanto, el deber de obediencia que sujeta la actuación del trabajador a la necesaria

¹ En esta dirección, DE ASIS ROIG pone de manifiesto las notables confusiones que introduce la utilización del término *deber* en el ámbito jurídico dado el carácter moral o emotivo más que jurídico que lleva aparejado el propio concepto (*Deberes y obligaciones en la Constitución*, CEC, Madrid, 1991, p. 54). Describe también el autor las diferencias que existen entre ambos términos en la cultura anglosajona donde el concepto de deber se conecta con la adquisición de determinados roles sociales, mientras que se entiende que las obligaciones derivan de los negocios jurídicos celebrados entre personas (p. 55).

² CHIECO, P., *Poteri dell'imprenditore...*, cit., p. 28. Tal y como afirma PALOMEQUE LÓPEZ, el deber de obediencia es una de otras tantas garantías legislativas «para asegurar, no sin determinados límites a favor de la posición contractual del trabajador, la plena adecuación de la prestación laboral al interés económico del empresario, en cuyo engranaje es pieza maestra el poder de dirección del mismo», en «La indisciplina...», cit., p. 146.

ejecución de la voluntad de su empleador³. Ahora bien, cada uno de los actos específicos que supongan el ejercicio del poder directivo tiene como efecto el hecho de hacer surgir la correspondiente obligación jurídica.

Las posiciones jurídicas subjetivas y contrapuestas que ostentan empresario y trabajador, conforme al funcionamiento de la relación de trabajo subordinada, se presentan en la ley desde ángulos diversos. Si el sometimiento del trabajador al círculo rector y organizativo del empleador se prevé en el art. 1.1 ET con objeto de proceder a la calificación del tipo negocial, en los arts. 5, c y 20. 1 y 2 ET se recoge, si bien escuetamente, el deber de obediencia desde una perspectiva «dinámica» en cuanto a que está estrechamente ligado al efectivo ejercicio del poder directivo. En este sentido será en el que se pueda individualizar el cumplimiento o incumplimiento contractual del deudor puesto que la satisfacción del derecho de crédito del empleador requiere, en términos generales y a salvo de las especificaciones que se hagan en el presente capítulo, del cumplimiento obediente de las disposiciones impartidas en el desempeño del poder directivo. De modo que, en resumen, la desigualdad jurídica entre empresarios y trabajadores aparece materializada en la necesaria observación de los mandatos de la dirección, a través de los cuales se canaliza la obligación que ha contraído el trabajador (de «trabajo convenido» habla el art. 20.1 ET) de acuerdo a las exigencias de quien es acreedor de dicha prestación. Será, por consiguiente, el tratamiento normativo de la obediencia debida el que ofrezca explicación a la dependencia o subordinación del trabajador y relegue su atadura al ámbito contractual. En otras palabras, el cumplimiento de los mandatos del empleador se lleva a cabo en consideración a la condición de deudor de la prestación laboral pactada en el marco de una relación jurídico-obligatoria.

En este orden de cosas, habiendo desentrañado cuál es el marco jurídico en el que se instala el deber de obediencia, resta poner de manifiesto que son variadas las perspectivas desde las cuales puede ser concebida e analizada la institución jurídica que se estudia. En la determinación de su alcance a menudo han jugado un relevante papel las propias concepciones ideológicas del intérprete en torno al funcionamiento de la

³ Opina GRANDI que frente al poder directivo no se sitúa de manera inmediata el deber de obediencia del trabajador sino la *sujeción* a dicho poder. De modo que el reverso de la obediencia que obliga al trabajador no sería la propia potestad directiva sino el resultado del ejercicio de la misma. Esto es, señala el autor que «di fronte quindi al dovere di obbedienza stanno le disposizioni in cui ha preso corpo l'esercizio del poter direttivo e non il potere direttivo in sè astrattamente considerato». Textualmente en «Riflessioni sul dovere di obbedienza nel rapporto di lavoro subordinato», en *ADL* (2004), p. 730. Sin embargo, para ser más exactos, el deber de obediencia, que es consustancial a la propia relación subordinada de trabajo, no impone un determinado comportamiento al trabajador como el que pudiera extraerse de cada orden o instrucción dada sino que, más bien, se identifica con la posición de sujeción que grava al deudor de la prestación.

empresa, a la configuración de la dependencia laboral y, en definitiva, a las derivaciones del ejercicio del poder empresarial en la esfera jurídica del deudor de la prestación. No han sido pocos los pronunciamientos judiciales que han conformado buena muestra de ello y en sus argumentaciones han prescindido de elementos puramente legales o contractuales para dar salida a opiniones particulares sobre el modelo de relaciones laborales imperante. Pero más allá de todas estas consideraciones, el estudio de la obediencia exigible al trabajador debe discurrir por el terreno contractual y respetando el sistema constitucional y normativo establecido, sin que otros factores circunscritos al campo del ideario personal puedan llegar a conformar puntos de referencia relevantes en el análisis técnico de dicho deber.

Pues bien, a resultas de la estructura bilateral contractual, la injerencia empresarial sobre la dependencia del trabajador se halla notablemente condicionada por diversas variables que serán presentadas a lo largo del presente estudio y que, en definitiva, nos conducen al análisis de los mandatos empresariales desde la óptica que en cada caso se derive del sistema de fuentes que establece nuestro ordenamiento, de las cuales se podrán extraer un elenco de restricciones que operan en el ámbito de la concreta relación laboral. Una vez elaborada una construcción teórica de los frenos jurídicos a los poderes empresariales (objeto, no obstante, de múltiples estudios que se remontan a los orígenes mismos del Derecho del Trabajo), se acometerá el propósito principal del presente análisis: el examen desde una perspectiva integradora de la posición jurídica del trabajador y su capacidad de respuesta ante el ejercicio extralimitado del poder directivo patronal. Es decir se trata de actualizar los términos de un debate que no ha sido objeto de una especial atención en los últimos años, excluyendo de la reflexión el estudio de los concretos frenos al poder empresarial reinantes en la actualidad tras las continuas e inacabadas reformas legislativas (las cuales, como se verá, poco a poco han hecho perceptibles los intereses organizativos del empresario en el espacio del contrato de trabajo), para centrarnos en la consideración de los distintos mecanismos jurídicos mediante los cuales pueda incorporarse y hacerse efectivas las necesidades y exigencias de los trabajadores en la concreta relación laboral de la que son protagonistas.

II. ALCANCE DE LA OBLIGACIÓN DE CUMPLIR LAS ÓRDENES E INSTRUCCIONES PATRONALES

Tomando como punto de partida la esfera teórico doctrinal, desde los primeros estudios en el campo de las relaciones laborales el deber de obedecer la voluntad del jefe del negocio empresarial se ha plasmado, de forma más o menos rotunda, ligado a la estructuración jerárquica de la empresa y a la autoridad que dispone el empleador

encargado de la organización y dirección de su negocio. Esta obligación quedaría reverberada en distintas obras de mediados del pasado siglo que albergaban y aportaban solidez a planteamientos anudados a la soberanía que posee el dueño de los medios de producción sobre la propia organización empresarial y, como no podría ser de otra manera, sobre la modalidad de producción que ha de sustanciarse en su empresa⁴. De esta concepción parten las teorías comunitarias para defender un deber del trabajador de acatar la voluntad de su patrono que se entiende corolario inevitable de la lealtad y fidelidad a éste exigible. Dicha obligación incondicional se explica prescindiendo del contrato de trabajo y se concibe sin fisuras. Mientras que tempranamente se había admitido que los trabajadores hicieran valer una cierta oposición a los deseos del patrono, negando que la sujeción del obrero a los mandatos empresariales «exija de él una impasibilidad absoluta» y admitiendo el «derecho de rehusar la obediencia debida al patrono cuando se trate de órdenes ilegales o inmorales»⁵, construcciones posteriores de los aspectos jurídicos envueltos en el análisis del deber de obediencia se apartan de tal planteamiento y defienden una dirección empresarial ataviada de un mando de cariz totalitario. En esta dirección no cabe otra cosa que el sometimiento de la fuerza de trabajo a los designios de quien dirige la organización en la cual se incorpora y para la que el negocio jurídico suscrito desempeña una función meramente instrumental al intervenir como simple «título de adhesión»⁶ a la misma. La subordinación o dependencia del trabajador resulta entonces notablemente acentuada, tanto desde la consideración del aspecto funcional relativo a las exigencias de la organización empresarial, como del puramente personal.

En la actualidad, sin embargo, existe un acuerdo pacífico tanto en la doctrina como en la jurisprudencia sobre la imposibilidad de correlacionar al poder directivo con un deber de obediencia incondicional. Y en este sentido ampliamente se ha identificado el límite nuclear que afecta al mismo: la legitimidad de la orden impartida. Más discutido resulta, por contra, la atribución al trabajador de la capacidad para enjuiciar el ejercicio del poder empresarial de dirección y sus opciones de *autoprotegerse* ante las disposiciones jerárquicas potencialmente lesivas de sus derechos. Sobre este tema se volverá más tarde, de modo que lo que compete en este momento es el estudio del alcance de la obligación del trabajador.

El ordenamiento normativo laboral, en función de la ponderación de todos los intereses implicados en el sistema de producción y la valoración de los principios

⁴ GARCÍA OVIEDO, C., *Tratado elemental de derecho social*, Librería Gral. de Victoriano Suárez, Madrid, 1946, pp. 156-160

⁵ GRIJALBA, R., *El contrato de trabajo ante la razón y el derecho*. 2ª ed., Francisco Beltrán, Madrid, 1922, p. 180.

⁶ ROMÁN DE LA TORRE, Mª D., *Poder de dirección...*, cit., p. 345.

constitucionales, ha tratado paulatinamente de garantizar un cierto equilibrio definiendo ciertas limitaciones a los poderes del empresario, ya sea a través de normas imperativas contenidas en las leyes o del establecimiento de un conjunto de mínimos mejorables a través de la negociación colectiva y el contrato de trabajo⁷. A medida que se ha ido desarrollando la normativa laboral, «se ha venido precipitando históricamente un proceso de objetivación y de tipificación de la discrecionalidad empresarial»⁸ a través de imposiciones legales desarrolladas con posterioridad por la negociación colectiva. Es dable precisar, no obstante, que la configuración de este elenco de frenos o contrapesos frente a la autoridad empresarial condiciona la validez del ejercicio de la misma aunque, si bien, no su propia existencia⁹, de manera que aún hoy la asimetría real entre las partes, patente ya desde el inicio de la relación laboral, continúa constituyendo el pilar básico sobre el que se asienta el Derecho del Trabajo.

Configurados el deber de obediencia y la potestad empresarial de mando como precondiciones mutuas de uno y otro, los factores que van a condicionar la intensidad de la obligación de acatar las órdenes e instrucciones del empleador provienen de la demarcación de la amplitud del poder directivo y de la operatividad de sus límites. El hecho es, sin embargo, que la extensión del deber de obediencia se esboza a través de perfiles un tanto borrosos puesto que exigen inevitablemente la concreción previa del perímetro bajo cuyos contornos se desenvuelve el ejercicio legítimo del poder de dirección. En la medida en que se avance en este sentido, será más fácil concretar cuál es el grado de obediencia susceptible de ser requerida al empleado.

No se obvia que a menudo la definición en abstracto de los límites que condicionan el poder para ordenar la prestación productiva no servirá, a su vez, para dilucidar si se está o no ante un ejercicio regular del mismo, siendo inevitable el análisis de las circunstancias que se hallan en cada caso envueltas. Sirva en este momento poner de manifiesto que la interrelación entre poder de dirección y la obligación de obedecer es tan estrecha que exige que ambas esferas en las cuales se desarrolla su ejercicio coincidan perfectamente. De manera que sólo cuando los mandatos del empresario sean fruto del ejercicio legítimo del poder patronal se verá el trabajador en la obligación de acatar sin discusión su contenido. Mientras que si se pretendiera de éste un cumplimiento ciego a las órdenes empresariales, con independencia de que se ciñan a los requerimientos de regularidad que sujetan el poder de dirección, se estaría provocando una inevitable extensión del mismo. La ampliación de sus contornos

⁷ VALLEBONA, A., *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, Cedam, Padova, 1995, p. 58.

⁸ BAYLOS GRAU, A., *Derecho del Trabajo...*, cit., p. 89. También en este sentido, ROMÁN DE LA TORRE, M^a D., *Poder de dirección...*, cit., p. 42.

⁹ PERSIANI, M., «Diritto del lavoro...», cit., p. 32-33.

configuraciones por esta vía no es más que una distorsión fraudulenta del diseño normativo de las prerrogativas ordenadoras, máxime cuando las disciplinarias intervendrían al servicio de tal concepción desviada del poder directivo y actuarían castigando el incumplimiento del trabajador. El círculo que se cierra entonces permitirá subrayar que si el poder punitivo se ejerce para castigar actuaciones que suponen la inobservancia de una orden o directriz ilícita o abusiva que no debería haber generado deber de obediencia, entonces dicha facultad sancionadora quedará a su vez inevitablemente ampliada¹⁰.

Es por ello por lo que la respuesta correcta que debe darse desde el punto de vista técnico pasa por advertir que los mandatos empresariales que no respeten los límites que condicionan el ejercicio del poder para impartirlos no provocan en el destinatario de los mismos la obligación de acatarlos. Y tal afirmación no es más que el resultado de la configuración legal del poder directivo y del correlativo deber de obediencia en los arts. 5, c y 20.1 y 2 ET. Preceptos de los que se deriva un planteamiento explícito: las prerrogativas inherentes a la dirección de las organizaciones empresariales no componen un poder arbitrario, sino meramente discrecional. Los términos bajo los que se desenvuelve su ejercicio dependen singularmente del equipo directivo que lo ostenta en primera persona, o por delegación del empleador, pero ello no obsta para que el alcance de dicha facultad sea limitable y controlable jurídicamente. En otras palabras, lo que el legislador ha pretendido legitimizar es la supremacía del director de la empresa respecto de sus empleados pero únicamente cuando dicha desigualdad jurídica tiene como expresión una facultad para ordenar o dirigir el trabajo que se ejerce de manera regular. De acuerdo, por tanto, al dispositivo técnico de la regularidad, el respeto a ciertas limitaciones por parte de la dirección es uno de los elementos que va a condicionar el alcance de la obediencia debida¹¹.

Al hilo de lo dicho, es preciso realizar dos puntualizaciones: la primera de ellas, que la garantía de un ejercicio regular conforme al que han de adecuarse las actuaciones empresariales no es una reciente novedad sino que supone la traducción legal de una doctrina judicial y doctrinal ya asentada con anterioridad a la declaración normativa que se estudia¹² y que se concibe como el rasgo que marca los confines de la desobediencia

¹⁰ Así, ROMÁN DE LA TORRE, M^a D., *Poder de dirección...*, cit., p. 350.

¹¹ Puede consultarse la clasificación de los límites que constriñen el poder empresarial que realiza VALLEBONA, A., *Tutele giurisdizionali...*, cit., pp. 54-70.

¹² Precisamente, aunque no empleara dicha terminología, de la LCT de 1944 (arts. 64.1 y 69.2) se derivan ciertas exigencias de regularidad al requerir a las órdenes empresariales, en primer lugar, que versaran sobre la prestación de trabajo impidiendo que tuvieran reflejo alguno en la conducta extralaboral del trabajador y, en segundo lugar, que éstas no fueran contrarias a las disposiciones legales y reglamentarias, al contrato o la costumbre. Por otro lado, ya en la STS 30 enero 1969 (RJ/414) se indica que el poder de dirección del empresario «ha de ejercerse dentro de las normas jurídicas que regulan la

justificada; y, en segundo término, que lo que incorporan los citados pasajes legales es un «estándar general de legalidad»¹³. Obvio resulta, además, que las decisiones del empleador en torno a la organización y gestión del factor productivo trabajo, conectadas a las libertades organizativas de tipo general, han de ser el resultado del ejercicio lícito de sus facultades y respetuosas con la legalidad vigente. Consiguientemente, los estándares de regularidad también serán exigibles, a pesar del silencio legal, en toda disposición del empresario que suponga la manifestación de una prerrogativa patronal¹⁴. Cuándo ha de entenderse que la ordenación empresarial se corresponde a las exigencias de la regularidad es la cuestión que pretende abordarse a continuación dejando para un momento posterior otras preguntas fundamentales en el ámbito que está siendo objeto de análisis. ¿Cómo debe interpretarse la conducta desobediente del trabajador cuando existen dudas en relación a una posible extralimitación del ejercicio del poder directivo? Y ¿cuál es la auténtica capacidad de reacción ante los mandatos impartidos por el empleador que claramente extravasan el ámbito de ejercicio legítimo de tal poder?

III. LÍMITES SUBJETIVOS: ORDENACIÓN DE LA PRESTACIÓN POR EL TITULAR DE LAS FACULTADES DIRECTIVAS

1. El ejercicio funcional de la dirección delegada

Ciñéndonos a la exégesis del dato normativo, el «empresario o persona en quien éste delegue» tienen atribuidos de modo explícito la dirección y control de la actividad laboral (art. 20.1 ET). El precepto, por tanto, señala los sujetos que en el ejercicio del poder directivo están legitimados para impartir órdenes vinculantes para los trabajadores, quienes, en consecuencia, habrán de respetar las órdenes del empresario pero también las de sus colaboradores, terceros (distintos del empresario-acreedor de la prestación) encargados funcional e institucionalmente de la gestión del personal. Y, a la inversa, el trabajador no se verá obligado por los mandatos impartidos por quienes no tengan la referida competencia de ordenación¹⁵. En suma, la obediencia a las decisiones fruto de la facultad de mando se esperará en tanto en cuanto dichas directrices

relación de trabajo de que se trate, como una función social alejada del posible abuso de aquél por el patrono».

¹³ MONTOYA MELGAR, A., «Nuevas dimensiones jurídicas...», cit., p. 23.

¹⁴ MARTÍNEZ ROCAMORA, L.G., *Decisiones empresariales...*, cit., p. 69, quien da cuenta, no obstante, de la distinta valoración que merece la regularidad de las decisiones sancionadoras respecto aquellas que son manifestación del poder directivo. Esto es así debido a los estrechos vínculos que unen al poder disciplinario y la reglamentación legal y convencional, instancias con un intenso papel en la determinación del contenido y límites del mismo, mientras que las facultades de dirección vienen delimitadas esencialmente por tal negocio jurídico privado. En este sentido en las pp. 70-71. Consúltese también FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F., *El poder disciplinario...*, cit., pp. 140-141.

¹⁵ GARCÍA NINET, J.I., «El deber de obediencia...», cit., p. 880. *Vid.* también, DIÉGUEZ CUERVO, G., «Sobre la obediencia del trabajador», en *RPS*, núm. 91 (1971), p. 93.

imperativas se encuentren legalmente establecidas por las personas habilitadas para ello¹⁶.

En líneas generales se debe señalar que las decisiones podrán ser tomadas por el propio empleador o por una persona física a la que se le hayan transferido tales funciones. A su vez, cuando el sujeto titular de la relación laboral –parte del contrato en sentido formal y acreedor de la prestación– es una sociedad, será un específico órgano de la empresa el que adoptará la posición de equipo dirigente¹⁷. De este modo, altos cargos, mandos intermedios y, en función de la categoría profesional en la que vengán encuadrados, los propios operarios, pueden organizar o disciplinar el trabajo de otros miembros de la plantilla. Resulta evidente, por tanto, cómo la estructura jerárquica de la empresa termina por reflejarse de forma inevitable también sobre la relación subordinada de trabajo, aun cuando las más recientes formas de organizar la producción concedan al trabajador una cierta autonomía operativa¹⁸.

Existe un acuerdo pacífico a propósito de la notable influencia que ejerce la función directiva en la competitividad y supervivencia de las empresas en el mercado. Numerosos estudiosos en el campo de las estrategias de gestión de los recursos humanos han destacado, entre la ingente amalgama de factores que inciden en el desempeño eficaz de las labores de dirección (la formación del directivo, su motivación personal, la visión general y a largo plazo de la empresa, etc.), el importante papel que tiene en este ámbito la delegación de responsabilidades y de la toma de decisiones¹⁹. Pues bien, como muestra de esta exigencia, cada vez más organizaciones empresariales hacen gala de una actitud integradora y apuestan por sistemas de gestión que permitan la participación de un mayor número de personas, orientando su trabajo a conseguir sus propios objetivos al tiempo que alcanzan aquellos que se ha propuesto la empresa empleadora. De modo que el funcionamiento flexible de la dirección sustituye al *management* centralizado que tiene como elementos clave la planificación, dirección y control del personal asalariado por el mismo empresario o, cuando la sociedad empresarial es de medianas o grandes dimensiones, por las personas inmediatamente más cercanas a éste. Y aun siendo cautelosos en cuanto a la virtualidad actual de los procesos de dirección global de las empresas y la efectiva participación de los

¹⁶ Retomando las palabras de WEBER, la dominación legítima «descansa en la creencia en la legalidad de ordenaciones estatuidas y de los derechos de mando de los llamados por estas ordenaciones a ejercer la autoridad (autoridad legal). De modo que «el que obedece (...) sólo obedece “al derecho”», *Economía y sociedad*, cit., pp. 224 y 226.

¹⁷ RIVERO LAMAS, J., *Limitación...*, cit., p. 70.

¹⁸ VALLEBONA, A., *Istituzioni di diritto del lavoro. II. Il rapporto di lavoro*, 4ª ed., Cedam, Padova, 2004, p. 120.

¹⁹ AA. VV. (Coord. Fernández Guerrero, R.), *Organización y métodos de trabajo. Dirección de la producción y recursos humanos*, Civitas, Madrid, 1998, p. 31.

trabajadores en las instancias de decisión, lo cierto es que los asalariados que desempeñan cargos intermedios ocupan un rol activo en el funcionamiento de la organización y asumen determinados niveles de responsabilidad en torno al rendimiento de la plantilla que tienen a su cargo y, en definitiva, a la buena marcha de la empresa²⁰.

Este personal directivo asalariado que colabora con el titular de la organización empresarial, del cual depende jerárquicamente, se compromete a ordenar la realización del trabajo contratado ostentando, de esta forma, la capacidad y los poderes del empresario²¹. Esto es, en las recientes estructuras organizativas se asiste a la definición, por parte del empresario, no de las reglas de ejecución de la prestación, sino de los criterios de producción de las mismas y de los objetivos generales de la empresa²². Serán, pues, los asalariados con capacidades de mando los que se ocupen de integrar y coordinar los esfuerzos de los trabajadores que componen la plantilla, de tomar ciertas decisiones, de dar las correspondientes instrucciones y hacer que se cumplan. No obstante, se ha de aclarar que se trata, tal y como se insistirá a continuación, de una mera participación por parte de un sujeto distinto del empresario en las facultades o prerrogativas que le son propias sin que, como podrá suponerse, se vea afectada la titularidad de las mismas que permanece inmutable en manos del empleador. Es éste quien sigue asumiendo las obligaciones inherentes al devenir de la relación laboral y, por tanto, será ante la figura del empleador frente a quien se presente, por ejemplo, las eventuales demandas de impugnación de un despido decidido como sanción ante el incumplimiento de la obligación de obediencia o disciplina en el trabajo²³. Así pues, no hay duda de que los superiores del trabajador, entre los que también se encuentran los dirigentes del máximo nivel, no ejercitan un poder propio sino que actúan por cuenta del empleador. Las órdenes e instrucciones pueden partir, por tanto, de diversos sujetos pero todos ellos han de tener la competencia funcional para dirigir la prestación en el interior de la organización, puesto que la ausencia de tal atribución se traduce, obviamente, en un límite al deber de obediencia del trabajador.

²⁰ Corroborando esta afirmación, SELMA PENALVA pone de manifiesto que las nuevas teorías de organización del trabajo propugnan una reestructuración del equipo directivo de las empresas. La clásica estructura jerárquica o piramidal ha ido dando paso a un sistema «romboidal» que se caracteriza por un reparto más igualitario de la carga productiva, así como de las labores de ordenación y dirección entre los miembros de la plantilla. Lo que a la postre se traduce en que se opta por implantar un modelo «en el que se supriman los escalones jerárquicos, y para lograrlo, los altos cargos en la empresa moderna se reducen al mínimo y las funciones de supervisión y organización del trabajo se encomiendan a cargos medios, cuyas instrucciones el trabajador ordinario se encuentra espacialmente predisposto a cumplir» (SELMA PENALVA, A., *Los límites del contrato...*, cit., p. 53).

²¹ TULLINI, P., «Identità e scomposizione...», cit., p. 90.

²² SALENTO, A., «Somministrazione, appalto, organizzazione: politiche del diritto, interpretazioni, teorie organizzative», en *Giorn.Dir.Lav.Rel.Ind.*, núm. 111, vol. III (2006), p. 485.

²³ Vid. ampliamente ROMÁN DE LA TORRE, M^a D., *Poder de dirección...*, cit., pp. 123-125.

Por lo demás, el problema de la determinación de los órganos con prerrogativas de mando respecto de cuyas disposiciones se exige obediencia al trabajador se agudiza cuando nos enfrentamos con empresas grandes que pueden disponer de varios centros de trabajo, aportaciones al capital por parte de accionistas o entidades financieras y donde un consejo de administración toma las decisiones referentes a la gestión y funcionamiento. Como está ampliamente admitido, la legitimidad de la orden empresarial y, por tanto, su carácter imperativo y obligatorio está condicionado por el hecho de que ésta emane de quien esté efectivamente investido de las prerrogativas de mando, circunstancia que se vuelve más compleja cuando el dueño de la empresa y quien dirige el negocio en última instancia, no coinciden en la misma persona. Ello no obsta para que pueda afirmarse, como se verá a continuación, que en ningún caso se trata de una división real del poder directivo, que sigue en manos del titular de la organización productiva aunque no sea el propietario de la misma²⁴.

Pues bien, estos mismos inconvenientes se perciben a la hora de concretar quién es el sujeto legitimado para gestionar los medios personales de la empresa si se tiene en cuenta la presencia de estructuras económicas, sociales y jurídicas complejas en la realidad empresarial actual. A partir del contexto de reestructuración económica de los años 80, tanto el funcionamiento como la estructura empresarial se vieron sometidos a profundos procesos de conversión inspirados en la búsqueda de una mayor competitividad, la diversificación del capital, menores riesgos de inversión asociados a la actividad emprendedora y la moderación tanto de los gastos estructurales como de personal. Mediante la adopción de nuevas estrategias de organización se asiste al fraccionamiento del ciclo productivo y a la proliferación de prácticas de acercamiento estratégico a través de la consolidación de organizaciones empresariales interconectadas en forma de red. El área de las relaciones bilaterales de cambio se vio desplazado de su posición monopolizadora en el mercado por la injerencia de renovados esquemas contractuales más favorables a la obtención de los objetivos financieros o corporativos pretendidos. De manera que la quiebra de los esquemas clásicos de trabajo se alza como resultado, entre otros elementos, de la interposición en la relación laboral, junto al contratante formal, de otro empresario que va a percibir la utilidad de la actividad productiva desarrollada. Así, el interrogante que se plantea en este apartado adquiere especial singularidad en los casos en los que la prerrogativa de dirección viene a atribuida a aquel que es un mero beneficiario de la actividad de producción.

²⁴ «La titularidad del poder directivo la tiene la empresa en cuanto tal, como sujeto económico, materializadas estas decisiones en los órganos correspondientes» del mismo modo que «quien contrata, en definitiva, es la empresa y no el alto cargo o el técnico de personal», ROMÁN DE LA TORRE, M^o.D., *Poder de dirección...*, cit., pp. 124-125.

El fenómeno económico y social de la descentralización productiva (expresión española para el *outsourcing* anglosajón)²⁵, término que designa tanto la división de trabajo entre empresas como la *externalización* interna de las funciones menos rentables²⁶, ha pasado a constituir el factor que singulariza de manera destacable la identificación del titular del poder y precipita el proceso de escisión de la figura unitaria del empresario configurado como centro de imputación jurídica de las facultades directivas²⁷. El alto grado de flexibilidad laboral que preside el actual modelo de producción forma parte ya de una auténtica cultura empresarial que persigue la mejora de la capacidad de adaptación de los sistemas de producción a la acelerada evolución del mercado. Como es fácilmente comprobable, de manera progresiva hemos asistido a la descomposición de los tradicionales esquemas de ejercicio del poder de dirección. A través de esta figura, la consecución de los fines empresariales se obtiene, no mediante la incorporación de trabajadores a la propia plantilla, sino a través de la intervención de empresas auxiliares en una fase productiva ajena (celebrando contratos o subcontratas de obras o servicios, empleando los servicios de las ETT o de las denominadas empresas de servicios integrales o *multiservicios*), o bien mediante la fórmula del grupo de empresas que cuenta con la dirección económica unitaria sobre la actividad societaria general como elemento identificativo principal del fenómeno grupal²⁸. Al margen de la externalización que se produce empleando a trabajadores autónomos, todos los supuestos a los que se ha aludido albergan como elemento común la presencia de una dualidad o pluralidad de empresarios, circunstancia que traerá consecuencias tanto en el plano de la titularidad y ejercicio del poder de dirección empresarial, como en el del alcance de su reverso, el deber de obediencia del trabajador.

La segmentación de las unidades productivas provoca la disociación del poder empresarial entre las partes de las relaciones laborales triangulares, dando lugar a lo que ha venido siendo denominado «desmembración jurídica» del empleador²⁹. Soslayando la progresiva redefinición de los criterios tradicionalmente empleados en la distinción de los diversos fenómenos de gestión empresarial en el ámbito de las relaciones mediatas o indirectas de trabajo, así como la disposición de diversos mecanismos para la imputación de responsabilidades que entran en juego ante los incumplimientos empresariales, este estudio únicamente se detendrá en la pérdida de concentración y desempeño del poder directivo en el marco de los fenómenos organizativos aludidos y

²⁵ Sobre la cuestión terminológica, *vid.* RIVERO LAMAS, J., «La descentralización...», *cit.*, pp. 23-25.

²⁶ Sobre la distinción entre la descentralización externa e interna consúltese a BAZ RODRÍGUEZ, J., *Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo*, Comares, Granada, 2002, p. 8 y RIVERO LAMAS, J., «La descentralización...», *cit.*, pp. 23 y 44

²⁷ TULLINI, P., «Identità e scomposizione...», *cit.*, p. 90.

²⁸ Con mayor detalle, ALEMÁN PÁEZ, F., «Unidad de mercado...», *cit.*, pp. 29-30.

²⁹ RIVERO LAMAS, J., «La descentralización...», *cit.*, p. 36.

en su proyección sobre el deber inherente a la condición de empleado, esto es, sobre su obligación de acatar los mandatos de la dirección. Con todo, la descomposición de la figura del empresario requerirá un estudio, no sólo acerca de la estructura de la relación laboral, sino también de la dinámica interna de las distintas posiciones subjetivas de las partes contratantes.

2. Titularidad del poder directivo en los supuestos de segmentación de las unidades productivas y agrupación de empresas

A. Contratas y subcontratas de obras o servicios

Comenzando por el supuesto de hecho del art. 42 ET, huelga decir que en el contexto actual la externalización de las funciones y servicios hacia empresas contratistas se ha llegado a convertir, en ciertos sectores de la actividad empresarial, en el sistema ordinario de estructuración productiva³⁰. En efecto, a tenor de lo expuesto por una acreditada doctrina, la institución jurídica de las contratas o subcontratas de obra viene ocupando en el mundo de la producción descentralizada una posición central y básica como punto de referencia en los procesos de fragmentación de la producción³¹. La intervención de la plantilla de una empresa auxiliar en el proceso productivo de la empresa contratante no plantea dudas en cuanto al origen contractual del poder de dirección. El verdadero empresario de los trabajadores es el contratista puesto que es éste quien figura como sujeto del contrato de trabajo y, consecuentemente, ostentará la titularidad de los derechos y deberes inherentes al mismo. La situación jurídica es, por tanto, la siguiente: la empresa contratista se integra en el ámbito productivo de la comitente, sin que esto conlleve la renuncia a la planificación, organización y ejecución de la actividad comprometida o la delegación de tales tareas en la contratante. Así pues, la empresa contratista que recibe, si bien de un modo indirecto, las utilidades de la obra o del servicio que se presta, asume también la dirección de los trabajadores por ella contratados ejercitando en primera persona las facultades de estipulación de disposiciones sobre la ejecución del trabajo (igualmente, la imposición de las sanciones

³⁰ De hecho, ya desde hace algunos años se viene proponiendo la normalización de las relaciones triangulares a fin de que no sean concebidas como unas relaciones excepcionales. En esta dirección y teniendo presente el actual escenario económico, se ha defendido su configuración como relaciones alternativas a las bilaterales. Así en PÉREZ GUERRERO, M.L. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., «El art. 43 del Estatuto de los trabajadores. Empresas de trabajo temporal y cesión de trabajadores», en *RMTAS*, núm. 58 (2005), pp. 185-220. Sobre este asunto advierte GORELLI HERNÁNDEZ cómo desde la perspectiva actual «la descentralización productiva no es un fenómeno patológico, sino fisiológico: lo que antes era negativo ahora se considera positivo e incluso necesario para la buena marcha económica de las empresas» [«La tutela de los trabajadores en supuestos de descentralización productiva no regulados por el ordenamiento laboral», en *TS*, núm. 198 (2007), p. 38].

³¹ CRUZ VILLALÓN, J., «Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas», en *RL*, vol. I (1992), p. 116.

ante las posibles infracciones cometidas por dichos trabajadores corresponde al que figura como único patrono de éstos, el contratista)³².

El tercer sujeto que interviene en la relación, el empresario principal, carece de título contractual para ordenar el desenvolvimiento del trabajo convenido y, sin embargo, se constituye en beneficiario mediato de los servicios del trabajador. Ahora bien, si esta privación de las facultades directivas no plantea mayores problemas en los casos en los se produce una segregación espacial (la actividad productiva se ejecuta en locales distintos de los del empresario principal), mayor detenimiento merece la carencia de tales funciones directivas y supervisoras cuando la prestación de servicios se emplaza en el marco locacional de la empresa contratante³³. Así, las dudas que planean en este ámbito pueden reconducirse a los siguientes interrogantes: ¿Sería defendible en estos casos que el contratante pudiese dirigir, aun en términos mínimos, el trabajo realizado y entraran ciertos aspectos del mismo dentro del ámbito sujeto a su control?; ¿Sería predicable, por tanto, la existencia de un deber de obediencia contraído respecto a dos empresarios distintos? O lo que es igual, ¿deberán ser acatadas las directrices imperativas del empresario principal por el trabajador con el que no mantiene ningún vínculo negocial?; ¿La oposición del trabajador a las órdenes del empresario principal podría calificarse de incumplimiento contractual merecedor de algún tipo de sanción?.

Para dar respuesta a las cuestiones apuntadas bien puede comenzarse recordando que en un primer momento, pese a que ha sido objeto de matizaciones posteriores, cierta doctrina judicial había admitido que el personal de la empresa contratista pudiera, en ocasiones, «trabajar bajo la dirección de la empresa principal, sin que por ello desaparezca la ligazón que une al trabajador con la empresa que le ha contratado y con la que sigue manteniendo la relación»³⁴. Pese a ello, lo cierto es que la ley no ha previsto dicha posibilidad, a diferencia de lo que sucede en los supuestos de

³² Tanto es así que existirá un mero suministro de mano de obra cuando el trabajador que presta sus servicios en la empresa principal se encuentre sometido a los mandatos de los directivos de la misma (art. 43.2 ET). Esto es, a resultas de la reforma llevada a cabo a través del RDL 5/2006, de 9 de junio (posterior Ley 43/2006, de 29 de diciembre) se asumió como parte integrante del contenido de la regulación una asentada doctrina judicial recaída sobre cesión ilegal de trabajadores. La adopción por los mandos de la empresa principal de las decisiones relativas al modo o la forma de ejecución de la prestación laboral va a constituir, a partir de entonces, una presunción *iuris et de iure* de la simulación del fenómeno interpositorio. Consúltense, en este sentido, LÓPEZ SÁNCHEZ, M^a C., «Antiguos y nuevos planteamientos sobre subcontratación y cesión ilegal de trabajadores», en *AL*, núm. 7 (2007), p. 815 y MOLERO MANGLANO, C., «¿De qué depende que una contrata sea declarada cesión ilegal tras la reforma de 2006?», en *AL*, núm. 21 (2006), pp. 2549-2550 y 2552.

³³ El TS admite tal coincidencia espacial únicamente cuando la naturaleza del servicio contratado lo exija (*v.gr.*, vigilancia, limpieza). Así en la STS 16 junio 2003 (RJ/7092).

³⁴ STSJ País Vasco, 24 febrero 1992 (AS/610). De modo similar, STSJ Madrid, 21 diciembre 1998 (RJ/4399). Sobre este asunto *vid.* LLANO SÁNCHEZ, M., *Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas*, La Ley, Madrid, 1999, pp. 120-121.

contratación a través de las ETT. Únicamente la legislación referente a la seguridad y salud en el trabajo establece que cuando concurren trabajadores de empresas diferentes en un mismo centro de trabajo, propiedad del contratante, le corresponde a éste informar y dar las instrucciones oportunas en relación a las siguientes cuestiones: los riesgos existentes, las medidas de protección y prevención que correspondan, así como las medidas de emergencia aplicables cuando la situación lo requiera (art. 24.2 LPRL). No obstante, dicha labor informativa y de ordenación habrá de canalizarse por vías exclusivamente interempresariales sin que la norma legal habilite una posible intromisión en el poder directivo que corresponde a la empresa auxiliar para con sus empleados. Es decir, el procedimiento legal se desenvuelve en dos momentos bien distintos. En el primero de ellos el empresario principal requerirá del resto de empresas concurrentes la puesta en marcha de los medios de prevención oportunos a través de la transmisión, de una empresa (contratante) a la otra (contratista), de las informaciones e instrucciones necesarias para garantizar la seguridad en el trabajo a fin de que, a continuación, sea esta última quien se las traslade a sus trabajadores³⁵.

Cabe admitir como excepción a lo hasta aquí señalado un supuesto concreto. Las situaciones de emergencia pueden requerir actuar con celeridad y, por tanto, una ordenación directa por parte del sujeto empresarial que se encuentre presente en el centro de trabajo a fin de evitar que circunstancias sobrevenidas e imprevistas den lugar al daño que es susceptible de provocar una situación de riesgo grave e inminente. En estos casos, situados al margen de la normalidad y regularidad que parece presumir el art. 24.2 LPRL al regular los aspectos que han sido descritos, exigir la intervención del empresario interpuesto puede llegar a obstaculizar la actuación rápida que reclama un escenario de emergencia. Sería una insensatez demorar una respuesta a una situación de tales características a la espera de que el empresario formal pudiera dirigirse a sus empleados y organizar las medidas de evacuación, salvamento y control de daños oportunas. Por tanto, en este contexto, y pese a la concepción ortodoxa que contempla dicho precepto de la dualidad subjetiva propia del contrato de trabajo, entiendo que el empresario principal puede adoptar una posición de mando respecto a los empleados de terceras empresas a fin de evitar que los trabajadores sean receptores de instrucciones

³⁵ Como se ha advertido con acierto, trayendo además a colación los arts. 8 y 9.2 RD 171/2004, 30 de enero, «las instrucciones de la empresa principal deben ser cumplidas por la contratista y por sus trabajadores, de modo que la inobservancia por éstos de dichas órdenes generan faltas contractuales exigibles por su propio empresario, vinculado a su vez por las instrucciones del primero de la cadena, y responsable ante él si no las sanciona». Ciertamente es, por tanto, que «el fundamento contractual desde la perspectiva del trabajador es el contrato que le une a su empresario, pero, viendo la obligación desde la óptica empresarial, la situación es más compleja; se genera una especie de jerarquía interna entre empresarios que hace relevantes frente a terceros pactos que en principio sólo a ellos incumben, aflorando en el contrato de trabajo la complejidad de la estructura empresarial que hasta ahora era visible sólo en el momento de la responsabilidad, a través de la fórmula de la solidaridad» [FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a F., «El derecho de las contratas entre la licitud y la prevención», en *RDS*, núm. 36 (2006), p. 36].

contradictorias o que una reacción tardía pudiera favorecer la actualización del riesgo que se pretende rehuir³⁶. Se debe subrayar, pues, la imposibilidad de que la capacidad ordenadora de la comitente alcance de modo inmediato a la fuerza de trabajo aunque, a decir verdad, se perciba en el campo de la prevención de riesgos una modalidad de ejercicio del poder patronal distinta a la habitual como resultado de la propia dinámica de la relación que une a las entidades empresariales implicadas.

Al hilo de lo expuesto, y en lo que respecta a la vigilancia del cumplimiento de las obligaciones de los trabajadores, la ley se muestra meridianamente clara y atribuye tal prerrogativa al que es, a todos los efectos, el empresario (art. 20.3 ET). No obstante, en el marco de las contratas y subcontratas no resulta extraño que tal control lo realice de facto la empresa contratante, máxime si los trabajadores de la contratista desenvuelven su actividad durante toda la jornada en locales pertenecientes a la contratante. Y, en efecto, dicha posibilidad parece haber sido tolerada por la jurisprudencia recaída sobre la cesión ilegal de mano de obra, la cual ha puesto mayor énfasis en reconducir el ejercicio de las facultades directivas a la posición jurídica de la empresa auxiliar mientras que ha denotado mayor condescendencia en lo que se refiere a la potestad empresarial de fiscalización³⁷. Tomando de nuevo como elemento de

³⁶ Así lo ha defendido CRUZ VILLALÓN quien ha recalcado, además, la conveniencia de que se prevea de forma explícita quién se va a encargar de poner en funcionamiento las medidas de emergencia para tales situaciones («Poder de dirección...», cit., p. 242). De forma similar, MONTOYA MELGAR, A., «El poder de dirección del empresario en las estructuras...», cit., p. 138.

³⁷ Si se retoma el estudio de la norma estatutaria, a tenor del art. 20.3 ET, el empleador es el encargado de «adoptar» las medidas que considere oportunas para llevar a cabo dicho control. Son distintas las interpretaciones que pueden hacerse del precepto a raíz del ambiguo término utilizado y, al respecto, considero acertada la distinción que se ha realizado entre la capacidad para decidir los sistemas de fiscalización de las tareas de los trabajadores (facultad a la que se referiría la norma) y la ejecución material posterior de dicha vigilancia (prerrogativa cuya asignación no vendría tasada por la norma). Así las cosas, nada impediría que el control del trabajo lo realizaran terceros si lo determinase de este modo el empleador y auténtico titular del poder en cuestión. A mayor abundamiento, defiende CRUZ VILLALÓN una habilitación implícita en el art. 20.3 en virtud de la cual la empresa contratante podría vigilar directamente a los trabajadores de las empresas contratistas o subcontratistas («Poder de dirección...», cit., pp. 242-243 y 236). Ahora bien, entiendo que siendo cierto que la norma no exige que sea personalmente dicho empresario quien efectúe el control sobre las actividades laborales de sus trabajadores, sí es a éste a quien le corresponderá el diseño de los mecanismos fiscalizadores en su empresa y, a su vez, la recopilación de la información que hayan podido reunir los distintos medios personales o telemáticos de control. Sistemas de vigilancia que, en todo caso, habrán sido situados o instalados partiendo de una iniciativa empresarial y empleado medios propios de la empresa. Fuera quedaría, por tanto, el uso de los medios del empresario contratante para efectuar tal control. En realidad, únicamente en la hipótesis de que los empleados de la empresa auxiliar se viesen compelidos a desarrollar sus funciones en el centro de trabajo de la principal podría admitirse que su empleador hiciera uso de los medios de seguimiento de otra empresa y *a posteriori* recabase la información oportuna sobre la labor de sus empleados. Pero en todo caso, se trataría de una mera colaboración entre las respectivas cadenas de mando que, una vez producida, tendría que traducirse en una comunicación directa entre la empresa contratista y sus propios trabajadores a fin de que adoptasen las medidas oportunas si se hubiera constatado el cumplimiento defectuoso de la prestación. *Vid.* también, GÁRATE CASTRO, J., «Descentralización productiva por medio de contratas de obras y servicios. Algunas cuestiones laborales y de Seguridad Social, con especial referencia a las Administraciones Públicas», en *AL*, vol. I (2004), pp. 1037-1038.

referencia la regulación preventiva, el art. 24.3 LPRL apunta al empresario principal como el responsable de vigilar el cumplimiento de la normativa por parte de la empresa o empresas auxiliares cuando todas éstas concurren permanente o temporalmente en el mismo centro de trabajo. Dicho deber *in vigilando* exige de este empresario la adopción de una conducta positiva de fiscalización en torno al cumplimiento de las obligaciones preventivas por parte del conjunto de las contratistas y subcontratistas. Pero tal atribución se ciñe, en primer lugar, a la adecuación del desempeño de la prestación a las reglas legales de prevención de accidentes y enfermedades profesionales y, en segundo término, a la actuación del empresario con quien la empresa principal mantiene una relación jurídica obligacional, sin que llegue a alcanzar de forma directa a sus trabajadores³⁸. De hecho, el contratista continúa siendo el auténtico obligado ante los asalariados que componen la plantilla de su empresa para cumplir con las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales de modo que también a éste le será imputable el daño que puedan sufrir en este ámbito³⁹.

En cualquier caso y sin rebatir la condición del contratante de tercero interesado en el adecuado desempeño de la prestación, el contratista es el único que ostenta la condición de empresario laboral frente a sus trabajadores y, por tanto, será quien pueda desplegar en exclusiva las facultades de dirección que le son propias como contraparte de la relación de trabajo subordinado. En este sentido, puede afirmarse que «aunque sea posible una supervisión del resultado final (control de calidad), en cambio la empresa principal queda al margen de la dirección del proceso de ejecución que va a determinar ese resultado, no compitiéndole, por tanto, el ejercicio de ninguna facultad de organización, de mando, ni mucho menos de disciplina, sobre los trabajadores de la empresa auxiliar»⁴⁰. No obstante, lo dicho no significa que el empresario principal no pueda formular indicaciones o directrices de carácter *técnico* que versen sobre el adecuado desarrollo de la prestación realizada por los trabajadores del contratista y que deban ser ejecutadas por éstos⁴¹. Posibilidad que, en todo caso, deberá ser enjuiciada de

³⁸ MARTÍNEZ BARROSO, M^a R., «La extensión del deber de vigilancia empresarial en las contrataciones a los trabajadores autónomos, tras la entrada en vigor de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción», en AS, núm. 18 (2007), pp. 52 y 56. Distinto parecer en CRUZ VILLALÓN, J., «Poder de dirección...», cit., pp. 242-243, quien tilda de ineficaz la doble vigilancia que implicaría una interpretación textual de los preceptos aludidos (el control de la contratante sobre el cumplimiento de la normativa de prevención por parte de la contratista junto con aquel que lleva a cabo la contratista sobre la adecuación de la conducta de sus trabajadores a las reglas referentes a la seguridad y salud en el trabajo).

³⁹ GORELLI HERNÁNDEZ, J., «La tutela de los trabajadores...», cit., p. 41. En parecidos términos, SALCEDO BELTRÁN, M^a C., *El deber de protección empresarial de la seguridad y salud de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 110-113.

⁴⁰ PEDRAJAS MORENO, A., «La cesión ilegal de trabajadores», en AA.VV., *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*, Lex Nova, Valladolid, 2002, p. 220.

⁴¹ STCT 9 julio 1981 hablaba de «una subordinación a las órdenes de la empresa principal en el aspecto técnico». En la misma dirección se manifiestan, entre otras, las STSJ País Vasco, 13 diciembre 1996 (RJ/4136) y STSJ Cantabria, 16 junio 2005 (AS/1504).

forma restrictiva. Justamente, la jurisprudencia ha venido admitiendo como supuestos de contrata genuina o no fraudulenta aquéllos en los que la empresa contratante se limitaba a impartir a los trabajadores de la auxiliar algún tipo de indicación incardinada en el ámbito de la «imprescindible coordinación que debe existir entre los mandos intermedios de ambas empresas»⁴².

Así, no sería extraño que los trabajadores de la empresa auxiliar se viesen sometidos a ciertas instrucciones impartidas por la principal para armonizar los servicios contratados con el desarrollo ordinario de la actividad empresarial o que la prestación de trabajo resultara afectada por las normas vigentes en la empresa contratista, de carácter general, en torno al horario, los turnos o las vacaciones⁴³. Se trata, en todo caso, de la necesidad de acomodar el desarrollo de la prestación a las exigencias organizativas adoptadas por el comitente para el común de los trabajadores que comparten el mismo espacio físico como lugar de prestación de sus servicios. Ejemplo de ello también serían las indicaciones de cariz negativo contenidas en carteles, reglamentos internos o códigos de conducta de la empresa principal relativos a la prohibición de comer, de hablar, de no acceder a determinados lugares (o de fumar cuando el marco normativo no contemplaba la proscripción expresa de este hábito que ahora recoge el art. 7 de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre)⁴⁴. Valoración distinta merecen, sin embargo, las instrucciones de trascendencia superior y que son expresión de una injerencia de la contratista en el poder directivo o de una delegación del mismo para que sea ejercido por la empresa principal.

En definitiva, no cabe excluir toda capacidad de actuación del empresario principal quien, en función del acuerdo alcanzado en la contrata civil que le vincula al contratista, estará habilitado para requerirle al empresario auxiliar que encauce la actuación de sus trabajadores, a través de las órdenes e instrucciones empresariales oportunas, hacia la consecución del interés último del contratante. Como podrá preverse, estamos ante condicionamientos externos al compromiso contractual que vendrían justificados por la necesidad de compatibilizar las prestaciones de trabajo que confluyen en un mismo objeto productivo y que de ningún modo dan lugar al fraccionamiento de las facultades directivas que siguen en manos del contratista⁴⁵. La

⁴² STSJ Cataluña, 10 julio 2001 (RJ/3628). *Vid.* también las SSTSJ Canarias, 29 junio 2005 (AS/1912) y 26 octubre 2006 (JUR 2007/1011).

⁴³ LÓPEZ SÁNCHEZ, M^a C., «Antiguos y nuevos planteamientos...», cit., p. 819.

⁴⁴ Al respecto señala GARCÍA NINET que «los trabajadores deben someterse a este tipo de órdenes restrictivas de su libertad en el ámbito laboral, en tanto en cuanto el no seguirlas pueda efectivamente originar los daños que se dice tratan de evitarse», («El deber de obediencia...», cit., p. 891).

⁴⁵ Así en MONTOYA MELGAR, A., «El poder de dirección del empresario en las estructuras...», cit., p. 138. CRUZ VILLALÓN advierte, además, que dados los requerimientos de

ordenación de la prestación debe llevarse a cabo a través de la cadena de mandos de la empresa auxiliar que son quienes están facultados para desarrollar esta comunicación directa con los miembros de la plantilla de su propia empresa, se ejecuten o no los servicios contratados en los locales propiedad de la contratista⁴⁶.

Finalmente, se ha llegado a sostener en nuestra doctrina que la única posibilidad para admitir el ejercicio de las funciones directivas por quien carece de título jurídico originario para ello vendría de la mano de una posible habilitación en el contrato de trabajo o en el convenio colectivo. Ahora bien, este planteamiento se ha visto matizado puesto que su defensa en términos absolutos puede llevar a legalizar la formalización de contrataciones o subcontratas de carácter fraudulento⁴⁷. Por eso es por lo que se limita tal habilitación al ejercicio de una parte del poder directivo sin que, de este modo, el contratista se vea desprovisto íntegramente de un poder que es indeclinable como también lo es su condición de empresario. A mi juicio, sin embargo, la tesis descrita es inadmisibles desde la consideración de las siguientes premisas. Pese a la estructuración compleja de la producción, sólo existe una relación laboral y, por tanto, sólo uno de los distintos sujetos interrelacionados ostenta la condición de empresario laboral. En este orden de cosas, no tendría sentido que a través de las cláusulas convencionales o contractuales pudiera dotarse a quien no tiene la condición de empleador de las facultades inherentes a la misma. Las estipulaciones encauzadas en tal sentido, ya sean fruto de la autonomía individual como de la colectiva, impliquen la partición de la potestad empresarial estudiada o la duplicación de la misma atribuyéndose negocialmente su ejercicio tanto al contratante como al contratista, han de quedar plenamente descartadas. Y ello porque engrosar en tal medida la sujeción o dependencia del trabajador que se ve sometido a las órdenes de quien carece de un nexo contractual con éste exigiría un respaldo normativo del que hasta la fecha carece.

transparencia que trae consigo el sometimiento de la conducta del empleador a la buena fe, sería posible defender la obligación empresarial de dar a conocer a sus trabajadores los acuerdos mercantiles alcanzados con terceros y que condicionen las obligaciones laborales de éstos («Poder de dirección...», cit., pp. 226-230).

⁴⁶ Aún más, de acuerdo a un consolidado criterio jurisprudencial, el hecho de que las órdenes e instrucciones que obligan a los trabajadores de la empresa auxiliar partan efectivamente del jefe de equipo dispuesto por la misma, constituye un fiel indicador de la validez del fenómeno interpositorio, aunque tales mandatos se hallen en consonancia con los requerimientos impuestos por la contratante a la contratista para el desarrollo de los servicios objeto del contrato. Si, por el contrario, el personal de mando que ésta aporta se limita a reproducir las órdenes de la contratante, esto es, si actúan como simples vehículos de transmisión o comunicación de las directrices imperativas que impone la empresa principal, se produciría en este caso una intromisión ilegítima en el poder directivo de la empresa legitimada para su ejercicio (la empresa con la que el trabajador mantiene un vínculo contractual), con el subsiguiente resultado [STSJ Castilla-La Mancha, 21 septiembre 2000, (AS/3225); STSJ País Vasco, 28 febrero 2006, (AS/1590)].

⁴⁷ Vid. este parecer en MONTROYA MELGAR, A., «El poder de dirección del empresario en las estructuras...», cit., pp. 138 y 139.

B. Los trabajadores en misión de la empresa de trabajo temporal

A caballo entre la descentralización externa e interna se encuentra la construcción trilateral de la relación laboral presidida por la intervención, como un actor más de la relación de trabajo y, al tiempo, como mecanismo de acceso al empleo, de las ETT. En este supuesto de interposición laboral se atribuye *ex lege*⁴⁸ la facultad para concretar y supervisar la prestación debida a través de la emisión de órdenes e instrucciones a un sujeto que carece formalmente de la condición de empresario respecto a los trabajadores cedidos por la ETT. Como es sabido, durante el tiempo de duración del contrato de puesta a disposición, la empresa usuaria no sólo va a ser la receptora de los beneficios o rendimientos de la actividad del trabajador subordinado sino que, igualmente, gozará de la titularidad de la prerrogativa jurídica de mando. Lo relevante, en resumen, es el alejamiento que sufre la figura del empresario de sus caracteres conceptuales tradicionales⁴⁹.

A la luz de estas consideraciones se nos plantean sendos interrogantes. En primer lugar conviene dilucidar cuál de los sujetos intervinientes en la cesión temporal de mano de obra es el titular real de la prestación de servicios. Sobre este asunto se ha argumentado que la empresa usuaria como sujeto al que la ley le ha conferido las principales posiciones jurídicas del empresario [resultado de la prestación laboral, facultades de dirección y las obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo (art. 16 LETT)], es quien a tenor de los arts. 1.2 y 8 ET legalmente merece la calificación de empleador. Sin embargo, la consideración de la ETT como empresario del trabajador cedido encuentra su base de apoyo en la propia LETT (art. 10.1), regulación de carácter especial que se aplicará en detrimento del derecho laboral común⁵⁰. Obsérvese, en este orden de cosas, que mientras que el contrato de trabajo se celebra entre la empresa cedente y el trabajador, éste se integra espacial y temporalmente en el círculo rector de otra empresa y la mayor parte de los efectos jurídicos contractuales tienen lugar en el ámbito de la relación que se crea entre la empresa usuaria y el trabajador en misión, la cual, en función de lo indicado, merecería la imputación de relación laboral⁵¹. Pese a ello, fruto de la decisión del legislador, la

⁴⁸ Arts. 6.1 y 15.1 de la Ley 14/1994, de 1 de junio.

⁴⁹ En este sentido, RIVERO LAMAS, J., «La descentralización...», cit., p. 20 y VALDÉS DALRÉ, F., «Las relaciones jurídicas entre las empresas de trabajo temporal y la empresa usuaria: el contrato de puesta a disposición», en AA.VV. (Coord. De La Villa Gil, L.E), *Reforma...*, cit., pp. 78.

⁵⁰ PÉREZ YÁNEZ, R., «El reparto de poderes empresariales entre Empresas de Trabajo Temporal y Empresa Usuaria respecto a los trabajadores en misión», en *RL*, vol. I (1998), pp. 136-137.

⁵¹ Esta tesis es defendida en Italia por SUPPIEJ para quien el vínculo negocial que une al trabajador y a la empresa cedente no goza de la naturaleza propia de la relación laboral ya que carece de la causa típica del contrato consistente en las obligaciones recíprocas de trabajar y retribución a cambio de la prestación realizada. Estaríamos, en realidad, ante una «relación de disponibilidad» que permanece suspendida temporalmente cada de vez que se celebra un contrato de puesta a disposición. *Vid.* «L'

relación laboral se viene a constituir entre la ETT y el trabajador objeto de cesión dando origen a lo que doctrinalmente se ha calificado de artificio o «ficción jurídica»⁵².

No deja de resultar interesante una tercera vía doctrinal que defiende la inexistencia de contradicción real entre la LETT y la presunción estatutaria que otorga la condición empresarial al sujeto receptor de los servicios prestados por el trabajador. En esta dirección se argumenta, a través de la revisión analítica de los respectivos intereses del cedente y cesionario, la existencia de un verdadero crédito de trabajo subordinado perteneciente a la ETT. Teniendo presente que las facultades directivas son ejercidas por la empresa usuaria en atención a la satisfacción de sus proyecciones productivas, el interés de la empresa cedente, materializado en la colocación lucrativa de la prestación de trabajo dependiente en el mercado, penetraría en el esquema causal del contrato de trabajo sin que de manera real tenga lugar una transferencia del derecho de crédito. Dicha consideración encontraría su explicación jurídica en el nexo funcional existente entre la prestación laboral y los intereses productivos del empresario de trabajo temporal. De esta suerte se pone de manifiesto que el ejercicio del poder directivo beneficia de modo directo al interés del usuario de la prestación y en la realización del mismo encuentra la ETT la satisfacción de sus propios objetivos consistentes, entre otros, en la consolidación de la clientela y la adquisición de nuevas redes de expansión en el mercado⁵³. Se trata, en definitiva, de que el «beneficio económico de la actividad del trabajador revierte en la empresa que contrató sus servicios»⁵⁴.

Sin embargo, más allá del lucro que obtiene la ETT a cambio del servicio que está prestando, el trabajador lo que asume es la obligación de trabajar subordinadamente para la realización del interés perseguido por la empresa usuaria, independientemente de que de forma paralela se vea satisfecha la finalidad perseguida por la empresa cedente⁵⁵. En realidad, tal y como ha destacado durante mucho tiempo la doctrina, la ETT se *interpone* en la posición jurídica del empleador y sobre dicha situación se asienta la LETT para derivar la titularidad de las facultades directivas de lo que en principio aparece como una mera relación fáctica que une a la empresa usuaria y al trabajador

interposizione brevettata», en *ADL*, núm. I (1998), pp. 26-28 y 30-31 y «Flessibilità del rapporto di lavoro e sistema delle fonti», en *ADL*, núm. I (2002), p. 3 donde señala que «essendo l'imputazione del rapporto di lavoro all'impresa fornitrice una mera finzione legale dovuta a pudicizia demagogica».

⁵² Por todos, CRUZ VILLALÓN, J., «El marco jurídico de las empresas de trabajo temporal» en AA.VV. (Coord. Alarcón Caracuel, R.), *La reforma laboral de 1994*, Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 79.

⁵³ MARAZZA, M., *Saggio...*, cit., pp. 96-102.

⁵⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., *La presunción de existencia del contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, 1995, p. 208. De modo parecido PÉREZ YÁNEZ, R., «El reparto...», cit., p. 137.

⁵⁵ Posición diametralmente opuesta mantiene MARAZZA para quien la empresa usuaria gestiona la prestación del empleador sin ser el acreedor inmediato de la misma (*Saggio...*, cit., pp. 96-102)

cedido. Es decir, la empresa cedente exhibe «una titularidad aparente en la relación de trabajo, que encubre al titular real de la misma, no otro que el empresario cesionario de la mano de obra»⁵⁶.

Fuera de toda discusión se mantiene, en segundo lugar y como consecuencia de lo anterior, la atribución del poder de mando a la empresa cesionaria y el subsiguiente imperativo para el trabajador en misión de ejecutar la voluntad de la misma. Al margen de la identificación como empresario a una de las dos partes firmantes del contrato de puesta a disposición, la norma legal decreta el desglose del poder empresarial⁵⁷. Por otro lado, es de sobra conocido que la empresa cesionaria es la receptora, con carácter temporal, de la prestación de trabajo. Por tanto, parece lógico que sea esta última quien, en función de sus propias necesidades de producción, ostente la facultad para concretar las tareas a desarrollar por los trabajadores cedidos y vigilar el devenir de las mismas. Así las cosas, se abre una nueva línea de discusión al poner de manifiesto la existencia de un poder jurídico de origen no consensual dada la falta de vinculación negocial entre la empresa usuaria y el deudor de la prestación. Es decir, como viene siendo el desarrollo habitual del poder directivo, las facultades de mando las ostenta quien es, a la vez, titular de la organización empresarial donde se integran los trabajadores y contraparte en el contrato. Tal construcción, sin embargo, no se da en esta modalidad de interposición en el mercado por lo que procede preguntarnos si asistimos ante un distanciamiento entre el contrato de trabajo y el fundamento del poder empresarial de dirección⁵⁸.

⁵⁶ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., «Las empresas de trabajo temporal y el ordenamiento laboral español», en *Revista de Trabajo*, núm. 74 (1984), p. 26. *Vid.* también la bibliografía aportada por dicho autor en la nota 7.

⁵⁷ En este esquema triangular, apartada la relación laboral de su configuración general como relación bilateral de intercambio, se consuma la redistribución de las posiciones jurídicas inherentes a la relación de trabajo tradicional teniendo lugar una desarticulación de los poderes propios del empresario. De forma que, mientras que la empresa cesionaria determinará la actividad laboral y comprobará los resultados de la actuación del trabajador, las facultades disciplinarias estarán, exclusivamente, en manos de la ETT. Sobre este punto mantiene una singular visión SAMPEDRO GUILLAMÓN, quien, tomando como punto de partida la concepción de las facultades sancionadoras como parte integrante del poder directivo, sostiene que la ETT cede a la empresa usuaria el poder de dirección con objeto de que ésta ejerza su mando sobre los trabajadores puestos a su disposición, mientras que el mismo le es devuelto a la ETT para que ésta castigue los eventuales incumplimientos haciendo uso, en este caso, de las facultades disciplinarias [«Facultades empresariales de vigilancia y control en el centro de trabajo» en *TS*, núm. 160 (2004), p. 14].

⁵⁸ Así lo entiende MONTOYA MELGAR al afirmar que la solución adoptada por la LETT «ilustra elocuentemente acerca de la significación de la organización de empresa como posible fundamento del poder de dirección del empresario, y acerca de que éste no siempre –aunque sí como regla general– se funda en el contrato de trabajo» («El poder de dirección del empresario en las estructuras...», cit., p. 141). Lo cierto es que, en virtud de la expresión empleada por la LETT en su art. 15, a la empresa usuaria le corresponde el ejercicio del poder de dirección y no así su titularidad («las facultades de dirección y control de la actividad laboral serán ejercidas por aquélla durante el tiempo de prestación de servicios en su ámbito»). Y sin embargo, a solución opuesta parece llegar el art. 6.1 del mismo pasaje legal donde se establece que el trabajador en misión quedará sometido al poder directivo de la empresa cesionaria. Ahora bien, a pesar de la contradicción que ha suscitado la deficiente, en

La celebración del pacto consensual entre la empresa cliente y la ETT constituye el fundamento de la cesión de los servicios del trabajador y, asimismo, permite explicar la desconexión entre crédito de trabajo y poder de dirección. Conviene precisar, no obstante, que la dirección por parte de la empresa cesionaria de la prestación de trabajo del empleado de la ETT no encuentra la *ratio* jurídica en la figura de la delegación empresarial, supuesto que prevé en términos facultativos el ET únicamente en el art. 20⁵⁹. Se trata, más bien, de una asignación legal del ejercicio de tales facultades a la empresa usuaria y, como corolario, los trabajadores en misión deberán obediencia a las órdenes e instrucciones de la misma (art. 15 LETT). Por otro lado, desde ciertos sectores se ha defendido, como medio para fundamentar contractualmente la asignación a un sujeto distinto del empleador de las funciones inherentes a dicha condición, la existencia de dos negocios jurídicos interconectados y, por tanto, de dos acreedores de las obras o servicios prestados que comparten las prerrogativas de dirección⁶⁰. Con todo, no es admisible la defensa de una coexistencia simultánea de dos relaciones de sujeción u obediencia del trabajador respecto a la empresa cedente y la cesionaria, ni la asunción de una posición de subordinación respecto a dos empresarios distintos⁶¹. Más bien, esta singular estructura negocial sostenida por voluntad legislativa encuentra su explicación en la descomposición que opera entre *titularidad* del poder y su *ejercicio*. De modo que lo que alberga la ley es la imputación del *ejercicio* de las facultades de dirección a favor de la empresa usuaria manteniendo, a la vez, la *titularidad* de las mismas en quien para dicha norma es el verdadero empresario laboral y, por tanto, deudor de las obligaciones contractuales frente a sus trabajadores (el empresario de trabajo temporal)⁶².

ocasiones, redacción técnica de la norma, ha de entenderse que la razón jurídica del poder de dirección no ha quedado afectada por la regulación contenida en la LETT.

⁵⁹ Defiende dicha delegación SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., «Relaciones jurídicas entre la empresa usuaria y el trabajador de la empresa de trabajo temporal», en AA.VV. (Coord. De La Villa Gil, L.E), *Reforma...*, cit., p. 103. En el panorama comparado, MARAZZA, M., en *Saggio...*, cit., en especial en las pp. 116-117.

⁶⁰ CHACARTEGUI JÁVEGA, C., *Empresas de trabajo temporal...*, cit., p. 63 y DESSI, O., «Poder directivo...», cit., pp. 171-172.

⁶¹ Dicha circunstancia ha sido puesta de manifiesto por algún autor para defender la incompatibilidad entre el contrato de trabajo subordinado y la destinación a terceros de la prestación. En este sentido puede verse DE SIMONE, G., «Divieto di intermediazione e divieto di interposizione: *Simul stabunt simul cadent?*», en *Riv.Giur.Lav.*, núm. 1 (1998), pp. 663-690, quien propone dos posibilidades distintas: que la prestación de servicios del trabajador en la empresa usuaria dé origen a una nueva relación establecida entre ambos que sustituiría a la anterior, o bien admitir que la relación jurídica entre la empresa cedente y el trabajador era meramente aparentemente y en realidad nunca ha existido.

⁶² CRUZ VILLALÓN, J., «El marco jurídico...», cit., p. 103. Opinión contraria mantiene MONTOYA MELGAR, A., «El poder de dirección del empresario en las estructuras...», cit., p. 141, pues niega que el cesionario sea «un puro “ejerciente” de ese poder», constituyéndose en el «titular pleno *ex lege* de tal poder».

Al hilo de lo subrayado, el contrato de trabajo sigue siendo el título jurídico que justifica la titularidad empresarial del poder directivo. Circunstancia que permanece en la cesión de mano de obra, al tiempo que se añade la celebración del contrato de puesta a disposición como razón que da explicación al ejercicio de las facultades de dirección por la empresa usuaria. Dicho pacto de naturaleza extralaboral se convierte así en el fundamento y límite de la ordenación de las prestaciones de los trabajadores cedidos. A todo esto merece una mención expresa una cuestión inherente a dichas consideraciones y es que el ejercicio de las prerrogativas de dirección viene, en estos casos, limitado: a) por la duración del contrato de puesta a disposición puesto que al término de éste la empresa usuaria se ve despojada de las funciones directivas y de control (art. 7 LETT). Así pues, mientras que la empresa usuaria sea receptora de los servicios del trabajador contratado para ser cedido, será ésta a quien le corresponda en exclusiva el ejercicio del poder directivo⁶³. Dicho de otro modo, el empresario de trabajo temporal estará legitimado para ejercer las facultades directivas durante el tiempo que el trabajador no sea cedido y se mantenga el nexo contractual entre éste y la ETT. Lo cual no obsta para que, sin interferir en la potestad de dirección de la empresa cesionaria, la ETT haya podido, con ocasión del contrato de puesta a disposición que está por suscribir con otra empresa, concretar la empresa en la que los trabajadores por ella contratados van a desempeñar su actividad e instruirles con ciertas indicaciones generales sobre cómo desarrollar su trabajo o sobre el comportamiento que se espera que éstos adopten⁶⁴; b) en segundo término, por la causa concreta de utilización de los trabajadores cedidos decretada en el contrato de puesta a disposición (art. 6 y 8 LETT) y los términos del acuerdo alcanzado por ambas empresas, los cuales quedarán recogidos en dicho contrato⁶⁵.

En apretada síntesis, la asignación del ejercicio del poder directivo a la empresa usuaria quiebra el esquema bilateral típico pero no hasta el punto de sustituir la perspectiva contractualista de los principios básicos que sustentan el poder de dirección. Así pues, el contrato de trabajo sigue alzándose como límite de la prestación de

⁶³ Así en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., «La cesión de trabajadores en el ordenamiento laboral español (II): Tipos de cesiones lícitas. Empresas de trabajo temporal», en AA.VV. (Dir. Sánchez Pego, J.), *Cesión de trabajadores. Empresas de trabajo temporal. Responsabilidad empresarial en caso de contratos de obras o servicios. Sucesión de empresas*, CGPJ, Madrid, 1994, p. 147

⁶⁴ Algunos autores admiten la *doble* subordinación del trabajador en misión. Si bien se precisa que el ejercicio de las facultades de dirección por parte de la ETT queda reducido al ámbito de actuación que le es propio. Así pues, mientras discurre la cesión, la intervención directiva del empresario de trabajo temporal se limitará, por lo general, a las órdenes e instrucciones relativas a la formación profesional de dichos trabajadores. En concreto, *vid.* PÉREZ YÁNEZ, R., «El reparto...», *cit.*, pp. 148-150.

⁶⁵ Tal y como prevé GARCÍA FERNÁNDEZ, nada impide que el contrato de puesta a disposición contenga algunas previsiones que limiten la discrecionalidad de la empresa usuaria a la hora de impartir a los trabajadores órdenes e instrucciones referidas a la organización y disciplina en el trabajo [«Posición del trabajador ante la empresa de trabajo temporal y ante la empresa cliente: puntos críticos», en *AL*, vol. III (1994), p. 532-534].

servicios exigida al trabajador también en las relaciones de trabajo en las que interviene como empresa cedente una ETT. Las órdenes e instrucciones de la empresa usuaria han de atenderse necesariamente a lo pactado previamente en el contrato de trabajo ya que, como se ha señalado anteriormente, el empleador de trabajo temporal ostenta la titularidad para impartir los mandatos referentes al desarrollo de la prestación laboral. Ello conduce a afirmar que la dirección del trabajo, aunque ésta sea ejercida por un sujeto distinto, debe ajustarse al contenido de la prestación prevista en el contrato. Por tanto, puede decirse que este esquema trilateral de redistribución de prerrogativas empresariales no provoca la ampliación paralela del ámbito de ejercicio del poder directivo que se mantiene delimitado por los términos fijados en el título jurídico contractual ni, tampoco, el desdoblamiento de la obediencia debida por el trabajador⁶⁶.

C. El grupo de empresas

Un problema diverso a aquel que suscita la titularidad de la facultad para dictar órdenes o mandatos sobre los cuales verse el deber de obediencia del personal laboral en el marco de la descentralización productiva, emerge en el ámbito de las empresas en red y, en particular, de los grupos de empresas constituidos por empresas participadas coordinadas o bajo la dominación de la empresa principal para la que trabajan⁶⁷. En relación con estos supuestos de conectividad intergrupala es oportuno destacar la distinción de la que ya se hizo eco la doctrina y que toma como base las relaciones de subordinación o coordinación que se sustancian en el seno de estos grupos de sociedades. De manera que la exteriorización de la producción puede realizarse de forma piramidal en la que la sociedad matriz participa del capital de las filiales y las distintas unidades empresariales se integran verticalmente bajo una misma estructura productiva (*holdings*), o bien horizontalmente mediante la formación de «grupos de coordinación» en los que pequeñas y medianas empresas actúan desde posiciones de relativa igualdad⁶⁸.

⁶⁶ Una severa crítica de la regulación prevista en el art. 15 LETT mantiene CHACARTEGUI JÁVEGA para quien la redistribución del poder empresarial entre la ETT y la empresa usuaria representa la introducción legal de criterios organicistas en la concepción jurídica de las facultades empresariales y, a su vez, disminuye la virtualidad limitadora del contrato de trabajo (*Empresas de trabajo temporal...*, cit., principalmente en las pp. 66-75).

⁶⁷ A la hora de precisar la noción de la empresa que ejerce el control sobre el resto de entidades del grupo hay que sacar a relucir el art. 4 Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, en el que se asigna dicha condición a la «que pueda ejercer una influencia dominante sobre otra, que se denominará “empresa controlada”, por motivos de propiedad, participación financiera, estatutos sociales u otros».

⁶⁸ RIVERO LAMAS, J., «La descentralización...», cit., p. 28 y 59. Sobre este asunto, *vid.* también, ALCALÁ DÍAZ, M.A., «Aspectos económicos...», cit., pp. 63-67.

En ambos casos el rasgo característico fundamental se repite en razón del vínculo empresarial que les une. Entre las unidades que constituyen el grupo se desarrollan relaciones en el plano jurídico y económico. Sea como fuere y abandonados ya los intentos por subjetivar al grupo de empresas y atribuirle la condición de empleador o empresario *conjunto*⁶⁹, lo que late en el fondo de este sistema organizativo para la legislación laboral es la actuación diferenciada de cada uno de los sujetos empresariales que conforman el grupo, de modo que cada sociedad mantiene su independencia jurídica⁷⁰ y actúa como empleadora de los trabajadores con quienes haya celebrado los correspondientes contratos⁷¹. No en vano, a cada uno de los empleadores integrantes del grupo le corresponde la titularidad del poder de dirección respecto de sus propios trabajadores⁷². Como evidente consecuencia de todo esto habrá que subrayar que la cuestión inicial que en cada caso se debe resolver tiene que ver con la identificación del empleador puesto que será esta una cuestión de gran relevancia en los distintos aspectos de la relación laboral existente. Es conocido por todos que la respuesta deberá buscarse en el art. 1.2 ET, el cual, teniendo presente las matizaciones que deban hacerse en los casos en los que se hace necesario aplicar la doctrina del «levantamiento del velo», atribuye tal condición a la empresa receptora de los servicios del trabajador en cuestión.

Pues bien, el colectivo de asalariados, formando parte de cada una de las esferas jurídicas empresariales existentes en el grupo, se verá sometido a la ordenación de sus actividades laborales por el órgano de dirección constituido en la sociedad proveedora de su puesto de trabajo, y ello aun en los casos en los que la concentración económica tenga como corolario una autonomía operativa meramente formal por parte de las distintas sociedades integrantes del grupo. Respuesta semejante habrá de darse en los supuestos de contratación coetánea a tiempo parcial del trabajador por algunas de estas sociedades, lo que implicará la ejecución de la prestación de forma sucesiva en favor de distintas sociedades del grupo. O bien cuando el vínculo contractual suscrito con una empresa del grupo se suspende o se extingue y da paso a un nuevo contrato de trabajo con otra sociedad perteneciente al mismo grupo que la entidad empresarial de procedencia. El trabajador en ambos casos quedará integrado en la plantilla de la nueva

⁶⁹ Sobre la falta de personalidad jurídica del grupo de empresa, *vid.* BAZ RODRÍGUEZ, J., *Las relaciones de trabajo...*, cit., pp. 52-60

⁷⁰ En este sentido se pronuncia PEREZ DE LOS COBOS, F., «La “filialización” de la empresa», en *AL*, vol. II (1999), pp. 533-534.

⁷¹ MONTOYA MELGAR, A., «El poder de dirección del empresario», en *REDT*, núm. 100, vol. I (2000), p. 582.

⁷² De modo excepcional y en aquellos supuestos de grupos ficticios en los que se hace uso de este mecanismo económico como medio para incrementar fraudulentamente la eficacia de la actividad productiva, se va a imputar la condición de empleador al grupo en su conjunto a efectos de responsabilidad. No obstante, la titularidad del poder de dirección corresponde, en realidad, al empresario oculto. Así en MONTOYA MELGAR, A., «El poder de dirección...», cit., p. 582

beneficiara de su prestación de servicios y, consecuentemente, sujeto a su ámbito organizativo y directivo, de forma permanente si el primer contrato ha finalizado o temporal cuando simplemente permanece en suspenso⁷³. Asimismo, y en los casos en los que en el contrato de trabajo se haya hecho constar como titulares a todas las empresas del grupo o a varias de ellas, todas estas estarán legitimadas para impartir órdenes e instrucciones a los trabajadores afectados por dicha cotitularidad del poder empresarial⁷⁴. Desde esta perspectiva lo cierto es que la ocupación de una de las posiciones subjetivas del contrato por una pluralidad de empresarios no conlleva la ampliación del ámbito de ejercicio del poder empresarial puesto que el trabajo debido, el límite a las directrices empresariales, queda convenido en el contrato y no se ve afectado por el hecho de que las órdenes partan de uno o más empresarios.

Finalmente, teniendo en cuenta que en realidad tras este escenario existen una multiplicidad de variantes y manifestaciones, es necesario abordar qué sucede cuando son distintos los empleadores del grupo los que reciben materialmente la prestación de servicios aunque sólo uno de ellos figure formalmente como empresario en el contrato de trabajo. Lo cual sucederá cuando varias de estas sociedades recurran, para la satisfacción de un fin común, a uno o varios trabajadores sin que exista una estipulación expresa al respecto en el contrato (supuesto de la llamada «cotitularidad fáctica»⁷⁵). Estrechamente conectadas con el problema jurídico de la indagación acerca la identidad del empresario real y, por tanto, sobre a quién le corresponderá efectivamente ejercitar el poder directivo empresarial pueden distinguirse las siguientes situaciones⁷⁶: a) el trabajador desempeña su actividad laboral de forma sucesiva para varias sociedades pertenecientes a un único grupo, de modo que la empresa que interviene como parte contratante pone a disposición de las otras sociedades los servicios de dicho trabajador; b) las diversas empresas se benefician de la prestación de servicios de forma simultánea y de acuerdo a las conveniencias o necesidades del grupo en cada momento. En ambos casos, no obstante, lo que subyace es una utilización conjunta de los recursos humanos entre las empresas vinculadas por fenómeno inter-societario, dando lugar a la llamada «confusión de plantillas» o plantilla única, uno de los indicios concluyentes a la hora de

⁷³ Esta posibilidad está prevista en algunos convenios colectivos. Así, por ejemplo, en el C.C. «Tabacalera S.A.» (BOE 28 junio 1992).

⁷⁴ Por todos, ROMÁN DE LA TORRE, M^a.D., *Poder de dirección...*, cit., p. 131.

⁷⁵ BAZ RODRÍGUEZ, J., *Las relaciones de trabajo...*, cit., p. 215.

⁷⁶ Las cuestiones relativas a la función que cumple el poder de dirección en las labores de identificación del empresario responsable en cada una de las distintas maniobras empresariales de carácter organizativo-productivo a las que la normativa laboral presta atención encajándolas en el supuesto-marco de los *grupos de empresa*, son abordadas ampliamente en ROMÁN DE LA TORRE, M^a D., *Poder de dirección...*, cit., pp. 127-131.

confirmar la existencia de un grupo de empresas y determinar la imputación de responsabilidades correspondientes⁷⁷.

La cuestión principal radica entonces en determinar si el deber de obediencia del trabajador ha de predicarse de la empresa que contrató los servicios del trabajador, a la cual éste permanece adscrito o si, por contra, debe extenderse a todo el grupo. El conjunto de la legislación laboral mantiene un más que reprochable silencio sobre estas cuestiones⁷⁸, sin embargo, en ambos casos la solución no dista de la dada a los supuestos anteriores tomando, a la vez, una necesaria distancia de la responsabilidad solidaria que pueda reclamarse, en su caso, respecto de las correspondientes obligaciones empresariales. Mientras que el uso de los servicios del empleado de otra empresa del grupo no traiga consigo la suspensión o la extinción del vínculo contractual que le une a dicha empresa y dé origen a otro distinto con la nueva beneficiaria de la prestación, la titularidad y ejercicio del poder directivo se mantienen en la sociedad contratante⁷⁹. Ya se ha dejado constancia de que en la actualidad ha quedado descartada la titularidad jurídica unificada del grupo, circunstancia que impide que pueda apreciarse el desplazamiento o traslado del trabajador según las reglas del art. 40 ET⁸⁰. Se estima, por tanto, que mientras tiene lugar la ejecución de la actividad laboral de forma sucesiva o indiferenciada para otras sociedades del grupo, el trabajador

⁷⁷ PÉREZ DE LOS COBOS, F., «El “desvelo” de los grupos de empresa», en *AS*, vol. V (1998), p. 457.

⁷⁸ Para una crítica a la desatención por parte de las normas laborales del fenómeno grupal, *vid.* ALEMÁN PÁEZ, F., «Unidad de mercado...», cit., pp. 26-28 y CRUZ VILLALÓN, J., «Poder de dirección...», cit., pp. 222-224. En el ordenamiento jurídico italiano los problemas inherentes a la relación de trabajo en el grupo de empresas tradicionalmente han sido objeto de una regulación fragmentaria. *Vid.* MAZZOTTA, O., «Divide et impera: diritto del lavoro e gruppi d'impres», en *Lav. Dir.*, (1988) núm. 2, pp. 359-360. No obstante, a raíz de la *reforma Biagi* se reguló expresamente el «*distacco* propio» (art. 30 D.Leg 276/2003, de 9 de septiembre) y se individualizaron los elementos constitutivos de esta figura que encuentra su origen en el empleo público. Se trata, una vez más, de otro supuesto de paladina disociación entre la titularidad de la relación la laboral y la utilización del trabajo. Como regla general, el *distacco* se configura cuando un empresario, para satisfacer sus propios intereses, con carácter temporal, pone uno o más trabajadores a disposición de otro sujeto para la ejecución de una actividad laboral determinada. Cuando éste se efectúa en el grupo de empresas, el trabajador conserva la relación contractual con su empresario ordinario pero ello no obsta para que temporalmente desempeñe su trabajo en beneficio de otra sociedad del grupo. En este orden de cosas, el nuevo empleador se convierte en el destinatario de la prestación y, como tal, ejercerá el poder de dirección y control sobre el trabajador asalariado. Sobre la discusión mantenida en torno al título que legitima al *distaccatario* a desempeñar las facultades directivas del concreto empleador, resulta obligatorio el reenvío a CESTER, C., y MATTAROLO, M.G., *Diligenza e obbedienza...*, cit., pp. 533-547. Para una recapitulación, CORRIAS, M., «El ejercicio del poder directivo en los grupos de empresas: el *distacco* del trabajador», en AA.VV. (Coord. Escudero Rodríguez, R.), *El poder...*, cit., pp. 200-215.

⁷⁹ En tal sentido, lo argumenta ROMÁN DE LA TORRE, M^a D., *Poder de dirección...*, cit., pp. 131-134. No obstante, la autora atribuye un papel singular a la negociación colectiva en este ámbito admitiendo el ejercicio indistinto de las facultades directivas por las sociedades integrantes del grupo cuando así esté previamente negociado en el convenio colectivo. Igualmente en MONTOYA MELGAR, A., «El poder de dirección del empresario en las estructuras...», cit., p. 143.

⁸⁰ Indicaba la STS 26 noviembre 1990 (RJ/8605) que «salvo previsión en contrario en las normas profesionales o en el contrato de trabajo, la misión dentro del grupo es de voluntaria aceptación para el trabajador», descartando así que corresponda a una facultad unilateral de la empresa contratante.

permanece trabajando «por cuenta y orden de la sociedad cedente»⁸¹. Es decir, es la empresa de procedencia la que mantiene la capacidad para dirigir la prestación de trabajo sin que quepa una segmentación o reparto de la tal potestad entre las distintas sociedades integrantes del grupo. Lo dicho necesariamente comporta lo siguiente: el trabajador ha de observar las órdenes e instrucciones emitidas por quien ostenta el título jurídico idóneo para ello y, consecuentemente, no podrá ser merecedor de ninguna sanción motivada por la desobediencia a las directrices de aquellos empleadores del grupo distintos de su empresario formal⁸².

Ahora bien, especial interés representa para nuestro análisis otros supuestos afines en los que no hay un ejercicio formal de las facultades directivas por estas otras sociedades aunque sí comparten junto con la empresa contratante del grupo una cierta actividad de orientación e instrucción sobre ciertos aspectos de la prestación que el trabajador lleva a cabo. Sucede en la práctica que en estos casos en los que existe una interconexión de empresas o empresas red donde unidades empresariales intervienen en el tráfico jurídico coordinando sus actividades, aun siendo evidente que el empresario formalmente es quien imparte órdenes e instrucciones a su trabajador, no siempre los asalariados se ven exclusivamente sometidos a los requerimientos de su empresario y la empresa-cliente les hace llegar ciertas indicaciones implícitas e indirectas sobre el devenir de la actividad laboral comprometida. En este contexto el trabajador puede albergar notables dudas en cuanto a si las peticiones de este empresario son coincidentes con la voluntad de su empleador y, consecuentemente, si debe cumplir las directrices manifestadas por quien no es su efectivo empresario. Como se ha planteado, «la seguridad jurídica se encuentra en fuerte riesgo en tales casos y la única forma de conjurarlo es que con anticipación (exista) una información lo más precisa al empleado en cuanto a lo que debe atender directamente del empresario-cliente y aquello otro que debe ser objeto de consulta puntual»⁸³. En todo caso, habrá que concluir que si el trabajador no tiene a su disposición esta información, la inobservancia de las directrices de otro de los empresarios del grupo no le podrá reportar ninguna sanción, correspondiéndole además a su contraparte contractual la carga de probar que tal voluntad era, en realidad, expresión de la suya propia y así se lo había comunicado al trabajador afectado.

⁸¹ SALA FRANCO, T., «La descentralización del trabajo», en DURÁN LÓPEZ, F.; MONTOYA MELGAR, A. y SALA FRANCO, T., *El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades del empresario*, MTSS, Madrid, 1987, p. 179.

⁸² Vid. sobre este punto las consideraciones de BAZ RODRÍGUEZ, J., *Las relaciones de trabajo...*, cit., p. 219.

⁸³ CRUZ VILLALÓN, J., «Poder de dirección...», cit., pp. 228-229.

IV. LÍMITES MATERIALES: CONTENIDO DE LAS ÓRDENES E INSTRUCCIONES

La determinación de los perfiles del ejercicio regular del poder de dirección constituye, sin duda alguna, una difícil y necesaria labor ya que estamos, una vez más, ante un típico concepto jurídico indeterminado⁸⁴. Dicha tarea es esencial a la hora de estipular cuándo las decisiones adoptadas por el empresario constituyen un uso irregular o arbitrario del poder directivo y, consecuentemente, el incumplimiento por parte del trabajador del deber de obedecer ha de merecer la calificación de justificado, siendo así objeto de convalidación⁸⁵. En relación al proceder decisorio del empleador, como acontece con otras muchas materias, la doctrina científica ha ofrecido diversas líneas de interpretación. Aquella más restrictiva limita el requisito de la regularidad a exigencias meramente formales. Con esto quiere expresarse que la actuación empresarial pretendida por el legislador deberá ceñirse a los términos que marquen las reglas adjetivas o procedimentales sin que, de este modo, pueda decirse que el texto estatutario contenga ningún tipo de condicionamiento adicional de fondo. Por el contrario, posturas más abiertas apuntan que la decisión patronal ha de cumplir determinados requisitos de carácter material, tanto los previstos por las normas reguladoras de la materia sobre la que recae la actuación directiva empresarial, como aquéllos accesorios a los mismos. Esta última es la tesis que claramente, a fecha de hoy, preside el *corpus* doctrinal y jurisprudencial mayoritario. En suma, adelantando lo que será objeto de reflexión más adelante, debemos entender que la imprecisión de la que adolece el término empleado por el legislador para calificar el apropiado desempeño del poder directivo nos conduce, en realidad, a concebir como *ejercicio regular* a todo aquella actuación empresarial que respete tanto las exigencias «internas» como aquellas «externas» a la relación laboral.

Cuando se habla de límites externos al poder directivo se hace referencia a las restricciones jurídicas que tutelan los intereses de un sujeto distinto al titular de dicho poder, y ello a fin de contrarrestar la conocida debilidad de la fuerza de trabajo para negociar los términos de la sumisión jerárquica contractual. Con este objeto se introducen un conjunto de reglas e instrumentos que reducirán los márgenes de disponibilidad del empleador sobre la prestación laboral y el trabajador que la desempeña. Entonces, las prerrogativas de mando podrán llegar en su proceder justamente hasta donde comienza la esfera de actuación de aquella diferente posición jurídica que el ordenamiento estima merecedora de protección. Más en concreto, el poder de dirección se encuentra limitado «por los derechos reconocidos al trabajador

⁸⁴ GARCÍA NINET, I., «El deber de obediencia...», cit., p. 862

⁸⁵ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., «La indisciplina...», cit., p. 150.

por la Constitución, la ley, el convenio colectivo y el propio contrato de trabajo», de forma que tal y como ha reconocido el TS en infinidad de ocasiones, «sólo puede calificarse de “ejercicio regular” de las facultades de dirección (art. 20.2), aquel que respete todos los derechos expresamente reconocidos al trabajador en los referidos cuatro planos»⁸⁶. Se asiste al diseño jurídico de las condiciones en las que el empleado desarrollará el trabajo convenido mediante la intervención de los tres «poderes»⁸⁷: del Estado (por medio de la ley y del reglamento), de la autonomía colectiva (a través de la norma convencional) y de la autonomía individual (con el contrato de trabajo).

1. Análisis desde el plano constitucional

Es por todos sabido que los derechos y libertades que la CE proclama cumplen la función de rubricar los fines sociales y colectivos a los que se dirige la arquitectura jurídica del Estado de Derecho mientras que, a su vez, el contenido que cada uno alberga sirve de medio instrumental orientado a la satisfacción de los mismos. A decir verdad, cada uno de ellos actúa como elemento de integración del contenido axiológico objetivo del elenco de normas e instituciones previstas en el orden jurídico actual. Sin embargo, la perspectiva que nos interesa es la que permite contemplar a los derechos fundamentales como garantía de la libertad individual que pertenece a los trabajadores por el hecho de ser ciudadanos, pese a que se hallen integrados en una organización empresarial. Y, más concretamente, el espacio de inmunidad o libertad que los mismos tratan de garantizar para el deudor contractual frente al ejercicio de las facultades empresariales de mando.

Interesa este asunto ya que el poder unilateral que ostenta el empresario para dictar órdenes e instrucciones de cumplimiento obligatorio representa una potencial amenaza para el ejercicio de los derechos fundamentales. Y ello, no se olvide, porque la dependencia de uno de los contratantes, como característica propia del contrato de trabajo, ya da cuenta de la configuración de un marco obligacional en el que el empleado ha renunciado parcialmente a ciertos aspectos de su libertad. El régimen de libertades, derechos y principios constitucionales instaurado en la CE proporciona ineluctablemente un elenco de frenos o contrapesos al ejercicio de los poderes patronales y a la cabeza de dicho sistema limitativo se encuentran, como no podría ser de otro modo, los derechos fundamentales. Partiendo de esta base, deberá concertarse hasta qué punto el empresario en uso de su poder de dirección podrá poner freno al

⁸⁶ Últimamente en STS 7 marzo 2007 (RJ/2390). También revítese, RIVERO LAMAS, J., *Limitación...*, cit., pp. 92-93 y VALDÉS DAL-RÉ, F., «Poderes del empresario...», cit., p. 32.

⁸⁷ RAMOS QUINTANA, M.I., *La garantía de los derechos de los trabajadores (inderogabilidad e indisponibilidad)*, Lex Nova, Valladolid, 2002, p. 181.

disfrute de los derechos y libertades que la constitución reconoce al trabajador-ciudadano o, a la inversa, hasta qué punto le es dable desconocer al trabajador su deber de obediencia cuando se enfrenta ante órdenes o instrucciones potencialmente lesivas de sus intereses o bienes constitucionales.

1.1. La matizada aplicabilidad del principio del «Drittwirkung der Grundrechte» en nuestro ordenamiento

Aunque no se pretende en este trabajo entrar en profundidad en una discusión que ha sido objeto de una intensa polémica, dando origen a una amplia y rica producción doctrinal, no puede sortearse la realización de ciertas consideraciones sobre la disputa en torno a la proyección de los derechos fundamentales en las relaciones *inter privatos*, puesto que el mayor o menor alcance que a la misma se conceda tendrá sustanciales consecuencias en la gestión de las relaciones de trabajo y, en íntima conexión con el tema que aquí nos ocupa, con el régimen de garantías dispuestas para tutelar las posiciones jurídicas activas y pasivas del trabajador en cuanto ciudadano. De hecho, para ser más exactos, la admisión o no del efecto horizontal, además del vertical, de los derechos fundamentales será una cuestión clave para concretar el grado en que los derechos garantizados constitucionalmente podrán delimitar el alcance del ejercicio del poder de mando empresarial.

Lo cierto es que, pese a que hoy en día se les atribuye unánimemente eficacia en el ámbito de la empresa, con anterioridad muchas discusiones doctrinales surgieron con ocasión de determinar la presencia de los llamados derechos fundamentales en las organizaciones productivas. Debates teóricos planteados con especial virulencia entre los juristas alemanes, los cuales lograron sentar las bases dogmáticas de la *Drittwirkung*⁸⁸. En nuestro ordenamiento la eficacia vertical de los mismos encuentra un claro sustento en el reconocimiento operado por el constituyente (art. 9.2 CE). Sin embargo, la actuación de los derechos y libertades de la persona dentro del ámbito del contrato de trabajo planteó numerosas dudas, principalmente debidas a la inexistencia

⁸⁸ Dicha doctrina fue elaborada a raíz de los pronunciamientos de la jurisprudencia alemana. Más concretamente, la sentencia del Tribunal Constitucional (*Liith-Urteil*) de 15 de enero de 1958 decretó la vigencia de los derechos fundamentales en el tráfico privado y la revisión de las sentencias civiles por el propio Tribunal Constitucional. Sobre los antecedentes originarios de la *Drittwirkung*, consúltese a DE LA QUADRA SALCEDO, T., *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid, 1981, pp. 48-49; GARCÍA TORRES, J. y JIMÉNEZ BLANCO, A., *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares: la Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1986, pp. 26-38 y RIVERO LAMAS, J., «Derechos fundamentales y contrato de trabajo: eficacia horizontal y control constitucional», en AA.VV. (Coord. Montoya Melgar, A.), *El trabajo y la Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Alonso Olea*, MTAS, Madrid, 2003, pp. 499-503.

de un precepto constitucional que reconociera, suficientemente y con carácter general, dicha «horizontalidad»⁸⁹. De dicho inconveniente jurídico se hizo eco un constitucionalismo ya trasnochado, que hundía sus raíces en el liberalismo político, y que abogaba por una estricta eficacia vertical amparándose en que la causa que inspiraba el reconocimiento de los mismos era la necesitada protección de la esfera de libertad individual frente al Estado. De modo que la democratización política no se veía acompañada por un proceso análogo que instituyera en el ámbito empresarial, al abrigo de los muros de la fábrica, los mismos principios que hacían al ciudadano merecedor de la debida protección de sus derechos fundamentales frente a las injerencias ilegítimas del Estado. Pero esta visión reduccionista de la ciudadanía del trabajador en la empresa fue contundentemente rebatida por la doctrina posterior que puso todo su empeño para dejar atrás la originaria concepción de estos derechos como instrumentos de defensa del individuo frente al poder público, inapropiados para dirimir los conflictos en el derecho privado, y avanzar hacia su consideración como componentes y pilares sustanciales del sistema jurídico⁹⁰. Ahora bien, consensuada la eficacia horizontal de los derechos y libertades de la persona, no se logró el mismo acuerdo en relación a su alcance.

En efecto, mientras que se admitió sin ambages la penetración de los derechos de la personalidad en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas, siempre que mediase la actuación positiva del legislador o la acción negocial de índole colectiva, no se expresó tal rotundidad cuando no existía dicha mediación normativa que permitiera atraer al campo del contrato de trabajo los derechos fundamentales que asisten al trabajador. Los defensores de la eficacia horizontal indirecta o mediata (*mittelbare Drittwirkung*)

⁸⁹ Habida cuenta de lo señalado, POYAL COSTA, A., «La eficacia de los derechos humanos frente a terceros», *Revista de Derecho Político*, núm. 34 (1991), p. 221, proponía un nuevo modelo de redacción del texto constitucional a fin de conseguir una base sólida que redundara en una mayor eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros. Muy diferente es el caso de Portugal cuya Constitución reconoce en el art. 18.1 que «los preceptos constitucionales relativos a los derechos, libertades y garantías son directamente aplicables a las entidades públicas y privadas y vinculan a éstas». Sin embargo, considero oportuno traer a colación las palabras de MOLINA NAVARRETE quien defiende que nuestra Ley Fundamental «ofrece datos normativos y presupuestos político-jurídicos suficientes, no ya para permitir, sino para obligar a una interpretación de doble sentido, que profundice realmente, con efectivas consecuencia jurídicas, en la idea de reciprocidad y armonización de derechos e intereses jurídicos de las partes del contrato de trabajo y durante todo el desenvolvimiento del mismo» [«Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los derechos fundamentales», en *RTSS*, núm. 3 (1991), p. 103].

⁹⁰ El Informe del Ministro de Trabajo Francés, Jean Auroux, de septiembre de 1981, comenzaba dando cuenta de las crecientes aspiraciones de los franceses a una «nueva ciudadanía» y continuaba con las conocidas palabras: «ciudadanos en la ciudad, los trabajadores deben serlo, además, en su empresa» (*La reforma socialista de las relaciones laborales en Francia*, MTSS, Madrid, 1983, p. 51). A mayor abundamiento, como se ha advertido, existen en las sociedades actuales una serie de poderes sociales y económicos fácticos que en su actuación pueden ser más lesivos para el desarrollo de los derechos fundamentales que los propios poderes públicos. En esta dirección, OLIVER ARAUJO, J., *El recurso de amparo*, Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, 1986, pp. 253-254 y PECES-BARBA, G., *La Constitución española de 1978. Un estudio de derecho y política*, Fernando Torres-Editor, Valencia, 1981, p. 247.

negaron que los derechos que le son inherentes a la persona puedan constituir apropiados instrumentos para ofrecer soluciones a los conflictos interindividuales si no es a través de la intervención de la norma jurídica que sirva de nexo de unión entre la esfera constitucional y el ámbito en el que se sustancian las relaciones privadas, y cuyo contenido disponga las reglas para coordinar, concretar y, en definitiva, proporcionar los exactos límites que condicionan el ejercicio de los derechos fundamentales y su equilibrio con las obligaciones contractuales que asume el trabajador⁹¹. Una solución favorable a la atribución de derechos fundamentales inmediatos a los particulares vendría a significar, se añade, una distorsión ilógica de las relaciones privadas.

En la situación actual, en cambio, nadie pone en duda la vinculatoriedad inmediata de los derechos constitucionales⁹². Tanto los de contenido *específico* como *inespecífico*⁹³, asumen una posición preeminente no sólo en su relación con los poderes públicos sino también en el terreno laboral⁹⁴. Y, pese a la ausencia de una declaración explícita en el pasaje constitucional referida a la incidencia de los mismos en las relaciones entre particulares, la doctrina española acogió inequívocamente dicha teoría aunque han existido ciertas discrepancias en relación a los argumentos jurídicos que la justifican. La generalidad de la doctrina ha defendido que la eficacia de estos derechos (arts. 14 a 29 y 30.2 CE)⁹⁵ en el ámbito de los poderes privados encuentra su apoyo o fundamento en el art. 9.1 CE⁹⁶. De modo que serán exigibles aunque no formen parte de la legislación infraconstitucional pues la Ley fundamental es, en sí misma, norma jurídica vinculante y los derechos en ella positivizados merecen el más alto rango de protección. O bien, más ampliamente, se apela a los valores superiores que la CE

⁹¹ Así lo había estimado conveniente LOMBARDA, G., *Potere privato e diritti fondamentali*, vol. I, Giappichelli, Torino, 1970 (citado por FERRANTE, V., *Potere e autotutela...*, cit., p. 34, nota 97). *Vid.*, a su vez, VALLEBONA, A., *Istituzioni...*, cit., pp. 114-115.

⁹² Abiertamente rechazaban la *Drittwirkung* directa o inmediata VON MÜNICH, I. y FERRER I RIBA, J., *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 95-96 y 98. En esta obra los autores advierten de que «una eficacia horizontal de los derechos fundamentales plena y homogénea sería incompatible con todo tipo de sistema de derecho privado», puesto que supondría un atentado contra el principio de autonomía privada y un sacrificio para la seguridad jurídica. Su admisión provocaría la «marginación» de la labor del legislador, así como la consagración de «una especie de totalitarismo de los valores constitucionales a los que debería someterse los particulares en todas sus decisiones privadas jurídicamente relevantes». De forma más moderada, defendía VARELA DÍAZ, S., «La idea del deber constitucional», en *REDC*, núm. 4 (1982), pp. 77-79, que los derechos fundamentales fueron concebidos en la Constitución exclusivamente como límites a la actuación de los poderes públicos y, consecuentemente, no cabe sostener la existencia de una eficacia directa de estos derechos frente a los particulares.

⁹³ Terminología ya clásica acuñada por PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., *Los derechos laborales en la Constitución española*, Cuadernos CEC, Madrid, pp. 31-34.

⁹⁴ DE LA QUADRA SALCEDO, T., *El recurso de amparo...*, cit., especialmente en pp. 77-79.

⁹⁵ Defiende MOLINA NAVARRETE la aplicabilidad de la eficacia horizontal también para los derechos sociales y económicos, en «Bases jurídicas...», cit., p. 65.

⁹⁶ PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, p. 210; RODRÍGUEZ PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a F., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 268 y VALDÉS DAL-RE, F., «Poderes del empresario...», cit., p. 42.

contempla. Téngase en cuenta al respecto que el legislador constitucionalista postuló enérgicamente en el Preámbulo que es voluntad de la nación española la consecución de un orden económico y social justo. Consecuencia de la misma es, por tanto, la voluntad constitucional de proyectar en el ámbito laboral los valores de igualdad, justicia, libertad y dignidad a lo que se refieren los arts. 1.1 y 10 CE, puesto que los mismos son fundamento de la paz social y esta exige, subsiguientemente, una lectura no individualista del texto constitucional⁹⁷. Sea como fuere, nada hay en la esencia ni en el concepto general de los derechos fundamentales «que obligue a considerar que, en principio, se tienen sólo frente a los poderes públicos, que sólo para éstos nazcan de ellos limitaciones en su actuar»⁹⁸.

Lo que sucede, a mayor abundamiento, es que los derechos de titularidad general (o no específicamente laboral) gozan en la relación de trabajo de una nueva dimensión y contenidos puesto que, como se ha subrayado con acierto, al ejercerse en el marco del contrato de trabajo adquieren una «impregnación laboral» sobrevenida dada la naturaleza de la relación jurídica que los envuelve⁹⁹. Simultáneamente, las previsiones normativas que componen nuestro ordenamiento jurídico han debido reinterpretarse al socaire de los derechos y principios que incorpora la Ley Fundamental. Como acertadamente se ha observado, «la Constitución se erige en mirador privilegiado desde donde contemplar e interpretar el ordenamiento laboral en su conjunto»¹⁰⁰. La plena vigencia de los derechos fundamentales en la realidad laboral se halla en estos días

⁹⁷ PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales: teoría general*, Universidad Carlos III/BOE, Madrid, 1995, pp. 624-628. También MOLINA NAVARRETE, C., «Bases jurídicas...», cit., pp. 71-72. No está de acuerdo con dicho razonamiento jurídico CONDE MARTÍN DE HIJAS para quien el recurso a las cláusulas generales en este ámbito no es más que una operación argumental de «escasa consistencia técnica», dispuesta para amplificar la eficacia *inter privatos* de los derechos fundamentales a través de vías distintas a las previstas constitucionalmente [«Libertad empresarial y principio de igualdad en el ejercicio de las facultades disciplinarias en la empresa», en *AL*, vol. I, (1996), pp. 114-116]. Asimismo, niegan que algún precepto constitucional pudiera servir de base textual general a la eficacia en las relaciones entre particulares de los derechos fundamentales, GARCÍA TORRES, J. y JIMÉNEZ BLANCO, A., *Derechos fundamentales...*, cit., pp. 48 y 101 y MARTÍNEZ ROCAMORA, L.G., *Decisiones empresariales...*, cit., p. 105.

⁹⁸ DEL REY GUANTER, S. «Derechos fundamentales de la persona...», cit., p. 189.

⁹⁹ De nuevo, PALOMEQUE LÓPEZ, M.C, *Los derechos laborales...*, cit., p. 31 Indica MARTÍN VALVERDE que la amplia eficacia horizontal de la que gozan los derechos fundamentales en nuestro sistema de justicia constitucional provocó una «profunda reestructuración» de las distintas piezas normativas que componen el ordenamiento laboral, de manera que se creó «un nuevo “campo magnético” en el ordenamiento laboral, y su fuerza de atracción sobre los elementos o componentes de éste se han dejado sentir con más o menos intensidad en todas las parcelas del Derecho del Trabajo» [«Contrato de trabajo y derechos fundamentales», en *RDS*, núm. 6 (1999), p. 13]. Tanto es así que se ha puesto de relieve que «la auténtica constitucionalización del Derecho de Trabajo no se produce mediante el reconocimiento directo en la propia CE de derechos fundamentales de contenido laboral inmediato -que también, obviamente-, sino, principalmente, de forma indirecta, mediante el ejercicio de los derechos fundamentales no específicamente laborales en el seno de la relación laboral» (ARIAS DOMÍNGUEZ, A., y RUBIO SÁNCHEZ, F., *El derecho de los trabajadores a la intimidación*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 36).

¹⁰⁰ SASTRE IBARRECHE, R., «Recurso de amparo...», cit., p. 244.

consolidada en nuestra cultura jurídica, y ello a pesar del común reproche que tradicionalmente se dirigió al legislador estatutario por el desinterés que demostró a la hora de zanjar el conflicto abierto entre la fundamentación constitucional de la libertad de empresa y el alcance en dicho ámbito de los derechos inherentes a la persona.

Fue la jurisprudencia del TC la que asumió, frente a la inactividad de la Ley para articular la aplicabilidad directa de los preceptos constitucionales al contrato de trabajo, una auténtica «labor de pedagogía social»¹⁰¹. Arguyendo la fuerza expansiva de los derechos fundamentales y buscando la interpretación más favorable para su plena efectividad, declaró la permeabilidad de la relación obligatoria laboral a los derechos de los ciudadanos llevando a cabo una lectura claramente garantista del alcance de los mismos¹⁰². De modo que los derechos fundamentales no sólo cumplen la función de inspirar todas las normas e instituciones del ordenamiento, sino que son concebidos como derechos subjetivos susceptibles de ejercitarse en la relación de trabajo frente al poder patronal y, consecuentemente, de ser amparados a través la tutela judicial. Pero las iniciales y categóricas afirmaciones del TC que apuntalaban la tesis de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales han sido matizadas por la práctica judicial posterior al admitir, como se verá a continuación, una necesaria modalización o flexibilización del alcance de los mismos en razón del esquema que subyace al contrato de trabajo. No obstante, y pese al variable entusiasmo que ha mantenido la doctrina del TC en relación con la efectividad de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas¹⁰³, merece ser elogiada la labor que éste ha venido desempeñando en aras a la revisión de los criterios empleados por las instancias ordinarias, a menudo visiblemente más restrictivos hacia la operatividad de los derechos de la persona en el ámbito laboral¹⁰⁴. Brecha que, sin embargo, se ha ido reduciendo paulatinamente en los

¹⁰¹ En expresión de VALDÉS DAL-RÉ, F., «Poderes del empresario...», cit., p. 46.

¹⁰² Así, la citadísima STC 88/1985, de 19 de julio, con relación al ejercicio de la libertad de expresión en el ámbito empresarial.

¹⁰³ Vid. la línea regresiva que adopta el Alto Tribunal en la conocida sentencia 129/1989, de 17 de julio. En esta ocasión el Constitucional rechaza que los derechos fundamentales gocen de un carácter integrador de las diferentes posiciones contractuales. Destaca que éstos no añaden a la relación laboral «contenido determinado alguno» (Fj. 3º), de modo que sólo les reconoce una función negativa o de mero límite externo.

¹⁰⁴ Le es atribuible al TC, señala VALDÉS DAL-RÉ, «el haber llevado la iniciativa en la protección de los derechos fundamentales del trabajador, elaborando construcciones de signo abiertamente garantista y que han tenido un claro efecto de irradiación en la jurisprudencia ordinaria», «Poderes del empresario...», cit., p. 46. En otra dirección, sin embargo, pueden emplazarse las reflexiones de RIVERO LAMAS, quien alerta de las «borrosas» fronteras entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional debidas al proceder expansivo del TC en la resolución de los recursos de amparo que le convierte, en bastantes situaciones, en una tercera instancia. Al Alto Tribunal, señala, sólo le corresponde la labor de enjuiciar si la resolución del juez ordinario es o no compatible con el derecho fundamental puesto en cuestión y no la de entrar a conocer y decidir sobre la presunta violación de un derecho fundamental por una de las partes del contrato («Derechos fundamentales...», cit., pp. 512, 516 y 524-525). Vid. también dicha crítica en MARTÍNEZ EMPERADOR, R., «Despido discriminatorio y recurso de amparo constitucional», en *REDT*, núm. 10 (1982), pp. 268-269. Sucede, empero, como sentencia

últimos años gracias a una cierta permeabilidad que los pronunciamientos de los órganos judiciales han comenzado a mostrar hacia la doctrina más progresista del Constitucional.

Solventado el problema procesal relativo al acceso al recurso de amparo¹⁰⁵ y como quiera que el Alto Tribunal defiende que los derechos fundamentales «son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política» (STC 53/1985, de 11 de abril), se coincidirá en que los mismos han de ser también visibles en los complejos empresariales y adquirir un mayor protagonismo para contrarrestar el creciente poder que asume el empresario en el marco actual¹⁰⁶. De modo que la cuestión central estriba ya, consensuada ampliamente la eficacia *erga omnes* o múltiple de los derechos y libertades de la persona, en instrumentalizar los cauces, individuales y colectivos, para que la proyección de los mismos en el marco del contrato de trabajo no quede en una mera posibilidad formal, sino que se pueda proceder a su efectivo ejercicio y sean amparados judicialmente como derechos subjetivos de carácter pleno.

1.2. El juicio ponderativo en la resolución del conflicto que subyace al ejercicio del poder de dirección

Como ineludible corolario de la problemática de la fuerza jurídica de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, corresponde ahora concretar la virtualidad de los mismos como límite a la subordinación del empleado y, desde una perspectiva complementaria, como cortapisa al ejercicio del poder de dirección. La idea central sobre la que se asientan los estudios de la doctrina científica y las valoraciones de los tribunales jurisdiccionales puede resumirse en que el contenido de los derechos fundamentales no es absoluto o ilimitado sino que sufre restricciones para poder acomodarse, tanto a otros derechos constitucionales, como a los bienes y valores

PALOMEQUE LÓPEZ, que técnicamente el TC no actúa a modo de «tercera instancia jurisdiccional» ni como «una nueva casación», sino como una «instancia reforzada y privilegiada de tutela de los derechos fundamentales» [«El derecho constitucional de igualdad en las relaciones de trabajo», en *DL*, núm. 8 (1983), pp. 14 y 16].

¹⁰⁵ Consúltese, PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., «El derecho constitucional de igualdad...», cit., pp. 13-16.

¹⁰⁶ MOLINA NAVARRETE, C., «Hacia una revisión constitucional...», cit., p. 355, pone de manifiesto que «el lugar que ocupan los derechos fundamentales en la Constitución debe lucir con luz propia, pero sin pretextos, también en la empresa. Empresa a la que se le supone un interés, sin que deba anteponerse el personal del empresario, y sin que deba dejarse al libre arbitrio de éste la interpretación de los objetivos y acciones que deben seguirse para alcanzar el fin de la empresa». De forma similar PEDRAJAS MORENO, A., *Despido y derechos fundamentales. Estudio especial de la presunción de inocencia*, Trotta, Madrid, 1992, p. 25.

jurídicamente protegidos¹⁰⁷. Trasladando esta general consideración al mundo de las relaciones de trabajo, es obligado denotar que el disfrute de los mismos encierra peculiaridades en aras del normal desarrollo de la lógica de intercambio que sostiene el negocio jurídico contractual y prestar la debida atención a la libertad de empresa que contempla nuestra *norma normarum* y que ampara la autonomía decisoria del empresario. Y así, para explicar el eventual influjo de los poderes empresariales en el espacio protegido de los derechos fundamentales del trabajador-ciudadano hay que tener presente que la libertad de gestión económica que acoge el art. 38 CE, en su intento de canalizar la necesaria coordinación de las actividades de producción que se despliegan en el interior del círculo rector y organizativo del empresario, converge en el contrato de trabajo, el cual, además de constituir la cobertura justificativa de las facultades patronales de dirección, conforma también la vía a través de la cual las manifestaciones de dicho de derecho discurren¹⁰⁸. A la vista queda, por tanto, la compleja relación entablada entre los derechos fundamentales del trabajador y la libertad de empresa en su condición de morada constitucional del poder directivo deducido del contrato de trabajo. Vaya por delante, a tal fin, que los criterios jerárquicos que presiden el desarrollo ordinario de la prestación de servicios subordinada se soslayan cuando se dirimen este tipo de cuestiones para dejar paso a otros cauces interpretativos que tienen como soporte la armonización de todos los intereses en juego¹⁰⁹.

Como desde hace tiempo se ha concluido, si bien los poderes del empresario intervienen como freno a la expresión de los derechos fundamentales, estos últimos restringen, a su vez, el desarrollo de aquéllos. Unos y otros se limitan recíprocamente dentro del marco generado por una relación contractual. Con todo, la posición prevalente de los derechos inherentes a la persona impide que éstos puedan verse atenuados de modo tal que queden vacíos de contenido y efectivamente suprimidos cuando se desenvuelven en el entorno laboral. Y es que no debemos escapar a detenernos en la terminología empleada por la jurisprudencia constitucional. El término empleado no es «atenuación», sino que se habla propiamente de «modulación», dadas a las exigencias de adaptabilidad que imperan en el ámbito de la organización empresarial. En concreto advierte el TC que «no puede desconocerse tampoco que la inserción en la organización ajena modula aquellos derechos, en la medida

¹⁰⁷ BLAT GIMENO, F., *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, MTSS, Madrid, 1986, p. 45: «toda libertad jurídicamente regulada es una libertad limitada para armonizarla con las demás libertades, posibilitando así su ejercicio colectivo». Igualmente, *vid.* las SSTC 11/1981, de 8 de abril (Fj. 9º); 2/1982, de 29 de enero (Fj. 5º) y 110/1984, de 26 de noviembre (Fj. 5º).

¹⁰⁸ De modo semejante, ROMÁN DE LA TORRE, Mª D., *Poder de dirección...*, cit., p. 88.

¹⁰⁹ Sobre esto, *vid.* CALVO GALLEGOS, F.J., *Contrato de trabajo y libertad ideológica. Derechos fundamentales y organizaciones de tendencia*, CES, Madrid, 1995, p. 147.

estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva» (STC 99/1994, de 11 de abril, Fj. 4º). No en vano, en caso de conflicto con otros derechos que reconoce el ordenamiento jurídico habrá que encontrar una fórmula relacional que garantice, en la medida de lo posible, el ejercicio de todos ellos (sin que deba olvidarse la protección especial de la que gozan los derechos fundamentales en nuestro sistema constitucional) y que fuerce a interpretar restrictivamente toda posibilidad de seccionar el ejercicio de un derecho reconocido constitucionalmente como fundamental¹¹⁰.

Se subraya, además, que en este ámbito el ejercicio de cualquier derecho se encuentra condicionado por el elenco de obligaciones y derechos tanto del empresario como de los trabajadores y, muy especialmente, por el principio de buena fe al que ambos han de ajustar su comportamiento¹¹¹. Resumidamente, el TC aferrándose a la lógica contractual para resolver este tipo de cuestiones, ha destacado que el empleado en el cumplimiento de sus deberes laborales está sometido a dicho patrón genérico y, por ende, el ejercicio de todos sus derechos, también de los fundamentales, habrá de conducirse a través del canon apreciativo de la buena fe¹¹². Es más, según una conocida doctrina, la buena fe, aun careciendo de rango constitucional, constituye un condicionamiento adicional añadido al juicio ponderativo entre el ejercicio de los

¹¹⁰ Sobre el particular, SEMPERE NAVARRO, A.V., «Contratación laboral...», cit. p. 130.

¹¹¹ Por todas, SSTC 213/2002, de 11 de noviembre, (Fj. 4º y 7º) y 198/2004, de 15 de noviembre (Fj. 5º y 8º). La operatividad de estos derechos puede verse matizada por las concretas y lícitas necesidades de la empresa, así, la ya mencionada STC 88/1985, de 19 de julio, señalaba que la invocación de un derecho fundamental no puede servir «para justificar la imposición de modificaciones de la relación contractual, la ruptura del marco normativo de la misma, o el incumplimiento de los deberes laborales que incumben al trabajador». En la misma dirección, las SSTC 99/1994, de 11 de abril; 6/1995, de 10 de enero y 106/1996, de 12 de junio.

¹¹² Así la STC 120/1983, de 15 de diciembre, Fj. 2, seguida de otras muchas, como las SSTC 20/2002, de 28 de enero y 213/2002, de 11 de noviembre. No obstante, la generalidad de la doctrina ha rechazado que este principio pueda limitar las libertades y derechos fundamentales de los trabajadores. En este sentido, BAYLOS GRAU, A., *Derecho del Trabajo...*, cit., p. 99, MOLERO MANGLANO, C., «El derecho al honor y a la intimidad del trabajador», en *AL*, vol. II (2001), p. 495; MORENO GARCÍA, A., «Buena fe y derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *REDC*, núm. 38 (1993), pp. 267-276; TERRADILLOS ORMAETXEA, E., *Principio de proporcionalidad, Constitución y derecho del trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 41 o VALDÉS DAL-RÉ, F., «Poderes del empresario...», cit., pp. 45-46. Precisamente, en relación a esta línea jurisprudencial, OJEDA AVILÉS se manifiesta contrario a las interferencias que en este ámbito pueda provocar la cultura civilista y sentencia que «la buena fe se ha erigido en España en un temible límite al ejercicio de la ciudadanía en la empresa», añadiendo que la proporcionalidad, equilibrio o ponderación de los intereses en presencia «debiera ser la pauta central (...) en lugar de la buena fe cuyo terreno en estricta lógica jurídica es sólo contractual» («Equilibrio de intereses...», cit., p. 16 y 30). Distinta posición mantienen, en cambio, MARTÍN VALVERDE, «Contrato de trabajo y derechos fundamentales», cit., p. 20 y MONTOYA MELGAR, A., *La buena fe en el derecho del trabajo*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 86-94, autor que se muestra muy crítico con la posibilidad de que los intérpretes judiciales rebajen el grado de exigencia de la buena fe debida por el trabajador cuando se ve afectado un derecho fundamental. Advierte que tal permisividad aboca a que el juego de la buena fe en estos casos quede «reducido a supuestos absolutamente extremos, fomentando el ya extendido fenómeno de la invocación trivial o banal (y, peor todavía, de la invocación de mala fe) de supuestos derechos fundamentales vulnerados» (pp. 92-94).

derechos fundamentales y la observancia de las obligaciones contractuales que dimanar de la relación laboral entablada. Aunque igualmente se deba reseñar, como se tendrá la ocasión de insistir más adelante, que las manifestaciones del poder de dirección que constriñan la proyección de los derechos inherentes a la personalidad en el ámbito del contrato, o que conculquen el ejercicio de los mismos, deberán necesariamente pasar por el tamiz de las exigencias ordinarias que impone la buena fe¹¹³.

Este punto de partida no empece para que haya de observarse que más que un límite accesorio o adicional, la buena fe es, en realidad, «un mecanismo para la necesaria integración o armonización entre las exigencias del contrato de trabajo y el ámbito propio del derecho constitucionalmente garantizado», el cual demanda una interpretación y aplicación de carácter restrictivo en la medida que sea necesario para preservar libertades y derechos amparados constitucionalmente¹¹⁴. De un modo definitivo, frente a la eventual pervivencia en sede judicial de una definición en abstracto de la noción de buena fe, en coherencia con el propósito garantista del legislador constituyente, se debe hacer notar que no se está técnicamente ante «un canon de constitucionalidad autónomo y aislado de los preceptos constitucionales», sino ante «un criterio de interpretación embebido en el juicio de ponderación o de proporcionalidad (...) y en los propios preceptos y valores constitucionales»¹¹⁵. Hay que adoptar, así pues, una postura de cautela que no soslaye, en primer lugar, que lo que en cada caso se entienda por buena fe ha de acomodarse a los bienes y valores constitucionales que descansan en la dignidad de la persona. Y, seguidamente, que los intereses empresariales y el ejercicio de los derechos constitucionales por el trabajador no merecen el mismo grado de protección, pese a que frecuentemente el principio jurídico de la buena fe haya sido invocado por la parte empresarial en un sentido concreto y unidireccional, para avalar su posición en cada caso concreto, tendiendo a la anulación del derecho subjetivo del empleado. Su empleo en esta dirección no tiene cabida en un sistema jurídico como el nuestro que propugna la justicia de los intereses en juego a tenor del criterio de la reciprocidad.

Hechas estas consideraciones, retomando ahora el hilo del discurso, apuntar que para que pueda darse un escenario de verdadera confrontación debemos encontrarnos

¹¹³ MOLINA NAVARRETE pone de relieve que el empleador está obligado a colaborar con el trabajador a fin de que éste pueda ver satisfechos los intereses que subyacen al ejercicio de sus derechos fundamentales. De modo que llama la atención sobre el imperativo de hacer visible en la relación de trabajo, no sólo la dimensión negativa de la buena fe (que compelería al empresario a abstenerse para no vulnerar un derecho fundamental), sino también la referida dimensión activa. Así en «Bases jurídicas...», cit., pp. 92 y 97.

¹¹⁴ CASAS BAAMONDE, M^a E., «La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (¿o de proporcionalidad?) y principio de buena fe», en *RL*, vol. I (2004), p. 150.

¹¹⁵ De nuevo, CASAS BAAMONDE, M^a E., «La plena efectividad...», cit., p. 148.

ante un ejercicio apriorísticamente legítimo y no abusivo o desviado de los derechos enfrentados. La tarea que antecede a la operación de ponderación pasa por determinar si la conducta de las partes traspasa los límites genéricos del derecho, y concluida la misma, comprobar a continuación los límites específicos que para el ejercicio del mismo se infieren de la relación laboral vigente. Asimismo, el Alto Tribunal ha mantenido en distintas sentencias que los derechos constitucionales quedarán modulados solamente en la medida que sea inevitable y siempre que sea el único medio razonable para satisfacer los intereses legítimos¹¹⁶. Se trata de la adopción de un método de resolución del conflicto que, en su elemental expresión, se materializa a través de la valoración de la «imprescindibilidad» de la medida patronal adoptada y para cuyo resultado deberá constatarse si, en el supuesto concreto, resulta indispensable la restricción de un derecho fundamental para el adecuado desenvolvimiento de la propia relación contractual, o, más concretamente, del desarrollo de la actividad de la empresa¹¹⁷. Con ello, al margen de los supuestos en que las restricciones a los derechos o libertades de la persona vengan impuestas por la propia naturaleza de la prestación de servicios contratada, la dirección deberá acreditar (y no simplemente invocar) la existencia de un fundado interés empresarial que para verse satisfecho precisa inevitablemente del recorte a un derecho fundamental¹¹⁸. De lo que cabría inferir, no sólo que la postura empresarial ha de ser inexcusable y la única capaz de lograr el interés legítimo de la dirección patronal (STC 99/1994, de 11 de abril, Fj. 7º), sino que además no tendrán cabida en el sistema constitucional las decisiones patronales «innecesarias» o «irrazonables» que respondan a una voluntad arbitraria o caprichosa del empleador, fundada en una simple contrariedad o incomodidad y no en motivaciones objetivas relacionadas directamente con la buena marcha de la empresa.

A su vez, el TC ha ido perfilando el parámetro de enjuiciamiento que se ha expuesto en las cuantiosas ocasiones en las que ha tendido ocasión de pronunciarse en torno a la extensión de los derechos fundamentales de los trabajadores y al conflicto que se sustancia en el seno del contrato con los poderes del empleador. Así, entretejiéndose

¹¹⁶ Clásica afirmación incorporada, entre otras, a las SSTC 20/1990, de 15 de febrero; 171/1990, de 19 de noviembre; 240/1992, de 21 de diciembre; 99/1994, de 11 de abril; 136/1996, de 23 de julio; 186/1996, de 25 de noviembre y 98/2000, de 10 de abril.

¹¹⁷ En este sentido se ha indicado con gran lucidez que «ni la subordinación, consustancial a la relación de trabajo, ni las exigencias de eticidad propias del contrato, podrán determinar ablaciones o, ni siquiera, limitaciones transitorias en el ejercicio de estos derechos, salvo que ello sea consecuencia, ponderadas las circunstancias del caso, de exigencias imprescindibles de la actividad productiva», PEDRAJAS MORENO, A., «Los derechos fundamentales de la persona del trabajador y los poderes empresariales: la Constitución como marco y límite de su ejercicio», en *AL*, núm. 4 (2000), p. 61.

¹¹⁸ Enfatiza GOÑI SEIN la relevancia de este criterio de elaboración jurisprudencial ya que el mismo hace posible la procedimentalización de la toma de decisiones, «obligando a realizar una serie de juicios o ajustes sucesivos, que encauzan el poder del empresario a un confin bastante reducido», («Los criterios básicos...», cit., p. 84).

con las pautas derivadas del principio de indispensabilidad o de estricta necesidad de la limitación, el Alto Tribunal ha ido desgranando otro criterio para cuyo respeto se exige el cumplimiento de unos requisitos adicionales. A la luz de tal premisa, los elementos de juicio de los que dispone el juez para decidir sobre la adecuación o no de la actuación directiva empresarial, portadora de una posible lesión a los derechos fundamentales, son los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *sensu stricto* de la decisión empresarial, presididos por la interdicción de imponer sacrificios injustificados a tales derechos de los trabajadores. Todos ellos componen el conocido principio de proporcionalidad. El cual, empleado inicialmente para valorar las restricciones a los derechos fundamentales inespecíficos donde existía una dimensión pública, se extendió más tarde (a raíz de las SSTC 98/2000, de 10 de abril y 186/2000, de 10 de julio) al ámbito de las relaciones entre particulares con el fin de concretar la legitimidad de la intromisión empresarial en los derechos y libertades fundamentales del empleado¹¹⁹.

En efecto, el principio básico que incide en el mundo de las relaciones laborales es la contraposición de intereses que subyace a la materialización práctica del elenco de facultades atribuidas jurídicamente al empresario¹²⁰. Y, como podrá suponerse, dicho antagonismo se muestra con una especial significación cuando lo que se ven afectados son los derechos dotados de entidad fundamental en el texto constitucional. Así las cosas, hoy en día se admite pacíficamente el recurso a la proporcionalidad como instrumento de equilibrio de los derechos e intereses opuestos implicados en el contexto de la relación obligatoria laboral que articula el contrato de trabajo. Lo que viene a propugnar el TC es la actuación de la regla de la proporcionalidad como límite a la discrecionalidad empresarial (de igual modo a como lo han plasmado en sus decisiones los máximos órganos intérpretes de las Constituciones de países como Francia, Italia o Alemania). Precisamente, mención particular merece el caso francés puesto que, a diferencia de lo que aquí ha sucedido¹²¹, el ordenamiento del país vecino ha consagrado formalmente este principio. En el *Code du Travail* la restricción del poder empresarial al socaire de la efectividad en el ámbito laboral de los derechos del trabajador cuenta

¹¹⁹ El Tribunal aplica en la STC 186/2000 el criterio que con anterioridad había estimado en relación al ejercicio del derecho de huelga (STC 37/1998, 17 de febrero). En concreto, que «la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad».

¹²⁰ De este modo se expresa LUQUE PARRA, M., *Los límites...*, cit., p. 155.

¹²¹ El TC habla en la STC 85/1992, de 8 de junio, del criterio de la proporcionalidad como «*principio inherente* del Estado de Derecho, cuya condición de canon de constitucionalidad (...) tiene especial aplicación cuando se trata de proteger derechos fundamentales frente a limitaciones o constricciones, procedan éstas de normas o resoluciones singulares». Pese a ser considerado un principio implícito del ordenamiento, desde diversos sectores se ha propuesto la positivación definitiva del mismo a fin de que su previsión legal actuara como resorte a su efectivo respeto. De este modo se ha expresado TERRADILLOS ORMAETXEA, E., *El poder disciplinario...*, cit., pp. 138 y 143-144.

con un sustento fundamental: la plasmación positiva por el legislador de un criterio de valoración de la legitimidad de los actos de ejercicio del poder de dirección.

Para un enfoque adecuado del tema es preciso avanzar que a modo de cláusula general el art. L1121-1 del *Code du Travail* precisa que nadie puede imponer restricciones a los derechos de la persona y a las libertades individuales y colectivas que no vengan justificadas por la naturaleza de las funciones a desenvolver y que no sean proporcionales al fin buscado. De esta suerte se introduce una limitación funcional de la subordinación al requerir que el ejercicio del poder empresarial responda a ciertos criterios de razonabilidad y, sobre todo, exista una adecuación entre los medios y los fines que se pretenden. Desde esta perspectiva, la legislación francesa prevé la obligación, para las empresas que al menos emplean veinte trabajadores, de aprobar por escrito un «règlement intérieur» (art. L1311-2) en el que deberán hacer constar, exclusivamente, las instrucciones en materia de seguridad y salud en la empresa, las condiciones en las cuales los asalariados pueden ser llamados a participar en el restablecimiento de la seguridad cuando ésta se haya visto comprometida y las reglas relativas al régimen disciplinario aplicable. A su vez, el art. L1321-3 recuerda que dicho reglamento no puede contener disposiciones contrarias a las leyes, los reglamentos, los convenios y acuerdos colectivos que sean de aplicación ni tampoco disposiciones que limiten los derechos del trabajador a no ser que dichas restricciones estén justificadas «par la nature de la tâche à accomplir» y sean proporcionadas «au but recherché». De lo expuesto se desprende que la validez de los mandatos empresariales está condicionada, en primer término, por el imperativo de que las restricciones a los derechos fundamentales vengan justificadas por la naturaleza de las funciones que el deudor contractual acordó desempeñar en el contrato. Lo cual ya implica la imposición de un control que verifique la aptitud de la decisión empresarial para satisfacer los legítimos derechos del empleador y constate la necesidad de la misma. Y, en segundo lugar, la ley francesa exige un enjuiciamiento donde los dos aspectos a tener en cuenta son la satisfacción del objetivo patronal pretendido y el grado de perjuicio ocasionado al derecho del trabajador buscando, en todo caso, que la limitación de este último no vaya más allá de lo razonable y, en definitiva, de lo que se estime proporcionado.

Es sabido, por contra, que en España las normas sustantivas no han recogido dicho principio, de construcción eminentemente jurisprudencial¹²². Se admite, pese a ello, ampliamente su empleo de manera que la orden patronal, a través de una estructura originariamente elaborada por la jurisprudencia constitucional alemana, se deberá someter a un examen articulado mediante tres diferentes grados de escrutinio. No se

¹²² Si bien haya que precisar que al mismo se refiere la LPL en el art. 179.2.

trata de una mera constatación de la adecuación de los medios o decisiones adoptadas al fin pretendido. Sino que, propiamente, este control exige la búsqueda de un equilibrio de los intereses en juego. Se tendrá por tanto que verificar estos requisitos caso por caso, de acuerdo a las circunstancias concurrentes, hecho que impide que puedan construirse soluciones a modo de *llave maestra* que compongan una teoría general sobre la cuestión. Lo que está claro es que en las relaciones jurídicas existen diversos intereses de sus intervinientes que no pocas veces entran en contradicción. Ahora que, si bien el Derecho trata de resolverlos a través de la creación de mecanismos basados en la instauración de pautas generales de solución, cuando la pugna que se suscita es a propósito del ejercicio del poder empresarial y de un derecho fundamental, dichos modelos estandarizados o abstractos dejan de ser útiles y no queda más remedio que acudir al caso concreto. Hace ya mucho tiempo que la mejor doctrina explica cómo se desenvuelve el triple examen en el que consiste este principio y no corresponde aquí detenerse en lo que es de sobra conocido. Sin embargo, considero oportuno hacer hincapié en las siguientes consideraciones.

Habida cuenta de que el *juicio de necesidad* se hará a partir de la confrontación entre sí de las diferentes decisiones que se muestran idóneas o aptas para la consecución de determinados objetivos, este control relativo a la causalidad de los medios con respecto a los fines habrá de comportar una verdadera comprobación orientada, no al mero criterio de la funcionalidad, sino al grado de sustento instrumental cualitativo y cuantitativo, realmente eficaz, que representa la medida patronal en relación al beneficio empresarial que se pretende. Es de notar, justamente, que la morfología del esquema argumental mentado rehuye cualquier control que sobre la admisibilidad del objetivo empresarial pretendido pudiera hacerse. Tanto los criterios de *aptitud* como de *necesidad* no entran a valorar las razones que impulsan la búsqueda de ciertos objetivos, ni la envergadura de los mismos, pasando de largo sin detenerse a someter a examen tales cuestiones y sin valorar si el fin empresarial esperado es digno acreedor de una constrictión en la proyección y efectivo disfrute de los derechos de la persona incorporada a una organización productiva ajena¹²³. Así las cosas, si se quiere asegurar en el marco laboral la vigencia de estos derechos subjetivos que la CE reconoce, resulta del todo ineludible conjugar el principio de proporcionalidad, de amplio calado en el actual orden social, con la construcción jurisprudencial a la que antes se ha aludido y que se refiere a la imprescindibilidad del sacrificio inferido al derecho fundamental. Es a través de este último como se pueden introducir en la valoración judicial otras

¹²³ De tales deficiencias ya se había hecho eco GOÑI SEIN, J.L., «Los criterios básicos...», cit. p. 87.

cuestiones que tienen que ver con la justificación y trascendencia de la finalidad empresarial pretendida¹²⁴.

Se debe destacar, a su vez, que es en la tercera dimensión (*proporcionalidad en sentido estricto*), donde este juicio trifásico ampara una auténtica ponderación de los intereses en juego al tomar en consideración, ya de manera directa, las posiciones subjetivas de las partes sobre las que el poder empresarial incide. Es en este momento cuando, acercando específicamente al terreno laboral la teoría general de la interdicción del exceso que irradia el sistema constitucional español¹²⁵, se valoran los costes que la decisión patronal comporta en la esfera jurídica y en los espacios de libertad individual del trabajador al tiempo que se ponen en relación con los beneficios que pretende generar la ejecución de la medida adoptada¹²⁶. Teniendo presente, en todo caso, que la preeminente posición que ocupan los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico compele a que las decisiones de obligado cumplimiento produzcan el menor impacto posible en la posición individual del trabajador. Y, consecuentemente, que las limitaciones a los valores constitucionales hayan de interpretarse de forma restrictiva, promoviendo en todo caso la orientación que sea más favorable a la eficiencia de los derechos subjetivos afectados.

Sin necesidad de adentrarnos aquí con detenimiento en la encendida polémica acerca de los aciertos y errores de este principio, sí considero oportuno realizar una pequeña reflexión en torno a ciertas grietas que hacen tambalear la consistencia del razonamiento constitucional empleado. Constituye un punto de partida sustancial para el correcto análisis del mismo poner de relieve cómo, en todo momento, la doctrina constitucional no deja de emplear conceptos difícilmente delimitables (idoneidad, necesidad o proporcionalidad), hecho que irremediablemente reviste al criterio de enjuiciamiento judicial de un manifiesto casuismo, impidiendo así la formulación de respuestas rotundas que pudieran servir de adalid ante una ilegítima reprecisión de la ciudadanía en la empresa¹²⁷. Su compleja aplicación práctica puede desembocar, a su

¹²⁴ Obviamente habrá que partir de la idea de que no puede determinarse *a priori* la legitimidad de un determinado objetivo patronal puesto que, desde la confrontación de intereses, ésta deberá ponerse en relación con el interés afectado del trabajador. No obstante, al socaire de esta consideración inicial puede traerse aquí a colación la lúcida reflexión de la que podrá extraerse una mayor o más intensa garantía de los valores constitucionales y que viene a exigir a la intencionalidad empresarial una «legitimación fuerte», como estadio previo al control de proporcionalidad, la cual «esté como mínimo en consonancia o a la altura del sacrificio que se reclama de la otra parte». De nuevo, GOÑI SEIN, J.L., «Los criterios básicos...», cit. p. 90.

¹²⁵ TERRADILLOS ORMAETXEA, E., *El poder disciplinario...*, cit., p. 46.

¹²⁶ Así las cosas, se busca un equilibrio o ejercicio coordinado de ambos intereses «intentando evitar el absoluto sacrificio de uno de ellos en beneficio exclusivo del otro». De este modo, GORELLI HERNÁNDEZ, J., «Deber de obediencia y despido por desobediencia», en *REDT*, núm. 87 (1998), p. 91.

¹²⁷ Así lo hace notar, GOÑI SEIN, J.L., «Los criterios básicos...», p. 84; MOLINA NAVARRETE, C., y OLARTE ENCABO, S., «Los derechos de la persona del trabajador en la

vez, en la entrada de apriorísticos planteamientos del intérprete en torno a las conflictivas relaciones entre derechos fundamentales y poderes patronales, los cuales podrán desparramarse libremente a la luz del enjuiciamiento concreto del proteico elenco de posibles situaciones en las que los valores constitucionales se puedan ver postergados en aras de la satisfacción de algún interés empresarial.

Como es lógico y normal, en este escenario en el que supuestos esencialmente idénticos pueden ser catalogados judicialmente en sentido contrario, la posición más desfavorable la ocupa el trabajador que duda en acatar la decisión patronal o reclamar frente a la misma. Sin embargo, dada la insuficiente normativa infraconstitucional que hasta la fecha existe de los derechos de contenido inespecífico, ha de ser la doctrina del TC y los tribunales laborales los que inexorablemente asuman un relevante papel en este ámbito. No se puede ignorar que el propio dinamismo que caracteriza el ejercicio de las prerrogativas empresariales provoca que éstas, día a día, tiendan a expandirse y, aprovechando los espacios abiertos por los márgenes de indefinición legal existentes, aumenten los contornos definidores de las obligaciones contractuales del trabajador. Resulta, así, imprescindible una mirada atenta a las circunstancias concurrentes si que quiere hacer una correcta ponderación de los bienes jurídicos comprometidos en la coyuntura concreta.

En definitiva, considero oportuno afirmar que para asegurar la efectividad de la lógica latente en el cauce argumental del Constitucional no es preciso buscar otra fórmula jurídica e interpretativa que proporcione un mayor refuerzo a los derechos de la ciudadanía en el seno de la relación de trabajo. Se trataría en cambio, he de insistir, de aplicar adecuadamente el canon o rasero de constitucionalidad ya existente sin que intervengan efectos desvirtuadores del mismo. El principio de proporcionalidad – empleado de forma equilibrada, rehuendo la lectura más laxa del mismo que a veces se extrae de la doctrina jurisprudencial y apostando decididamente por una conjunción armónica e integrada entre los derechos fundamentales y la autonomía de la voluntad que rige en las relaciones jurídico privadas– actúa eficazmente como instrumento para corregir la desigualdad que subyace a la relación obligacional a través de la ponderación

jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *RL*, vol. II (1999), p. 368 y SEMPERE NAVARRO, A.V., «Contratación laboral...», cit. pp. 129-130. Observa al respecto MARÍN ALONSO, I., *El poder de control...*, cit., p. 99 que la postura que ha adoptado el TC sobre la proyección de los derechos fundamentales inespecíficos en el marco del contrato de trabajo no les proporciona una posición preeminente real al requerir «el intento de equilibrar las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito de la libertad constitucional que se encuentra modulada por aquél, dando como resultado situaciones de notable inseguridad jurídica». Por su parte, consideraba RIVERO LAMAS que la aplicación del principio de proporcionalidad constituye un «remedio inapropiado». Y ello porque da entrada a valoraciones subjetivas de la Norma fundamental y el TC se erige en una especie de legislador o de empresario «imaginarios», papeles que en ningún caso le corresponden. De este modo en «Derechos fundamentales...», cit., pp. 512-513.

de los intereses implicados. Dentro de la amplia libertad de disposición sobre la prestación de trabajo de la que goza el empresario en atención a su interés privado, su formulación, sin duda alguna, constituye un notable ejemplo del ineludible compromiso que ha de asumir el ordenamiento laboral con los valores constitucionales y ha contribuido favorablemente a que el ejercicio de los poderes empresariales, y como era de esperar, también del poder directivo, se impregnara de los aires renovados que corren tras la aprobación de nuestra Norma fundamental. Si bien, ello no obsta a que deba reconocerse que aún queda un largo camino que recorrer para que pueda hablarse propiamente de una verdadera y normalizada acogida en el mundo del trabajo de los valores consagrados constitucionalmente que protegen a la persona del trabajador.

En cualquier caso hay que tener presente que los problemas entre los derechos fundamentales y la relación laboral no siempre han de discurrir por el tamiz del mismo mecanismo de articulación. Por lo pronto, cuando lo que se pretende es el ejercicio en positivo de un derecho, esto es, en los casos en los que el empleado hace uso de un derecho para desplegar una determinada conducta que, de por sí, se contrapone al esquema técnico y organizativo de la empresa, habrá que proceder a realizar una ponderación adecuada de los intereses implicados respetando, obviamente, la más adecuada definición y valoración constitucional del derecho fundamental en juego¹²⁸. Sin embargo, la jurisprudencia laboral denota en múltiples ocasiones una clara influencia de la lógica contractual y tiende a verificar si la conducta del empleado encierra o no un exceso o extralimitación conforme a las pautas contractuales, en lugar de preconizar el ejercicio de un derecho fundamental como límite al devenir de los poderes empresariales. En buena técnica jurídica, no cabe entrar en estos supuestos a dirimir si la conducta del trabajador respeta o no las exigencias del principio de proporcionalidad. Estamos, en cambio, en terreno propicio para la aplicación del mentado principio cuando se advierte una actuación empresarial positiva o explícita que constriñe el pleno disfrute de los derechos de la ciudadanía en la empresa. Una correcta aplicación de este criterio exige entrar a valorar la medida empresarial coercitiva de un bien jurídico (aunque pueda constatarse como los tribunales ordinarios invierten indebidamente el objeto destinatario del examen, que no es otro que el ejercicio del poder empresarial, y ocasionalmente pasan a medir el incumplimiento laboral imputado al trabajador que manifiesta un comportamiento contrario a la decisión patronal)¹²⁹.

¹²⁸ Elemental referencia contenida en las SSTC 1/1998, de 12 de enero (Fj. 3º); 106/1996, de 12 de junio, (Fj. 5º); 186/1996, de 25 de noviembre (Fj. 3º); 98/2000, de 10 de abril (Fj. 7º); 20/2002, de 28 de enero (Fj. 3º).

¹²⁹ Así, también, TERRADILLOS ORMAETXEA, E., *El poder disciplinario...*, cit, p. 121.

1.3. Intervención de los derechos fundamentales como criterio modulador de la fuerza imperativa de los mandatos empresariales

Las prerrogativas de dirección albergan un sustento normativo evidente en atención a la utilidad económica y la función social derivada de la propia empresa, sin que por ello pueda extraerse que este poder goce de una condición autónoma que oprima el alcance de los mandatos constitucionales¹³⁰. Con todo, no puede desconocerse que la doctrina constitucional en torno al alcance de los derechos fundamentales, y especialmente los de contenido inespecífico, se ha construido con mayor prodigalidad cuando la vulneración de los mismos encuentra su punto de partida en una actuación disciplinaria. El Alto Tribunal se ha mostrado, por contra, menos proclive a reconocer espacios exentos de la injerencia patronal cuando el derecho fundamental del trabajador que se estima vulnerado colisiona con el ejercicio del poder de dirección empresarial¹³¹. Y ello aunque sea precisamente en este estadio previo, en el de la ordenación directiva de la prestación laboral, donde a menudo se pongan de manifiesto los antagónicos intereses de las partes y, por tanto, donde se sustancie el conflicto inicial que pueda eventualmente derivar en la imposición de la medida punitiva.

Resulta una obviedad recalcar que el respeto de los derechos fundamentales ha de ser compatible con las posibilidades de ordenación y dirección que le confiere al empresario su potestad de mando¹³². Y que el ejercicio de tales derechos se deberá armonizar, enriquecer y completar a la luz de las exigencias técnico-organizativas y productivas que mueven la prestación de trabajo. Sin embargo, no puede entenderse que la modulación que las cualificadas necesidades empresariales provocan sobre determinados aspectos esenciales de la vida del trabajador y, a la inversa, los derechos fundamentales y libertades públicas de la persona del asalariado imponen sobre el

¹³⁰ Tal y como ha advertido el TC en innumerables ocasiones, el ejercicio de las facultades patronales no puede servir en ningún caso a la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador (entre otras muchas, SSTC 94/1984, de 6 de octubre; 108/1989, de 8 de junio; 171/1989, de 19 de octubre; 123/1992, de 28 de septiembre; 134/1994, de 9 de mayo; 173/1994, de 7 de junio; 186/2000, de 10 de julio).

¹³¹ Así lo ponen en evidencia BAYLOS GRAU, A., *Derecho del Trabajo...*, cit., p. 98 y VALDÉS DAL-RÉ, F., «Poderes del empresario...», cit., p. 45. En fechas más recientes, SASTRE IBARRECHE, R., «Recurso de amparo...», cit., p. 256. Resultan también interesantes las referencias jurisprudenciales citadas por BOSUU sobre la aplicación por la *Cour de Cassation* del principio de proporcionalidad cuando el ejercicio de las facultades directivas entra en conflicto con el ejercicio de un derecho fundamental del trabajador [«Droits de l'homme et pouvoirs du chef d'entreprise: vers un nouvel équilibre», en *Dr.Soc.*, núm. 9/10 (1994), pp. 752 -753].

¹³² En palabras de RIVERO LAMAS, «la aplicación de los principios constitucionales en la configuración y ejercicio de los poderes de organización y dirección empresarial, no puede interpretarse como una vía para la desaparición de la jerarquía funcional de la empresa, ni como una nueva frontera de la democracia que pueda llevarse hasta vaciar de contenido y privar de eficacia organizativa a aquellos poderes» (*Limitación...*, cit., pp. 91-92).

desarrollo de la relación laboral, se manifiesten en términos de igualdad. La configuración y ejercicio de las prerrogativas de dirección únicamente pueden someter determinadas restricciones a la efectiva plasmación de los valores constitucionales en el mundo del trabajo subordinado y ello, exclusivamente, cuando se respeten los cánones de indispensabilidad y proporcionalidad previamente explicados. Así que, en cierto sentido, será oportuno dar cuenta del carácter ambivalente de sendos principios jurisprudenciales ya que actúan, al tiempo, como límite de la potestad patronal de mando y también, cuando el mandato empresarial pasa los referidos controles, como criterio de justificación o legitimación del ejercicio del poder directivo.

Por otro lado, tal y como ha evidenciado parte de la doctrina desde hace ya algunos años, los criterios empleados por los tribunales laborales actúan en solitario a modo de cánones de valoración de la legalidad de la actuación empresarial y, pese a la trascendental labor que ha de atribuírsele a la relatada jurisprudencia constitucional, ésta, por sí sola, se ha mostrado incapaz de inferir soluciones que en todo caso promuevan y garanticen de un modo real y efectivo los derechos fundamentales en el interior de las organizaciones productivas. A la decisión empresarial lesiva de los derechos fundamentales le corresponde la calificación jurídica de nulidad radical, la reparación del daño, la reposición de las actuaciones al momento anterior y el cese de la conducta empresarial puesta en cuestión. Sin embargo, estas medidas no siempre podrán proteger el derecho subjetivo que se pretende amparar. Es por ello por lo que, sirva en este momento únicamente dejar apuntado puesto que sobre esto se volverá más tarde, junto a la inexorable ponderación en sede judicial de los intereses confrontados, será preciso dar cabida a la intervención de otros principios que coadyuven en la búsqueda de soluciones a este conflicto en consonancia con los valores constitucionales.

1.4. Manifestaciones del poder directivo potencialmente lesivas de los derechos fundamentales

En los últimos años el Alto Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en reiteradas ocasiones sobre la intromisión del poder empresarial en derechos fundamentales relativos a la propia persona del trabajador, circunstancia alentada, sin lugar a dudas y entre otros factores, por la incursión de las nuevas tecnologías de la información en el mundo del trabajo. En el seno de las unidades productivas el radio de acción de los instrumentos tecnológicos e informatizados es bastante amplio, invadiendo a menudo espacios ocupados por el derecho al desarrollo de la personalidad. A su vez, valga meramente enunciarlo, hoy en día es indiscutible la relevancia que ha adquirido el derecho a la igualdad y no discriminación, particularmente por razón de

género, que ha otorgado una renovada dimensión a la discrecionalidad que resulta inherente al ejercicio de las prerrogativas patronales gracias, en buena medida, a una mayor sensibilidad hacia la protección de este derecho por influencia del Derecho internacional y comunitario. Sin entrar en el estudio de la tutela de la que ha sido objeto el elenco de derechos y libertades constitucionales no sólo por las instancias judiciales, sino también por los propios poderes públicos, interesa ahora detenerse en un somero análisis de alguno de los límites al ejercicio del poder directivo ligados a situaciones personales de los trabajadores, que puedan constituir modelos o arquetipos para formular soluciones a la excesiva conflictividad que se aprecia en este ámbito.

1.4.1. Obediencia debida y dignidad del trabajador

De todos los valores generales y derechos amparados constitucionalmente, destaca sin lugar a dudas la protección que le dispensa nuestra Ley fundamental a la dignidad humana en su condición de norma inspiradora de todo el ordenamiento jurídico y «elemento de integración y coherencia de los derechos fundamentales», a los que dota de unidad en función de la existencia en cada uno de ellos de un «núcleo de dignidad personal»¹³³. Teniendo presente, por tanto, que los valores y principios que consagra la CE son fundamento del orden político y social instaurado y actúan como soporte jurídico sobre el cual descansan los derechos fundamentales, la protección de la que es merecedora la dignidad humana por parte del ordenamiento jurídico sirve de vital orientación para guiar la tutela que a su vez recibirán otros bienes constitucionales de los ciudadanos-trabajadores¹³⁴. De forma que las condiciones que imponga el legítimo ejercicio de las facultades empresariales sobre los derechos fundamentales del trabajador se verán sometidas a un límite insalvable. La ordenación de la prestación y de la conducta de los asalariados ha de tomar necesariamente siempre en consideración ese tope mínimo inatacable o insuperable que constituye la «autodeterminación consciente y responsable de la propia vida» (STC 53/1985, de 11 abril, Fj. 8º)¹³⁵. En otras palabras,

¹³³ GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J.J, *Seguridad e higiene...*, cit., p. 220.

¹³⁴ Señala el TC (en sentencia 190/1990, de 27 de junio, Fj. 4º) que «la regla del art. 10.1 CE, proyectada sobre los derechos individuales, implica que la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un *minimum invulnerable* que todo estatuto jurídico debe asegurar». Doctrina reiterada posteriormente en las SSTC 57/1994, de 28 de febrero (Fj. 3º) y 192/2003, 27 de octubre (Fj. 7º).

¹³⁵ La jurisprudencia comunitaria se ha ocupado de precisar la posición que la dignidad ocupa en los siguientes términos: «Il appartient à la Cour, dans son contrôle de la conformité des actes des institutions aux principes généraux du droit communautaire, de veiller au respect du droit fondamental à la dignité humaine et à l'intégrité de la personne» (STJCE, 9 octubre 2001, asunto C-377/98, núm. 70). No obstante, en las conclusiones del Abogado General presentadas el 18 marzo 2004, asunto C-36/02, se considera a la dignidad, no propiamente un derecho fundamental, sino un principio interpretativo indicando que «le respect de la dignité humaine est en tout cas un élément des principes généraux du droit communautaire ainsi qu'un critère et une condition de la validité des actes de droit communautaire» (núm. 90) o, dicho de otro modo, «que la protection de la dignité humaine a été reconnue comme principe général du droit et donc comme partie intégrante du droit originaire» (núm. 93).

el núcleo constituido por la dignidad resulta infranqueable por el poder de dirección empresarial en tanto encarna la expresión más inmediata de la persona.

Dicho esto, el principal inconveniente atribuible al papel que el TC ha asignado a la dignidad como muro de contención complementario al contenido particular del derecho constitucional afectado en cada momento, reside en el complicado esclarecimiento de lo que ha de entenderse por dignidad, elemento imprescindible para determinar en qué medida podrá verse sacrificado un derecho fundamental a resultas de hacer necesariamente compatibles los derechos fundamentales del trabajador y las prerrogativas empresariales amparadas legalmente¹³⁶. Ciertamente es que para dotar de mayor tangibilidad a la significación jurídica de la dignidad a menudo se hace alusión a la misma poniéndola en relación con algún derecho fundamental del trabajador¹³⁷. Sin embargo, lejos de ofrecer una definición satisfactoria, la elaboración más común se expresa de forma negativa haciendo alusión a los supuestos en los que un determinado comportamiento vulnera dicho reducto personal impenetrable del trabajador¹³⁸. Es entonces, en función del carácter permutable y contextualizable de la dignidad, cuando cabe preguntarse si éste no sólo pone importantes trabas al intento de aportar una definición a la misma sino que, conjuntamente, le convierte en un límite inconcreto y, en la mayor parte de las ocasiones, en un freno vacilante e inseguro del poder empresarial. Como podrá convenirse, la indeterminación jurídica de esta noción hace que la resolución de este tipo de conflictos sea altamente propensa al mero decisionismo judicial y, por ende, a la consabida e indeseable inseguridad jurídica. Sin embargo, ello no impide reconocer que, a mi modo de ver, la tesis mantenida por el TC comporta más efectos positivos que negativos¹³⁹.

No se debe ignorar que la condición eminentemente flexible y adaptable que cabe predicarse de la noción de dignidad puede jugar una importante baza para dar

¹³⁶ La vinculación de la dignidad con valores abstractos es frecuente también en la jurisprudencia en el ámbito comparado. La *Corte di Cassazione* italiana en sentencia 29 mayo 1993, núm. 6030, en *Riv.It.Dir.Lav.*, núm. 2 (1993), pp. 653-683 y en la núm. 4570 de 17 mayo 1996, en *Mass.Giur.Lav.*, (1996), p. 316-326, identifica la dignidad personal con «il rispetto della condizione di onorabilità e nobilità morale dell'individuo che nasce dalle sue qualità intrinseche. Identifica la dignità umana nella autocoscienza del singolo dei propri valori fondamentali come persona».

¹³⁷ *Vid.* STC 53/1985, de 11 de abril (Fj. 8º).

¹³⁸ Como se ha indicado, «el interés de la CE por proteger la ciudadanía exige un cierto esfuerzo de concreción apriorística, que sí resulta apreciable, en mayor o menor medida, en los enunciados destinados al reconocimiento de los derechos fundamentales (...). Por el contrario, esa es una apreciable y conveniente propiedad de la que el concepto constitucional de *dignidad* claramente adolece, al ser meramente citado y no descrito siquiera por referencia» [FOTINOPOULOU BASURKO y SEGALÉS FIDALGO, «Dignidad frente a lealtad y fidelidad. En torno a la STC 129/2003», en *RDS*, núm. 24 (2003), p. 133]. Deja también constancia de ello LUQUE PARRA, M., *Los límites...*, cit., p. 201.

¹³⁹ Consúltense las conclusiones expuestas por SERNA, P., «La dignidad humana en la Constitución Europea», en AA.VV. (Dir. Álvarez Conde, E. y Garrido Mayol, V.), *Comentarios a la Constitución Europea*, vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 225.

entrada a una protección más intensa de los derechos de la persona y corregir mandatos empresariales que actúan en detrimento de la plena realización de la personalidad en la empresa. Singular relevancia, a su vez, puede adquirir el empleo de la dignidad como elemento instrumental para reforzar los derechos subjetivos del deudor contractual cuando éste se ve compelido a cumplir un mandato patronal que, *a priori*, se acomoda a la definición y delimitación legal del poder empresarial y, sin embargo, comporta una lesión de un derecho fundamental. Puede suceder que el marco normativo y jurisprudencial que sirve de cobertura jurídica a una decisión de la dirección deje aflorar ciertas fisuras relacionadas con los nuevos fenómenos a los que pueda enfrentarse el Derecho del Trabajo, especialmente en el inagotable campo de la renovación tecnológica aplicada al mundo laboral. De modo que, se insiste, el recurso a la dignidad como mínimo insuperable podrá desempeñar en estos casos una importante labor para preservar al trabajador de conductas represoras, principalmente frente aquellas que no son fácilmente reconducibles a las restricciones impuestas al ejercicio de las prerrogativas empresariales en el cuadro normativo vigente¹⁴⁰. En definitiva, ofrece un plus de protección al trabajador y una garantía extra de la vigencia, tanto de los derechos cívicos, como de los de contenido específico en el marco de la empresa. Afirmación a la que debe sumarse la siguiente consideración: cuando una orden o instrucción empresarial resulte manifiestamente lesiva de la dignidad del trabajador, éste podrá negarse a cumplir la misma, sin óbice para que también acuda a la jurisdicción social a fin de recabar de ésta la protección y medidas cautelares pertinentes¹⁴¹.

1.4.2. Exigencias empresariales que afectan al aspecto externo en el centro de trabajo

Uno de los caminos a través del cual se conduce el desarrollo integral de la personalidad y el efectivo ejercicio de la libertad de cada uno lo conforma la expresión exterior de los propios gustos al predeterminar nuestra imagen. Resulta ya clásica la consideración del derecho a conformar libremente la semblanza individual como «uno de los modos del ser personal»¹⁴². La apariencia externa del trabajador goza de

¹⁴⁰ De esto dan cuenta FOTINOPOULOU BASURKO y SEGALÉS FIDALGO, «Dignidad...», cit., p. 135. Sin embargo, a ello se opone con energía CONDE MARTÍN DE HIJAS cuando advierte que «no puede convertirse la apelación a la dignidad en una especie de comodín, con el que eludir los límites constitucionales internos de los derechos» («Libertad empresarial...», cit., p. 115). Ahora bien, conviene no perder de vista que el propio marco constitucional ha consagrado conjuntamente la dignidad de la persona y «los derechos que le son inherentes». De modo que, aun en los casos en los que se hace difícil la individualización del concreto derecho subjetivo vulnerado, habrá que tener presente que existe un reducto de dignidad de la persona que se halla presente en todos los derechos fundamentales.

¹⁴¹ De esta opinión es GOÑI SEIN, J.L., *El respeto...*, cit., p. 115.

¹⁴² PÉREZ DE LOS COBOS, F., «Sobre el derecho a la propia imagen (A propósito de la STCO 170/87, de 30 de octubre)», en *PJ*, núm. 10 (1988), p. 78

relevancia constitucional fruto de lo dispuesto no sólo en el art. 10.1 CE, sino también en el art. 18.1 CE¹⁴³. Resta por constatar, además, que las disposiciones empresariales que inciden en este espacio de libertad de la persona se enmarcan en la capacidad patronal para regular las cuestiones relativas a la ordenación de la prestación y, más concretamente, a la disciplina en el trabajo¹⁴⁴. Puede afirmarse entonces que la colisión entre el derecho fundamental del empleado y el interés de la dirección empresarial por condicionar el aspecto exterior debiera enjuiciarse, de manera habitual, acudiendo al principio de proporcionalidad¹⁴⁵. Sin embargo, el proceder de los tribunales ordinarios no ha respondido en el común de las veces a una adecuada ponderación de los hechos que acontecen y de los intereses que en cada caso puedan estar en debate, obviando de este análisis el estudio del carácter proporcionado y razonable de la medida patronal.

Pues bien, antes de hacer un repaso a la doctrina jurisprudencial hay que comenzar por excluir de nuestro campo de estudio las medidas empresariales que se dirigen a proporcionar a los trabajadores los medios de seguridad e higiene en el trabajo o bien a requerir el uso de un determinado uniforme o instrumentos a fin de garantizar la propia seguridad y salud de la plantilla o la de terceros. Se trata habitualmente de sectores de la actividad donde la obligación de usar una determinada vestimenta o seguir unas concretas reglas de higiene no sólo responde a una prerrogativa empresarial de mando, sino que constituye un auténtico deber para el trabajador puesto que así lo requieren las exigencias impuestas desde la normativa preventiva o sanitaria. Sobra decir que en estos casos no cabe la oposición del trabajador al criterio empresarial puesto que su resistencia en este ámbito habría de interpretarse como un incumplimiento de la obligación que se deriva del art. 5, *b* ET. La misma conclusión podría extraerse cuando la restricción a su libertad viene impuesta por una disposición legal o reglamentaria, del convenio colectivo o por un uso o costumbre¹⁴⁶. Se tratará, en

¹⁴³ Dada la ausencia de recepción expresa de este derecho en el texto estatutario, la libertad para decidir cuestiones relativas a la apariencia que el trabajador pretende proyectar de sí mismo a través de elementos tan variados como el vestuario, los complementos, el maquillaje, la forma y color del cabello, etc, se viene habitualmente a reconducir al derecho general al honor o la intimidad, también en su ámbito de trabajo. Así en GIL y GIL, J.L., «Poder directivo...», cit., pp. 107-108. Defiende su carácter autónomo y diferenciado respecto de los demás derechos, DE VICENTE PACHÉS, F., «Doctrina constitucional sobre el derecho del trabajador a su propia imagen», en *TS*, núm. 71 (1996), p. 45.

¹⁴⁴ Estima la STS 23 enero 2001 (RJ/2063) que la implantación en el centro de trabajo de un concreto vestuario para los empleados durante la jornada estipulada le compete, «en defecto de pacto colectivo o individual entre los interesados», al empresario, «salvo, naturalmente, que la decisión patronal atente a la dignidad y honor del trabajador, prevista en los arts. 4, 18 y 20 del ET, o a cualquiera de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidas en la Constitución».

¹⁴⁵ Últimamente, OJEDA AVILÉS, A. e IGARTUA MIRÓ, «La dignidad del trabajador en la doctrina del Tribunal Constitucional», en *RMTAS*, núm. 73 (2008), p. 161.

¹⁴⁶ *Vid.* la conocida STC 170/1987, de 30 de octubre. Asimismo, sería posible que las partes pactaran en el contrato de trabajo determinadas reglas o limitaciones a la libertad de apariencia externa del trabajador, aunque, habría que tener muy presente la restricción a la autonomía negocial que contempla el art. 3.5 ET.

el común de los casos, de actividades cuya prestación trae consigo, de manera intrínseca, una restricción del derecho a decidir sobre el propio aspecto físico exterior por la propia naturaleza de las mismas.

Dejando a un lado estos supuestos, la intromisión empresarial en lo que se refiere a la imagen de sus empleados puede manifestarse en dos direcciones que habitualmente avanzan en el mismo sentido: la aprobación de «cláusulas de buena imagen»¹⁴⁷ cuyo contenido normalmente abarca el veto a determinados componentes de la apariencia del trabajador por entenderse que desvirtúan el aspecto cuidado y correcto que, se entiende, debe transmitir el empleado¹⁴⁸ o, dando un paso más, la implantación de un determinado uniforme que homogeniza a los empleados y proyecta una determinada imagen corporativa. Se entiende, en este último caso, que la buena apariencia del trabajador refleja la buena imagen de organización empresarial que se pretende dar a conocer, de modo que las mayores exigencias en este ámbito se centran en el aspecto de los asalariados cuando desempeñan sus tareas a través del contacto directo con el cliente. De hecho, como es bien sabido, alguna de estas imposiciones forma parte del contenido del contrato individual sobre el cual las partes al inicio de la relación dan su consentimiento.

Estas disposiciones se justifican frecuentemente apuntando a necesidades de la organización de la empresa mas los tribunales exigen que éstas pasen por el filtro del respeto al orden constitucionalmente constituido. De modo que se estima que la orden empresarial no responde al ejercicio regular del poder directivo empresarial cuando lesione la dignidad y honor del trabajador o cualquiera de los derechos fundamentales y libertades públicas constitucionalmente consagrados. Como se ha visto, la apodíctica implicación de la personalidad en lo todo lo referente a estas cuestiones compele a que las facultades empresariales tengan necesariamente que acondicionarse a determinados límites. Pues bien, a salvo de ese primer análisis de coherencia constitucional, los tribunales no suelen analizar la confrontación de los derechos e intereses implicados a

¹⁴⁷ ARIAS DOMÍNGUEZ, A., y RUBIO SÁNCHEZ, F., *El derecho de los trabajadores...*, cit., p. 65.

¹⁴⁸ Según el parecer, que suscribo, de GONZÁLEZ BIEDMA, E., «La apariencia física del trabajador y el contrato de trabajo: una aproximación al problema», en AA.VV., (Coords. Casas Baamonde, M^a E; Durán López, F. y Cruz Villalón, J.), *Las transformaciones...*, cit., p. 688, no son admisibles las restricciones a la libertad de decidir ciertos aspectos relacionados con la denominada apariencia física «mutable» si únicamente se apoyan en un particular criterio del empresario pues, añade, «deben estar convenientemente justificadas y ser igualmente razonables». Se refieren, no obstante, CESTER Y MATTAROLLO a que la corrección en el vestir y una adecuada higiene forman parte del comportamiento diligente que le es exigible al trabajador (en *Diligenza e obbedienza...*, cit., p. 377, nota 68).

través del examen de la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida empresarial adoptada¹⁴⁹.

Así las cosas, algunas soluciones no tan respetuosas con los derechos fundamentales se han sucedido en otra esfera del conflicto entre las prerrogativas de dirección y los derechos tutelados constitucionalmente, en concreto, con el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación por razón de sexo. No es necesario detenerse en el papel que juega el art. 14 CE como cortapisa de las decisiones directivas de la organización empresarial y que de este principio se deriva la obligación que tiene el empresario de emplear en sus decisiones un criterio neutro que implique iguales consecuencias para el hombre y la mujer, así como el deber de rechazar aquellos otros criterios que aun siendo formalmente neutros dan lugar a condiciones adversas para alguno de los dos sexos. Pues bien, aunque no son pocas las prácticas empresariales que en el mundo empresarial someten a las mujeres trabajadoras a ciertas reglas estéticas que, en definitiva, vienen a reproducir estereotipos sexuales ofensivos socialmente superados, sólo algunas de ellas han sido enjuiciadas en sede judicial¹⁵⁰. De modo que no existe en este ámbito una doctrina jurisprudencial que sea fruto de un detenido y profundo análisis de las implicaciones constitucionales de este tipo de decisiones patronales que dan lugar a una desigualdad de trato, ni un criterio general al que se

¹⁴⁹ Un supuesto paradigmático lo constituyó en este ámbito la STSJ Baleares, 9 septiembre 2002 (AS 2003/2) que se pronunció en torno a la colisión entre una orden patronal y el derecho fundamental a la libertad religiosa. En esta ocasión se discutía si la procedencia de una sanción impuesta a un trabajador de religión judía por llevar la *Kippa*, acorde a sus convicciones religiosas. El tribunal recuerda que la empresa había consentido su uso durante años, por tanto, la decisión empresarial de prohibir ahora al trabajador que se cubriera con gorra durante la jornada laboral merecería una justificación objetiva que permitiera legitimar su brusco cambio de actitud. Así, la sentencia termina por decretar que la pretensión del operario, conductor de autobuses, de emplear la *Kippa* a pesar de que no estaba incluida en el uniforme fijado por la dirección no afectaba ni a los intereses empresariales ni a la propia actividad laboral del trabajador. Por consiguiente, «no se ve razón atendible que justifique en derecho una decisión de la empresa, rayana, pues, en el autoritarismo, que hiere, sin provecho para sí, los sentimientos religiosos de uno de sus empleados constitucionalmente tutelados». Pero sin duda, lo más significativo de la argumentación jurídica contenida en la sentencia es la consideración de que el poder directivo también está sujeto a otro límite que opera en defecto de la norma legal, convencional o regla contractual, y que consiste en la imposibilidad de que el empresario pueda en un determinado momento modificar, arbitrariamente, lo que es un uso o costumbre dentro de la empresa. (Así también en STSJ Cataluña, 15 febrero 2000, AS/1371). *Vid.*, a su vez, la STC 170/1987, 30 octubre y la STSJ, Madrid, 18 abril 2001 (AS/2341), donde el Tribunal decreta que las directrices imperativas del empresario «han de ser razonables y encontrar amparo legal, convencional o consuetudinario».

¹⁵⁰ Son variados los supuestos que podrían aquí traerse a colación como muestra de las diferentes exigencias en cuanto al aspecto físico e indumentaria que puedan afectar al personal de la empresa por razón de sexo. *Vid.* a este respecto los ejemplos citados por SÁEZ LARA, C., *Mujeres y mercado de trabajo. (Las discriminaciones directas e indirectas)*, CES, Madrid, 1994, p. 83. Asimismo, muy conocido es el caso del personal de RENFE que trabajaba en el AVE, resuelto por la STS 23 enero 2001 (RJ/2063), en el que se descartó la existencia de una discriminación atribuyendo una fundamentación objetiva a la decisión empresarial relativa al vestuario de la plantilla. Ya hay, por otro lado, sentencia del TSJ Andalucía, 27 noviembre 2008 (AS/2840) para el caso del conflicto de los uniformes con faldas en el hospital de San Rafael de Cádiz donde, a salvo de la futura resolución del recurso de casación presentado ante el TS, se descarta que existan rasgos discriminatorios en la conducta empresarial ni que la política sobre el vestuario constituya extralimitación alguna de las facultades directivas.

pueda acudir a la hora de valorar si las órdenes e instrucciones patronales que imponen distintas reglas estéticas según el sexo salvan el requisito legal de regularidad.

De hecho, siguiendo la tónica general de lo que fue la doctrina asumida por el TCT¹⁵¹, los tribunales ordinarios se han limitado, a menudo en la actualidad, a consagrar el interés de la empresa sin penetrar apenas en el examen constitucional de la medida que ha sido tomada en el ejercicio de las prerrogativas de dirección del empleador. De modo que, extrapolando impropiaamente a un terreno más amplio el criterio jurisprudencial empleado por el Alto Tribunal para negar trascendencia constitucional a las intromisiones patronales sobre el aspecto de los trabajadores cuando la política empresarial responde a un uso local o a la propia naturaleza de la actividad productiva desempeñada, los tribunales ordinarios soslayan en no pocas ocasiones el enjuiciamiento de la decisión limitativa del derecho del trabajador, evitando pronunciarse sobre si la misma está o no justificada en relación al respeto de los conocidos criterios de proporcionalidad y, en definitiva, resolviendo la colisión entre el derecho a la propia imagen y las prerrogativas que la legislación ordinaria reconoce al empresario, no a través de la búsqueda de una concordancia práctica entre los intereses antagónicos enfrentados, sino soterrando la esfera personal del trabajador bajo el sometimiento de éste a unos poderes organizativos y de dirección del empresario¹⁵².

Abundando en esta materia pero centrándonos en el alcance general del deber de obediencia del trabajador cuando lo que tiene ante sí es una norma empresarial relativa a la indumentaria o, más genéricamente, a la apariencia externa del dependiente, hay que destacar que el prisma desde el cual deben ser enjuiciadas dichas directrices exige una adecuada ponderación de las circunstancias que las envuelven. No se trata ya de que haya de incluirse en el juicio de regularidad de la orden empresarial, como se ha indicado en alguna ocasión, el cúmulo de parámetros de ponderación manejado socialmente para enjuiciar una determinada vestimenta o aspecto, pues dicho criterio, amén de ser intrínsecamente mutable, supondría un asalto desmesurado a la autonomía privada que actúa como soporte de la relación contractual y que le corresponde a quien posee la autoridad en la organización y tiene legítimamente atribuido la capacidad de dirigir y organizar el negocio del que es titular.

Se trata, más bien, de dar la debida consideración a los límites que frenan dicha autonomía cuando se ven involucrados, como en este caso, derechos inherentes a la

¹⁵¹ Vid. MARTÍNEZ ROCAMORA, L.G., *Decisiones empresariales...*, cit., pp. 196-200.

¹⁵² Se olvida, en definitiva, que el conflicto de intereses entre la finalidad técnico-organizativa que mueve la dirección empresarial y los valores constitucionales de protección a la persona ha de saldarse a favor de los intereses del trabajador (así GOÑI SEIN, J.L., *El respeto...*, cit., p. 114).

persona, todo ello de acuerdo a la tutela de la que esta misma es meritoria en el marco del actual orden constitucional. Y ello pasa por poner el acento en la estimación rigurosa de la esencialidad o del carácter necesario de un determinado aspecto exterior para el correcto desarrollo del trabajo concertado en el contrato y para la satisfacción de los intereses pretendidos por la empresa. Analizados pues los elementos que merecen una adecuada atención por su implicación en esta materia, la conclusión que se impone es rotunda: las decisiones en torno a la imagen durante la jornada de trabajo conforman una expresión más de la capacidad de ordenación y mando que ostenta el empresario, lo cual no es incompatible con el hecho de que las imposiciones en este ámbito no pueden ir más allá de lo que es razonable, observando, entre otros elementos, las necesidades que vengan impuestas por la propia naturaleza de la función a desarrollar¹⁵³. Para que las órdenes relativas al aspecto de los empleados merezcan ser adjetivadas jurídicamente como legítimas éstas han de responder a criterios lógicos y objetivos, rigurosamente conectados a la buena marcha de la empresa y a la imagen que se pretende transmitir ya que, a mi juicio, la genérica preferencia del empleador hacia un determinado aspecto físico o estilo de vestir no puede llegar a comportar la renuncia por parte del trabajador de la libertad para autodeterminar cuestiones intrínsecas a la autorrealización y al libre desarrollo de su propia personalidad.

En cualquier caso, se insiste, es preciso adoptar el enfoque que desde hace tiempo han venido reclamando conocidos iuslaboralistas y que permite una intervención en la esfera anterior a la mera protección de estos derechos de la ciudadanía frente a una decisión potencialmente lesiva de los mismos por parte del empleador. Se trataría de rehuir un escenario de confrontación entre intereses contrapuestos de las dos partes fomentando la virtualidad de los derechos fundamentales en el mundo del trabajo y la empresa. Lo cual favorecería que criterios organizativos empresariales argüidos por el empleador no fueran concebidos únicamente como un escudo que ofrece cobijo a la política de empresa frente a las pretensiones del trabajador en relación al ejercicio efectivo de sus derechos constitucionales, sino que también pasaran a conformar, en ausencia de una precisa intervención normativa, legal o convencional al respecto, factores de cooperación o apoyo a la creación de un contexto empresarial apto para la plena realización de los mismos¹⁵⁴. De manera que una conclusión colateral al tema que

¹⁵³ Vid. VALENTE, L., «Capelli corti e acconciature classiche: quando la sanzione disciplinare è legittimamente connessa alla violazione delle direttive in materia di aspetto estetico», en *Riv.Giur.Lav.*, núm. 4 (1999), p. 619. Consúltese, conjuntamente, las referencias a la jurisprudencia francesa en torno a las restricciones del derecho del trabajador a decidir las cuestiones relativas a la apariencia externa, en GIL y GIL, J.L., «Poder directivo...», cit., pp. 119-123.

¹⁵⁴ Sobre la oportunidad de mantener una posición activa, de promoción de los derechos fundamentales en el ámbito laboral, *vid.*, por todos, GOÑI SEIN, J.L., *El respeto...*, cit., p. 56; ROMÁN DE LA TORRE, M^a D., *Poder de dirección...*, cit., pp. 339-340 y RODRÍGUEZ PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a F., *Igualdad...*, cit., p. 221. En clara confrontación con la defensa

se está estudiando, pero también de extrema importancia, consistiría en hacer visible la oportunidad de remover los esquemas clásicos que han conformado el intercambio contractual en este ámbito y de crear una renovada dimensión más favorable a la humanización del trabajo subordinado. Esto es, se trataría de llamar la atención sobre los efectos positivos de la interiorización de los derechos fundamentales de los ciudadanos en el contrato de trabajo a fin de que la lógica económica que ha primado tradicionalmente en el devenir del marco contractual fuera realmente compatible con la lógica compensatoria que mueve el reconocimiento en nuestro ordenamiento de ciertos valores constitucionales¹⁵⁵.

1.4.3. Examen de la regularidad de las órdenes empresariales desiguales

Para comenzar presentando adecuadamente el tema es preciso constatar que son varias las acepciones jurídicas con las que el propio Texto constitucional se refiere a la igualdad y no discriminación («valor», «principio» o «derecho»), todas ellas manifestaciones de un principio formal general plasmado en el art. 14 CE, precepto constitucional básico de referencia en el ámbito de las relaciones laborales. De modo que el proceder que se impone pasa por delimitar, si bien brevemente, cuál es el significado que cobra la igualdad en el mundo del trabajo subordinado para proceder después a concretar en qué medida ésta sirve de cortapisa a las directrices unilaterales.

El hecho de que el primer artículo de la CE consagre como valor superior del ordenamiento a la igualdad permite atribuirle un papel destacado en la interpretación del sistema laboral en su conjunto. No en vano, más allá de la universalización formal de los derechos y de la igualdad ante la ley, el legislador constituyente se propuso combatir la desigualdad material que a menudo se ocultaba bajo el manto de la igualdad puramente formal. Con este objeto encomendó a los poderes públicos que promovieran «las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean *reales y efectivas*» (art. 9.2 CE). Se entenderá, así pues, que el

jurisprudencial de un «principio de neutralidad» (STC 19/1985, de 13 de febrero) que exige a la dirección empresarial de la obligación de facilitar el ejercicio de los derechos fundamentales del empleado más allá de lo que prevean las previsiones normativas o contractuales, GIL Y GIL, J.L., «El deber del empresario de salvaguardar los derechos fundamentales», en *AS*, vol. V (2003), pp. 1177-1182, defiende que la buena fe impone al empresario un deber de salvaguarda de los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. Y ello dentro de lo razonable, es decir, hasta donde sea posible sin que tal conducta entre en contradicción con la libertad de empresa al derivarse de la misma un gravamen excesivo o un perjuicio apreciable (y no previsible o hipotético) a sus propios intereses. Así, también, en *Principio de la buena fe...*, cit., pp. 233-235 y MARÍN ALONSO, I., *El poder de control...*, cit., p. 105.

¹⁵⁵ Es por ello que huelga traer aquí a colación las acertadas palabras de RODRÍGUEZ PIÑERO: «la racionalidad económica, no es el único factor de legitimación de las decisiones empresariales cuando éstas afectan a derechos fundamentales del trabajador no solamente como productor, sino como persona», [«Constitución, derechos fundamentales y contrato de trabajo», en *RL*, vol. I (1996), p. 114].

compromiso de igualdad sustancial acaba por impregnar de manera intensa los derechos y libertades que constitucionalmente se consagran¹⁵⁶. Hechas estas apreciaciones generales y soslayando la polémica en torno al papel más o menos protagonista que ostenta la igualdad frente al resto de los valores superiores del ordenamiento como principio informador de las normas laborales¹⁵⁷, lo que aquí interesa es abordar la virtualidad –en la relación contractual y en las posiciones jurídicas que asumen las partes del negocio jurídico–, de la igualdad en su condición de derecho subjetivo merecedor de la más alta protección constitucional *ex art. 53.2 CE* y, ulteriormente, como límite al ejercicio del poder de dirección empresarial. En definitiva, el estudio de lo que se ha denominado «derecho privado subjetivo a la igualdad»¹⁵⁸.

Sin duda alguna, aproximarse al contenido del principio de igualdad no es tarea fácil dada la ambigüedad textual de la que adolece el propio art. 14 CE. Para aclarar su alcance el TC apuntó que lo que recoge dicho precepto es el derecho a «obtener un trato igual», lo cual se traduce en que «los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas» (STC 2/1983, de 24 de enero, Fj. 4º). No obstante, lo dicho debe matizarse puesto que lo que pretende tal principio no es exactamente una total uniformidad, la aplicación abstracta de la máxima «igual trato» que ignore la concurrencia de elementos diferenciales provistos de relevancia jurídica¹⁵⁹. Como se ha reconocido en innumerables ocasiones por la doctrina constitucional, el mentado precepto alberga un mandato general que impide el trato desigual y arbitrario de situaciones subjetivas análogas. De manera que cuando los escenarios comparados sean iguales, las consecuencias jurídicas aplicables también han de ser iguales, siendo ilícito el trato desigual injustificado, puesto que para introducir diferencias entre los supuestos de hecho «tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados»¹⁶⁰. Asimismo, acoge «un subprincipio o regla específica de igualdad»¹⁶¹ que se traduce en la interdicción de la discriminación. Esto es, lo que se prohíbe es que se dé un trato distinto cuando, ante

¹⁵⁶ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, cit., p. 114.

¹⁵⁷ Vid. MARTÍNEZ ROCAMORA en *Decisiones empresariales...*, cit., pp. 84-85.

¹⁵⁸ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, cit., p. 115.

¹⁵⁹ Se entiende que «una exagerada imposición de identidades ante supuestos no equivalentes podría llevar al contrapunto de la discriminación y a un desconocimiento de otros derechos también constitucionalmente protegidos» (STS 21 enero 1988, RJ/32). Por su parte, la OIT emitió en el 2003 un Informe Global bajo el título de «La hora de igualdad en el trabajo», Conferencia Internacional del Trabajo, 91º Reunión, en el que se afirma que «el trato diferente basado en los requerimientos inherentes a un trabajo es una práctica perfectamente legítima».

¹⁶⁰ STC 49/1982, de 14 de julio (Fj. 2º). Añade, además, la STC 3/2007, 15 de febrero (Fj. 2º) que sus consecuencias no pueden resultar desproporcionadas.

¹⁶¹ RODRÍGUEZ PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mª F., *Igualdad...*, cit., p. 38.

situaciones que reúnen los requisitos previos de igualdad, se emplean como elementos de diferenciación determinados factores tipificados como causas de discriminación. Así lo entiende el TC cuando impide «que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria»¹⁶².

La recepción en el ordenamiento laboral del derecho a la igualdad y no discriminación tiene lugar, con carácter general y a salvo de ulteriores declaraciones en relación con distintas condiciones de trabajo, a través de los arts. 4.2, c ET y 17.1 ET, los cuales constituirán una «especificación legislativa de aquella proclamación constitucional general»¹⁶³. A decir verdad, una aproximación a la irradiación del art. 14 CE en el Derecho del Trabajo precisaría sin lugar a dudas un amplio desarrollo y profundización que excederían de los objetivos marcados en este trabajo. Sirva por tanto en este momento únicamente destacar que tal y como recuerda el primero de los preceptos estatutarios, los trabajadores tienen derecho «a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados»¹⁶⁴. Por lo pronto, la interdicción de discriminación obliga ya al empresario en las fases previas a la constitución de la relación. Y una vez suscrito el negocio jurídico, tanto los poderes patronales como la propia voluntad de las partes se ven afectados en su desarrollo por la necesaria consideración al principio de igualdad. Pues bien, no hay duda de que el mentado principio es uno de los soportes sobre los que se apoya el ordenamiento en su conjunto y a la luz de sus dictados se deberán interpretar las normas y resolver los supuestos en litigio. Sin embargo, no es difícil constatar cómo, realizando una comparación con el ejercicio de otras prerrogativas empresariales (*v.gr.* la vigilancia o control de la actividad productiva del empleado, la adopción de decisiones de carácter estrictamente organizativo, o la punición de incumplimientos contractuales)¹⁶⁵, garantizar la igualdad

¹⁶² Prohibiendo, de este modo, el trato desigual «entre personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación» (STC 144/1988, de 12 de julio, Fj. 1º). Altamente didáctico resulta el TC cuando destaca que «la prohibición de discriminación entre los sexos implica un juicio de irrazonabilidad de diferenciación establecido ya *ex Constitutione* que impone como fin y generalmente como medio la parificación», (STC 229/1992, de 14 diciembre, Fj. 2º). Este criterio ha sido reiterado en numerosas ocasiones, últimamente en STC 3/2007, de 15 enero (Fj. 2º).

¹⁶³ PALOMEQUE LÓPEZ, «El derecho constitucional de igualdad...», cit., p. 18.

¹⁶⁴ La consecuencia lógica de ello se recoge en el art. 17 donde *a priori* se recuerda que la segregación de ciertos trabajadores puede provenir no solamente de los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios o de los pactos individuales, sino también y con particular trascendencia en el marco de las relaciones laborales, de las decisiones unilaterales del empresario. Y, a continuación, sanciona a la estipulación normativa, contractual o a la decisión patronal unilateral con la nulidad y por ende, con la ineficacia, cuando comportan un trato desigual de un trabajador en relación con el resto.

¹⁶⁵ La edificación del principio de igualdad en el campo de las relaciones laborales ha precisado de un amplio recorrido jurisprudencial. *Vid.* las referencias citadas por PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., *Despidos discriminatorios y libertad sindical*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1983, pp. 36-46, en relación al

entre los trabajadores se vuelve particularmente costoso cuando la decisión empresarial responde al desempeño de su poder de dirección. Y esto fundamentalmente por varios motivos:

El primero de ellos está estrechamente ligado a una manifiesta desatención en el diseño legal del precepto estatutario de otras manifestaciones del principio de igualdad que, en puridad, no se identifican con la interdicción de discriminación por las razones que el propio texto se encarga de enumerar. Recuérdese que la cláusula general de igualdad «no postula ni como fin ni como medio la paridad»¹⁶⁶, sino que lo que acoge en su lugar es la razonabilidad en la diferencia de trato a la que dé lugar la decisión empresarial¹⁶⁷. Para contextualizar adecuadamente las conclusiones que se propondrán a continuación sobre la obediencia de las órdenes empresariales que dan lugar a un trato relacional diferente de un trabajador respecto de otros, considero oportuno remitirnos a la STC 197/2000, de 24 de julio, ocasión en la que el Alto Tribunal recoge la dogmática constitucional en torno a la manifestación, los efectos de la autonomía de la voluntad en el ámbito laboral y la incidencia sobre la misma del principio de igualdad. A grandes rasgos, el alcance de dicho principio se concretaría en un triple aspecto:

a) Pese a que la igualdad de trato constitucional es exigible en las relaciones entre privados, su aplicación en el ámbito laboral se encuentra sometida a matizaciones importantes. De hecho, su vinculación en este ámbito se prescribe de forma mediata o indirecta¹⁶⁸.

b) La legislación laboral (arts. 4, *c* y 17 ET) no acoge la igualdad de trato en sentido absoluto¹⁶⁹.

c) En la esfera de las relaciones de trabajo rige también el principio de autonomía de la voluntad, si bien limitado por la función compensadora que ejerce el

ejercicio de las facultades empresariales y las consecuencias que dicho principio imprime sobre las mismas.

¹⁶⁶ Entre otras, las SSTC 161/2004, de 4 de octubre y 3/2007, 15 de febrero.

¹⁶⁷ STS 16 enero 2006 (RJ/2293).

¹⁶⁸ Inicialmente, la STC 59/1982, de 28 de julio (Fj. 3º). Subraya la citada sentencia: «para afirmar que una situación de desigualdad de hecho no imputable directamente a la norma tiene relevancia jurídica, es preciso que exista un principio jurídico del que derive la necesidad de igualdad de trato entre los desigualmente tratados, y esta regla o criterio igualatorio puede ser sancionado directamente por la Constitución (por ejemplo, por vía negativa, a través de las interdicciones concretas que se señalan en el art. 14), arrancar de la Ley o de una norma de inferior rango, de la costumbre o de los principios generales del Derecho». Más claramente, si cabe, advertía la STC 108/1989, de 8 de junio, que el respeto al principio de igualdad «se impone a los órganos del poder público, pero no a los sujetos privados, cuya autonomía está limitada sólo por la prohibición de incurrir en discriminaciones contrarias al orden público constitucional, como son, entre otras, las que expresamente se indican en el art. 14 CE» (Fj. 1º).

¹⁶⁹ Las SSTSJ Canarias, 31 julio 2003 (JUR 2004/122136) y 14 noviembre 2006 (JUR 2007/68681), con referencia a la STC 59/1982, de 28 de julio, señalan que «no existe en el ordenamiento laboral precepto alguno que imponga al empresario el deber de otorgar un trato absolutamente igual a todos sus trabajadores». Los citados pasajes legales «limitan sus mandatos a proscribir la desigualdad de los factores que tales preceptos mencionan y otros análogos, carentes de razonabilidad».

sistema normativo laboral. Ahora bien, la anteposición del valor de la igualdad en detrimento de la libertad en la relación de trabajo no obsta para que haya espacios abiertos al acuerdo privado o a la decisión unilateral del empresario en ejercicio de sus facultades de mando. Por tanto, dice la sentencia, en la medida «en que la diferencia de trato no posea un significado discriminatorio, por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución o el Estatuto de los Trabajadores, no puede considerarse como vulneradora del principio de igualdad».

Como habrá podido observarse, la sentencia, adoptando la línea más restrictiva, emplea con escaso rigor técnico la noción de igualdad en sentido conmutativo al de la prohibición de discriminación y ésta en razón de las causas cualificadas que el legislador ha tipificado. Por lo demás, viene siendo habitual en las reflexiones de los tribunales ordinarios en torno al contenido del principio de igualdad que se haga acopio de una sucesión encadenada de párrafos pertenecientes a las primeras sentencias del TC y vuelva a asimilarse el contenido conceptual de la «igualdad» al de la «no discriminación». La aplicación estricta de esta teoría conduciría a negar la regularidad sólo de aquellas órdenes o instrucciones empresariales cuando el trato desigual en las condiciones de trabajo que promueven obedeciera a las reprobadas razones del art. 14 CE y a las detalladas en el ET; cuando existiera una ordenación desigual de la prestación que tuviera por objeto vejar a un determinado trabajador; o bien cuando se vulnerase algún derecho reconocido legal, convencional o contractualmente¹⁷⁰.

Lo cierto es que la admisión en nuestro ordenamiento del principio de igualdad concebido bajo el prisma de la paridad y aplicable en todos los aspectos de la relación subordinada de trabajo sólo cuenta con un reconocimiento explícito en la normativa laboral a través del segundo párrafo del art. 17.1 ET. En dicho precepto se castiga con la nulidad a las «decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable» exclusivamente cuando se pueda establecer una relación causa-efecto entre dicho agravio comparativo y la reclamación previa del trabajador afectado, ya sea en sede judicial o a través de los cauces internos de la empresa, y que dicha actuación tuviera como objeto el reivindicar el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación. Parece, así pues, que al margen de estos supuestos en los que la actuación empresarial en ejercicio de sus facultades (y, en particular, de las de dirección) responde más a una represalia que a la valoración de elementos de carácter técnico, únicamente gozará de relevancia constitucional el trato diferente en el proceso

¹⁷⁰ En esta línea, la STSJ Navarra, 30 mayo 2006 (AS/2025) manifiesta que «el empresario no está vinculado por el principio de igualdad material de trato, aunque sí lo estará al de no discriminación pudiendo, por tanto, ejercer un tratamiento diferenciado a los trabajadores, siempre que no sea discriminatorio».

y resultado de adopción de las decisiones de la dirección cuando medie alguno de los factores discriminatorios o cuando atente contra algún criterio jurídico del rango que fuese que imponga consecuencias jurídicas iguales para las posiciones afectadas. Pero ello no puede significar que fuera de tales supuestos el director de la empresa goce de una libertad absoluta para ordenar discrecionalmente las circunstancias relacionadas con la prestación y la producción. El límite a la dirección empresarial y el criterio desde el cual abordar la operatividad en el caso concreto del deber de obediencia sigue vislumbrándose a través de los siguientes parámetros: la imposibilidad de otorgar condiciones de trabajo menos favorables a ciertos trabajadores por la concurrencia de algún elemento distintivo como pueda ser la edad, el sexo, la raza o la condición social; pero también la necesidad de que la orden o instrucción empresarial se atenga a los límites derivados de la directa operatividad de los derechos fundamentales en el interior de la relación de trabajo y cuente con la cobertura formal que resulta del cumplimiento de los requisitos legales, convencionales y contractuales.

Como se verá a continuación, es factible que los trabajadores en iguales circunstancias no sean destinatarios de una misma directriz empresarial o que los mandatos dirigidos a un grupo de trabajadores no cuenten con exacto contenido y a pesar de ello quepa concluir que responden al ejercicio legítimo del poder de dirección y deban ser necesariamente observados por el trabajador. Y es que, después de una jurisprudencia vacilante, la posición subjetiva que ocupa el acreedor de la prestación en la relación le habilita para dirigir el trabajo adoptando los criterios que él estime oportunos sin que, evidentemente, pueda conculcarse el derecho a la igualdad de trato amparado constitucionalmente y, correlativamente, sin que dicha discrecionalidad pueda traducirse en el puro arbitrio ni «pueda dar lugar a un resultado que vaya contra derechos y libertades reconocidos en la Constitución» (STC 34/1981, de 10 de noviembre, Fj. 3º).

Dicho esto, no resulta ocioso afirmar que el principio de igualdad no se reduce a exigir que sean atendidas las prohibiciones específicas del vigente cuadro constitucional y normativo. En este sentido, la STS 17 de mayo de 2000 (RJ/5513) dispuso que el principio de igualdad de trato y la proscripción de la discriminación presentan diferencias significativas puesto que «no toda diferencia de trato irrazonable o no justificado constituye una discriminación» en el sentido que a este término le confieren los arts. 14 CE y 4.2, *c* y 17.1 ET. Por ello, a salvo de las decisiones tachadas de discriminatorias, los tribunales frecuentemente entienden la igualdad como una interdicción de arbitrariedad, circunstancia que también opera en el Derecho del Trabajo respecto a la propia relación laboral y atañe consecuentemente al empresario en el

ejercicio de sus potestades. De manera que la licitud de la orden se hace depender, no sólo de que no contenga alguna de las discriminaciones vedadas, sino también de que la desigualdad que comporte esté basada en elementos objetivos y razonables que la justifiquen¹⁷¹. Entonces, el elemento clave para valorar una orden o decisión directiva está en cómo se concibe dicha arbitrariedad, criterio que impide que la orden provoque un trato desigual por mero capricho, sin justificación alguna o responda al torticero propósito de molestar o lesionar los intereses del trabajador afectado. Así sucede, por ejemplo, cuando se toma una decisión de obligado cumplimiento para el trabajador, con efectos negativos para éste, que contradice órdenes precedentes sin una causa justificada y ante las mismas circunstancias que en otras ocasiones habían servido para dirigir la prestación laboral de otros asalariados en una dirección opuesta.

Con todo, es dable en este punto matizar que no cabe una total asimilación entre las decisiones contrarias a la igualdad de trato y los mandatos directivos arbitrarios. Es cierto que entre ambas existe una estrecha conexión puesto que la actuación patronal que atenta contra el principio de igualdad es ya, de por sí, una actuación arbitraria. Pero esta última alcanza a otras esferas que se desenvuelven más allá del enjuiciamiento del comportamiento empresarial desde el criterio de la igualdad y que centran su atención en la relación singular que se establece entre el empleado afectado y su co-contratante sin que hayan de tenerse en consideración las otras relaciones mantenidas entre el empresario y un grupo de trabajadores¹⁷². Hechas estas observaciones, hay que destacar que tanto las órdenes e instrucciones adversas a la igualdad de trato en sentido estricto como, en términos más generales, las decisiones arbitrarias de la dirección, son incompatibles con la licitud requerida al ejercicio del poder empresarial de dirección¹⁷³ y contrarias a la dignidad humana. No obstante, no son usuales los supuestos de órdenes patronales declaradas nulas por ser lesivas del principio general de igualdad de trato y corresponder, por tanto, a un ejercicio arbitrario o abusivo del poder de dirección. Y esto es así principalmente porque la estimación en la realidad práctica de la arbitrariedad o del carácter injustificado de las directrices empresariales que imponen

¹⁷¹ Se manifiesta GIL y GIL sobre el papel relevante que puede desempeñar en este ámbito el principio de la buena fe como cauce instrumental para extender y reforzar la igualdad de trato en las relaciones jurídicas entre particulares (*Principio de la buena fe...*, cit., p. 291).

¹⁷² Sostiene LUQUE PARRA que la interdicción de la arbitrariedad debe entenderse como una actuación contraria a la justicia y al derecho, acentuando que «no es de utilidad –por ser insuficiente– la perspectiva que interrelaciona estrictamente la justicia con la igualdad, sobre todo, ante la percepción de una relación jurídica entre personas (empresario-trabajador) que se encuentran vinculadas por una relación de poder» (*Los límites...*, cit., pp. 79 y 111). La doctrina del TC también ha dado cuenta de esta distinción. Así, destaca la STC 108/1986, de 29 de julio (Fj. 18º) donde se indica que «la discriminación entraña siempre una arbitrariedad», si bien para la calificación de un comportamiento como arbitrario basta con que éste carezca «de toda explicación racional».

¹⁷³ RIVERO LAMAS, J., *Limitación...*, cit., p. 100.

condiciones desiguales se mueve en un terreno particular en el que se concede amplios márgenes a la autonomía empresarial para el ejercicio de su capacidad de mando¹⁷⁴.

A diferencia de los actos normativos de los poderes públicos, a quienes se le exige argumentar razonadamente cualquier diferencia de trato que pretendan introducir, en el ámbito de la relación laboral –intrínsecamente desigual– no se impone con tanta severidad tal justificación, hecho que permite constatar las significativas peculiaridades que presenta la cláusula general de la igualdad en su confrontación con la potestad directiva. Esto es, el empleador no está obligado a definir con anterioridad a la toma de decisiones imperativas un criterio electivo general y abstracto, a base de pautas previamente establecidas, que garantice a los trabajadores un equitativo procedimiento de selección. De hecho, en la práctica constituyen un amplio abanico las razones o méritos personales que, comportando una automática individualización de los trabajadores, el empresario puede tomar en consideración para, por ejemplo, otorgar mejoras a situaciones concretas sin que merezcan reproche alguno por su ilegalidad, como la productividad de un determinado trabajador, su esfuerzo, dedicación, interés, polivalencia, tenacidad, pulcritud, puntualidad, su dinamismo, etc. O de modo inverso, para atribuir las condiciones de trabajo menos favorables a quienes no demuestran en su desempeño productivo las características más valoradas por el empleador.

Aunque pudiera someterse a dichas decisiones a una revisión de la razonabilidad, no es extraño que la procedencia y la oportunidad de tales medidas se deje al criterio de la persona que tiene en su mano el poder para dirigir su empresa y ordenar las prestaciones de trabajo que en ella se desarrollan. La vía empleada habitualmente pasa por exigir una identidad rigurosa de los supuestos fácticos que se pretenden comparar. Ciertamente es que los casos sustancialmente iguales deben ser tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas salvo que exista una razón objetiva que explique la conducta empresarial, siendo dicha identidad el presupuesto ineludible para que se aplique el principio de igualdad. Se estima, por tanto, que el término de comparación que emplee el trabajador que pretenda poner de relieve una desigualdad de trato ha de gozar de la suficiente homogeneidad. De modo que la rectitud comparativa que a menudo se impone en este ámbito desemboca en la consideración de criterios de carácter propiamente valorativo en el propio juicio de identidad de las situaciones discutidas.

¹⁷⁴ Como se ha observado convenientemente, «para la jurisprudencia las órdenes empresariales desiguales se consideran casi siempre como expresión de la libertad empresarial de dirigir la empresa. Puede decirse que en la práctica judicial, la regla general aplicable a este tema es de la discrecionalidad para distinguir» (MARTÍNEZ ROCAMORA, L.G., *Decisiones empresariales...*, cit., p. 200).

A mayor abundamiento, si al socaire de lo descrito resulta notorio que la determinación de un grado adecuado o suficiente de semejanza entre los supuestos sometidos a examen conlleva una gran dificultad para el juez por la propia complejidad que entraña el juicio de igualdad, resulta también incuestionable que dicha operación se hace especialmente ardua para el trabajador que recibe una orden empresarial y duda de la licitud de la misma por sospechar que es contraria a dicho principio constitucional. Como más adelante tendrá ocasión de abordarse, el ejercicio del derecho de resistencia exige del trabajador la realización de un juicio de valor previo. Es decir, tendrá que valorar personalmente si las directrices imperativas recibidas cumplen los requisitos de regularidad legalmente impuestos. Sin embargo, en estos casos, el trabajador que se enfrenta a la decisión de obedecer o no la voluntad patronal deberá enjuiciar previamente la identidad de los contextos fácticos que se verán involucrados en la comparación. Es decir, tendrá que realizar un doble análisis valorativo a fin de poder concluir, en primer término, cuándo dos situaciones son equiparables para, una vez encontradas semejanzas suficientes, determinar si el mandato empresarial viola el orden constitucional vigente por corresponder un trato igual en ambos escenarios comparados. En la práctica el ejercicio del *ius resistentiae* en estos supuestos es ciertamente improbable puesto que, salvo en aquellos casos en los que el desempeño del poder directivo resulta notoriamente discriminatorio al utilizar criterios de diferenciación que históricamente han venido ligados a formas de segregación de determinados grupos de personas, el trabajador carecerá a menudo de una información suficiente que le permita hacer una valoración ajustada de la decisión empresarial¹⁷⁵.

El segundo de los motivos que dan cuenta del escollo existente para hacer valer el principio de igualdad frente a los actos de ejercicio del poder directivo estriba de manera particular en la propia sanción que se prevé para tutelar a los trabajadores frente a las decisiones discriminatorias de sus empleadores. Como ya se ha señalado con anterioridad, la ley establece la nulidad para las órdenes de discriminar que se adoptan dentro de la cadena de mando (dirigidas a trabajadores con funciones directivas delegadas a los que se les exige acatarlas y aplicarlas), independientemente de que aún no hayan producido ningún efecto negativo puesto lo que se pretende es actuar en el momento previo al cumplimiento de la orden; las decisiones desiguales del empresario que dan lugar a un trato adverso y se adoptan como represalia ante una petición anterior destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato; y las decisiones unilaterales del empresario que en el ejercicio de las facultades de organización, dirección o sancionatorias agraven la posición de un trabajador directa o

¹⁷⁵ MARTÍNEZ ROCAMORA, L.G., *Decisiones empresariales...*, cit., p. 206.

indirectamente¹⁷⁶. De modo que las medidas empresariales que sitúen a un trabajador o grupo de trabajadores en una situación más desfavorable o en desventaja respecto al resto por los motivos ilícitos que a continuación el precepto detalla no producirán ningún efecto. Descartado queda, por tanto, que el trabajador se vea obligado por el mandato patronal. Al mismo tiempo, toda vez que se ha convenido judicialmente la naturaleza discriminatoria del comportamiento empresarial, la medida judicial que pueda corresponder exigirá que cese esta actitud segregacionista del empresario y la remoción de los efectos a los que haya podido dar lugar.

Ahora bien, siendo esta sanción la más adecuada para amparar al trabajador cuando éste es destinatario de una disposición que directamente provoca un trato desigual (p. ej. a través de la imposición empresarial de una determinada conducta de hacer o no hacer que ha de ser obedecida por el trabajador¹⁷⁷), mayores dudas se presentan en cuanto a su eficacia en los casos en los que la discriminación tiene su origen en un acto de omisión empresarial. Esto es, cuando a un determinado trabajador se le excluye de la aplicación de medidas favorables o de mejora que sí beneficiarían a otros trabajadores. En estos casos la ineficacia se predicará de la orden o instrucción que termina por segregar a un concreto trabajador pero no supondrá necesariamente una obligación a cumplimentar por el empresario que consista en extender dichas ventajas o, en otras palabras, en uniformar «hacia arriba» las condiciones de trabajo. Además, y lo

¹⁷⁶ Vid. MORENO MÁRQUEZ, A., «La discriminación directa e indirecta en la ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», en AA.VV., (Coord. Mercader Uguina, J.R.), *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 108.

¹⁷⁷ Son numerosos los ejemplos que podrían citarse aunque me voy simplemente a remitir a la conocida STC 125/2007, de 21 de mayo, que concede el amparo a un conocido periodista de «El Mundo» al que se le niega la posibilidad de participar en las tertulias de un programa de televisión tras haber criticado en dicho espacio la actitud del Diario ante la huelga general del 20 de junio de 2002. El periodista había venido prestando servicios para dicha empresa en régimen de exclusividad, percibiendo el correspondiente complemento, aunque no se le había impedido en ningún momento intervenir en tertulias por las cuales percibía además la retribución correspondiente. A raíz de los hechos señalados la dirección del periódico impone a todos los periodistas la obligación de solicitar autorización a la empresa para poder intervenir como contertulios en otros medios, momento a partir del cual se le niega dicho permiso al demandante mientras que, tal y como queda probado en la sentencia, otros trabajadores del mismo periódico que también mantienen un pacto de exclusividad con la empresa sí fueron merecedores de la referida autorización sin tener que renunciar por ello al consabido pacto. Esto es, el periodista demandante es objeto de un trato distinto el cual, además, proviene del ejercicio legítimo de su libertad de expresión. En definitiva, el Alto Tribunal concede el amparo al recurrente y declara la nulidad de la sentencia del TSJ de Madrid, la cual había absuelto a la empresa de las pretensiones formuladas en su contra. Para el TC resulta palmaria la vulneración de la libertad de expresión y ello, en primer término, porque existe una conexión temporal entre las manifestaciones realizadas por el periodista y la decisión empresarial de denegarle la autorización. Y, en segundo lugar, porque únicamente al actor se le exigió la efectividad del pacto de exclusividad mientras que a otros profesionales se les siguió permitiendo la intervención en tertulias. Subraya el Tribunal que a pesar de que la medida patronal pudiera contar con la cobertura formal del régimen legal aplicable a dicho pacto, es insoslayable valorar el relato fáctico concurrente, lo que en definitiva viene a suponer que si tales circunstancias no impedían al resto de la plantilla obtener el permiso, no era ajustado a derecho que a este trabajador se le denegara, vislumbrándose detrás de la actuación empresarial un propósito atentatorio del derecho fundamental.

que es más importante, aunque la consecuencia legalmente establecida sólo se prevé para los casos de discriminación cuando concurren los factores recogidos en art. 17.1 ET y no para cualquier diferencia de trato, como es sabido, las órdenes que sin justificación objetiva sitúan en desigual situación a los trabajadores vulneran la cláusula general de igualdad amparada en el art. 14 CE, por lo que tampoco provocarán efectos en la posición jurídica del trabajador. Fuera de dicha protección quedan, por tanto, las reivindicaciones relativas al tratamiento paritario entre trabajadores que constreñirían al empresario a dirigir la actividad productiva en igual sentido y con las mismas consecuencias para todos los componentes de la plantilla¹⁷⁸.

La última de las razones que puede apuntarse, en cierto sentido ya avanzada en páginas más arriba, tiene que ver con las dificultades que padecen los trabajadores para probar que la decisión directiva empresarial está movida por algún motivo discriminatorio o injusto, sobre todo cuando lo que se pone en cuestión es una única decisión o actuaciones de mando aisladas. Y este problema nos conduce directamente a otra discusión donde los términos que se debaten se centran en la posibilidad de exigir al empresario que justifique la necesidad objetiva y razonabilidad de sus mandatos o si ello resulta del todo inadecuado puesto que el poder directivo y la autodeterminación de su ejecución corresponden consustancialmente a la propia condición de empresario. La jurisprudencia, que habitualmente no ha entrado en esta discusión, únicamente ha dejado sentado que cuando lo que se trata de probar es un trato discriminatorio o un comportamiento desigual arbitrario (al igual que en los supuestos en los que se alega una vulneración de derechos fundamentales), dada la dificultad que el trabajador tiene para acreditar la existencia de dicha lesión, lo que corresponde es una alegación fáctica que deje entrever el aspecto volitivo que está en el fondo de la orden emitida por el sujeto discriminador. Pero no basta con la mera afirmación o sospecha del componente vulnerador de los derechos fundamentales para desplazar el *onus probandi* a la empresa. Tal y como establece la doctrina constitucional desde la sentencia 38/1981, de 23 de noviembre, el trabajador tiene que presentar indicios suficientes de que el contenido de la orden empresarial responde a motivos discriminatorios o contrarios a la igualdad de trato (STC 41/1989, de 16 de febrero), o señales que manifiesten de manera inequívoca que la decisión empresarial esconde en realidad una lesión de un derecho

¹⁷⁸ Parte de la doctrina italiana que se ha ocupado de este asunto ha defendido que el derecho laboral a la igualdad en el trabajo no se ve satisfecho con la solución legal que impide que las órdenes patronales provoquen efectos desiguales cuando intervengan las consabidas razones discriminatorias. Sería preciso, además, que tales decisiones del empresario dieran materialización a un principio de tratamiento paritario entre trabajadores. Detenidamente, CESTER, C., y MATTAROLO, M.G., *Diligenza e obbedienza...*, cit., pp. 403-404 y las referencias bibliográficas allí citadas.

fundamental¹⁷⁹. Cumplimentado dicho requisito será cuando al empresario le corresponda justificar que su actuación obedece a motivos razonables, en todo ajenos a la intención de atentar contra el derecho fundamental de que se trate (el derecho a la igualdad en este caso).

En síntesis, el empresario tendría que justificar los dos extremos siguientes:

a) Que se han cumplido las exigencias trazadas por las diferentes fuentes que condicionan el ejercicio de su poder directivo. Téngase en cuenta que mientras que el desempeño de otras facultades patronales está condicionado a la concurrencia de ciertas razones a las que el legislador les ha dotado de relevancia jurídica (como son las causas que justificarían la extinción objetiva o disciplinaria del contrato de trabajo, o los motivos económicos, técnicos, organizativos y de producción que habilitarían la modificación de ciertas condiciones de trabajo), el mando empresarial para dirigir y ordenar las relaciones de trabajo subordinadas está exento de probar la existencia de dichas causas justificativas, lo que da mayor margen de actuación al empresario a la hora de emitir una orden en uno u otro sentido. Dicho de otro modo, los actos directivos responden a la discrecionalidad escapando así a la regla de necesaria justificación que rige con ocasión de otras facultades patronales.

b) Que la orden dada es en sí misma legítima al no guardar en su contenido o sentido ninguna razón que conlleve la segregación de un trabajador. Los indicios que éste debe aportar tendrán que moverse en este terreno y constituir signos inequívocos de que el motivo ilícito ha sido determinante en la adopción de la decisión patronal¹⁸⁰.

Pues bien, como se ha podido comprobar, el poder directivo está singularmente exento de específicas reglas que pongan freno a la libre determinación de su titular cuando lo que está en juego se reduce a delimitar o concretar la actividad debida y el comportamiento de los trabajadores. La limitación de la autonomía privada en este caso viene de la mano del mandato constitucional relativo a la igualdad de trato que impide que dichas facultades puedan ejercitarse arbitrariamente. De nuevo se demanda la ponderación y optimización de los diferentes bienes y valores enfrentados reparando en los siguientes aspectos: se trata en todo caso de asegurar la virtualidad del principio de igualdad en el contrato de trabajo amparando al trabajador que haya sido víctima de una situación injusta y lesiva de sus derechos o intereses; y, a la par, que nuestro ordenamiento jurídico no imposibilita cualquier diferencia de trato puesto que admite

¹⁷⁹ Interesa a estos efectos la STC 151/2004, de 20 de septiembre (Fj. 2º y 3º) donde por primera vez se aprecia un esfuerzo conceptual y expositivo sobre la prueba indiciaria y la diferente aptitud probatoria de los diversos tipos de síntomas indicativos de la vulneración de un derecho fundamental.

¹⁸⁰ Vid. VALDÉS DAL-RÉ, F., «La prohibición de discriminación: una cualificada expresión del moderno *ius gentium*», en *RL*, vol. I (2008), pp. 67-68.

como legítima aquella que merezca la calificación de razonable o justificada («razonabilidad que puede responder a la propia lógica empresarial siempre que esa lógica no contradiga otros principios o bienes constitucionales»)¹⁸¹.

En el caso que nos ocupa, en cuanto a las posibilidades de reacción ante el ejercicio desigual de las facultades de dirección, valga constatar que al trabajador le resultará especialmente complejo valorar, no ya los elementos de hecho que han podido originar la decisión patronal de la que ha sido objeto, sino también y sobre todo las razones que ha primado el empleador a la hora de ordenar en un determinado sentido la prestación de trabajo subordinado. Estos elementos escapan a la apreciación del trabajador por corresponder al ámbito propio de la libertad del empresario para gestionar la organización empresarial de la que es titular. Por lo que, tanto si decide incumplir la orden dada, como si decide acatarla para posteriormente presentar demanda por vulneración del principio de igualdad, habrá de tener la suficiente certeza de que la decisión arrojada aparentemente por el poder de dirección y que le hace destinatario de un posición diferente a la de sus compañeros, encubre en realidad una desigualdad de trato carente de justificación legítima.

2. Análisis desde el plano legal y convencional

Ateniéndonos a los límites que actúan sobre el objeto del deber de obediencia, hay que continuar abordando la incidencia de las disposiciones y principios que informan la gestión patronal de la relación individual de trabajo y que derivan de la normativa legal y convencional. Es lugar común en la doctrina poner de relieve cómo tales fuentes van sustrayendo al empresario márgenes de maniobra y reconduciendo el ejercicio de sus facultades a la obligada observancia de un conjunto de reglas de carácter sustantivo y procedimental que se imponen al contenido del pacto contractual. La actuación normativa, por una parte, ha venido paulatinamente objetivando el ejercicio del poder empresarial poniendo restricciones al dominio y autoridad del empresario impidiendo, así, «que pudiese disponer unilateralmente las condiciones de trabajo aprovechando la ficción del esquema contractual liberal»¹⁸². En la primera fase de la legislación laboral se defiende la existencia de una igualdad jurídica entre empresario y trabajador en función de la presunta libertad con la que el asalariado se acoge al contrato. Esta noción individualista del hombre sirvió de soporte para una concepción rígida de las facultades empresariales que permanecen inviolables en el campo de las relaciones laborales. No obstante, la situación descrita no permanecerá en

¹⁸¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «Principio de igualdad, autonomía contractual y poderes empresariales», en *RL*, vol. II (1991), p. 33.

¹⁸² ROMÁN DE LA TORRE, M^a D., *Poder de dirección...*, cit., p. 42.

el tiempo y poco a poco se emprenderá un «proceso de racionalización del poder empresarial»¹⁸³ a través del establecimiento de las primeras restricciones como marco mínimo sobre el que se articula la regulación sustantiva del poder.

Con la intención de garantizar un espacio de derechos y libertades para los trabajadores y, consecuentemente, delimitar los contornos de la dependencia respecto del empresario, la actividad legislativa se ha configurado tradicionalmente como un límite a la potestad empresarial, no necesariamente referida esta última a las facultades empresariales de mando, sino al conjunto de prerrogativas inherentes a la posición jurídica de supremacía que ostenta el titular de la organización empresarial y sus colaboradores. A decir verdad, el estatuto jurídico regulador del poder directivo se extrae implícitamente de las escuetas referencias al deber de obediencia contenidas en los arts. 5, c, 20.1 y 2 ET. Sin embargo, la disciplina legal en torno a la capacidad de actuación y decisión del empleador relativa, por ejemplo, a la modificación de las condiciones de trabajo más allá de lo acordado por las partes en el contrato, sin ser propiamente una normativización legal del poder directivo (sí del más amplio poder de gestión patronal), tiene su consabida influencia en los extremos sobre los que dirigirá el empleador la ordenación de la prestación por medio de órdenes e instrucciones y, cómo no, sobre la obediencia que es debida por el deudor de la prestación. Dicho de otro modo, remitiéndonos ahora al *ius variandi*, el empresario dispone del mismo, a diferencia de lo que ocurre con el poder directivo que forma parte de la estructura fundamental de la relación de trabajo subordinado, en tanto en cuanto viene disciplinado su ejercicio por la ley. No obstante, una vez cumplidos los requisitos legales o convencionales que regulan su ejercicio, el objeto de la prestación habrá sido modificado y el trabajador se verá de nuevo obligado por el mismo.

Cierto es que todos estos condicionantes legales afectan a la obligación contractual asumida y, consecuentemente, a la obediencia debida del trabajador. Lo prescrito en la normativa legal vigente ha de incorporarse al contenido de la orden o instrucción empresarial. Y cierto también resulta que estas normas que actúan limitando el poder directivo no tienen carácter estático sino que necesariamente han de actualizarse para hacer frente a las continuas mutaciones que se producen en el mundo empresarial. De hecho, como se habrá podido prever, la necesidad de amparar los derechos de los trabajadores frente a posibles excesos en el ejercicio del poder empresarial se acentúa en la actualidad ante a las continuas transformaciones de la organización productiva. Necesidad que se hace más aguda, si cabe, en atención a las eventuales injerencias de las facultades directivas en el seno de la relación laboral.

¹⁸³ MONTOYA MELGAR, A., «Nuevas dimensiones jurídicas...», cit., p. 20.

En efecto, a lo largo de estos años, a medida que se ha ido consolidando una lectura contractualista de los poderes empresariales, la estructura jerárquica de la relación laboral no ha permanecido inmutable sino que, como queda patente en las sucesivas intervenciones del legislador a partir de la reforma del ET operada por la ley 11/1994, la misma puede interpretarse en clave de una progresiva reducción de las restricciones legales a las facultades patronales. Deteniéndonos en este proceso hay que decir que ha sido sustancial, tanto la introducción de cambios en varias instituciones laborales concediendo facultades de disposición más amplias al empresario¹⁸⁴, como la renovada cristalización de las relaciones entre las fuentes de regulación de la relación laboral (flexibilización interna) que tuvo lugar en las postrimerías del pasado siglo. Bajo el propósito de adecuar la normativa laboral a la realidad y a las concretas necesidades de las organizaciones empresariales, la reforma diseñó nuevos cauces por los que a partir de dicho momento discurrirían las relaciones funcionales entre la ley y el convenio, siendo la connotación principal la «autonomización», esto es, la retirada de la ley al objeto de ceder mayores espacios de regulación a la autonomía colectiva, hecho que contribuyó significativamente al robustecimiento de la negociación colectiva¹⁸⁵.

Una vez puesto de manifiesto que el diseño legal relativo a la ordenación de las relaciones de trabajo subordinado constituye la fuente de primer rango tras la Constitución¹⁸⁶, a la que se acude para delimitar la capacidad de disposición del

¹⁸⁴ Concretamente, la posición jurídica del empleado se ve afectada por la previsión normativa que en cada momento condicione la regulación de aspectos tales como las modalidades de contratación y sus exigencias o los modelos de extinción del contrato de trabajo. Si bien estos extremos son ajenos al *dominus* que se ejerce sobre el trabajador y al contenido de la prestación debida en virtud de lo acordado contractualmente, lo cierto es que la dinámica y extensión del poder directivo resultan inevitablemente condicionadas. El beneplácito normativo al mayor margen otorgado al empleador para acordar la contratación de trabajos flexibles, debilitando la protección impuesta en el acceso al mercado de trabajo y la permanencia del contrato al que el trabajador se adhiere, fortalece el poder de mando del jefe de la empresa y acentúa la desigualdad entre las posiciones antagónicas de la relación laboral. Se da lugar así a la constatación de un hecho evidente. En palabras de RODRÍGUEZ PIÑERO, «a través de una modalidad contractual menos estable, el empleador busca reforzar su margen real de poder de disposición sobre la fuerza de trabajo, haciéndola más eventual y adaptable, con manos más libres para adoptar decisiones al respecto» [«Poder de dirección y derecho contractual», en AA.VV. (Coord. Escudero Rodríguez, R.), *El poder...*, cit., p. 9].

¹⁸⁵ Vid. PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., «El nuevo reparto funcional de territorios normativos entre la ley y el convenio colectivo», en AA.VV. (Coords. Valdés Dal-Ré, F. y Casas Baamonde, M^a E.), *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, La Ley, Madrid, 1994, pp. 248-256. La norma paccionada va a ser objeto de un mayor protagonismo en el moderno Derecho del Trabajo dadas las mayores dosis de flexibilidad material y temporal que ofrece al sistema de las relaciones laborales, así como la adaptabilidad o cercanía a las singularidades de cada sector y actividad de trabajo. No obstante, advertía GARCÍA MURCIA que lo que se ambiciona es «una sabia combinación entre uno y otro tipo de regulación: ni la regulación estatal debe agotar los espacios, puesto que ello restaría capacidad de adaptación, ni la regulación pactada puede pretender actuar en régimen de monopolio, porque seguramente carecería del sostén imprescindible» [«¿Qué Derecho del Trabajo para el siglo XXI?», en AS, vol. V (2005), p. 1295].

¹⁸⁶ ALONSO OLEA, M., *Las fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución*, Madrid, Civitas, 1982, p. 57.

empresario en el ejercicio de su potestad de mando y el espacio abierto a la injerencia de tal poder en los derechos laborales del trabajador¹⁸⁷, un completo análisis de la extensión del poder directivo precisa emprender un nuevo enfoque que tenga en cuenta las relaciones colectivas de trabajo, dado que la realidad jurídica que éstas componen subyace a las formas y alcance de las manifestaciones del poder de dirección. Ya se ha dicho que la norma legal ha cedido a la autonomía contractual de índole colectiva ciertos espacios de su función reguladora y que la ordenación de la prestación por el contrato de trabajo quedará también supeditada a los contenidos del convenio y de otras manifestaciones de negociación colectiva que no se ajustan, propiamente, al arquetipo del clásico convenio colectivo. Lo que aquí interesa, sin embargo, no es propiamente la descripción de las relaciones que se traban entre las distintas fuentes de la relación laboral¹⁸⁸, sino la contracción dogmática de los límites jurídicos impuestos normativamente al ejercicio de las prerrogativas de dirección dejando constancia, así pues, de la necesaria adecuación que ha de existir entre las prohibiciones o requisitos legales y convencionales que afectan al ejercicio del poder de mando a fin de proteger derechos o intereses del trabajador que se hayan definido normativamente.

El art. 37.1 CE consagró un importante contrapeso al poder unilateral del empresario que, a su vez, actúa extramuros de los poderes e instancias normativas del Estado. Como expuso en su momento la mejor doctrina, la negociación colectiva desempeña un cometido sustancial como mecanismo de autoorganización de quines son parte en el sistema de relaciones laborales y de autorregulación conforme a los concretos intereses de los grupos profesionales insertos en el ámbito de negociación. Es esta segunda faceta la que aquí nos interesa, la que sirve de ordenación y control de las decisiones empresariales y, por ende, concreta los cauces por los que habrá de discurrir la posición subjetiva de dependencia. Conviene tener presente que el contexto socioeconómico y productivo presente en la actualidad rebasa la acotación hecha por la normativa legal del poder empresarial pensada en su día para un trabajo industrial tipo. Es por ello por lo que abordar los aspectos colectivos implicados en el poder de dirección resulta del todo ineludible ya que la negociación colectiva se erige en el instrumento medular a través del cual se pueden articular respuestas adecuadas a las vías de expansión del poder de dirección (abiertas progresivamente por las transformaciones productivas del panorama existente), al tiempo que pone a disposición de los agentes sociales los elementos necesarios, adaptados a las nuevas situaciones,

¹⁸⁷ Como indica CRUZ VILLALÓN, *Las modificaciones...* cit., en la p. 32, «el reconocimiento de cualquier poder a nivel jurídico lleva necesariamente a su limitación por la propia norma».

¹⁸⁸ *Vid.*, sobre el tema, PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., «El nuevo reparto funcional...», cit., pp. 246-256. Consúltese también RAMOS QUINTANA, M.I., *La garantía...*, cit., pp. 100-109.

para acordonar un poder que tradicionalmente ha tendido a eludir los márgenes de actuación establecidos en la ley.

Se argumenta, además, que la dimensión colectiva «es la perspectiva más real y práctica, la que más claramente complementa la individual, la que más directamente puede acotar y delimitar un poder que, de otro modo, utilizaría el soporte del contrato individual para ampliar indefinidamente su ámbito de ejercicio»¹⁸⁹. Conforme al sistema de fuentes previsto en el art. 3.1, *b* ET, la norma convencional se antepone al acuerdo de voluntades alcanzado en el contrato y, consecuentemente, la voluntad empresarial que habría podido desplegar su influencia sobre la determinación de las concretas condiciones del trabajo a desarrollar, tendrá ahora que encauzarse a través de un proceso de diálogo y del acuerdo resultante del mismo. Es por esto por lo que indiscutiblemente se le asigna a la autonomía colectiva plasmada en un convenio legalmente pactado, una señalada función como dispositivo delimitador de las condiciones en las que se desenvuelve la actividad laboral. Asentado el sistema de relaciones laborales sobre los principios constitucionales, la configuración negociada de las condiciones laborales prevalece sobre la autonomía individual y queda sustraída del campo de actuación del poder unilateral del empresario. Se entiende que la concreción o especificación gerencial de la prestación y de la disciplina en la empresa está supeditada a la regulación convencional aplicable que le sirve de molde, pues en éste tendrá que encajar la relación laboral a lo largo de su vigencia. De modo que el acreedor de la prestación mediante sus prerrogativas de ordenación o dirección debe desplazar a la esfera de la relación individual de trabajo las decisiones adoptadas de manera previa en el convenio. Así pues, el contrato de trabajo se integra en una organización en la que en el diseño de su funcionamiento ha intervenido el convenio o norma sectorial correspondiente.

Pues bien, al margen de las diferentes técnicas de control y procedimentalización que de común acuerdo se añaden como medio de constricción del poder empresarial y de la integración del contenido del contrato por las condiciones de trabajo reguladas en la norma convencional, es preciso subrayar que resulta del todo inexcusable que las medidas empresariales que respondan a la puesta en práctica de las prerrogativas directivas sean coherentes con lo previsto en la regulación de la norma negocial aplicable. Se trata, por tanto, de tener presente un estadio previo donde las posiciones jurídicas del trabajador y empresario ven contrarrestada la desigualdad que las define a través de la negociación colectiva para, a *posteriori*, desplazarse a un momento ulterior en el que la decisión empresarial pasa ya a producir efectos jurídicos en la relación

¹⁸⁹ ROMÁN DE LA TORRE, M^º D., *Poder de dirección...*, cit., p. 378.

laboral del trabajador individual. Dicho de otro modo, los mandatos patronales que inciden sobre la posición contractual individual se encuentran cercados por la intervención de instancias que se desenvuelven en un plano colectivo. Se habrá de concluir, en definitiva, que las directrices encaminadas a incidir en la posición jurídica del deudor de la prestación de servicios se ven privadas de efectos sobre la obediencia debida siempre que sean fruto de un ejercicio del poder empresarial que vulnere un derecho reconocido en el convenio al trabajador. Dichas órdenes podrán no sólo ser impugnadas judicialmente sino que, como se tratará de justificar más adelante, podrán ser inobservadas por el asalariado que siendo destinatario de las mismas se niegue a seguir el mandato dado por el empresario o sus colaboradores.

Hay que precisar, por otro lado, que los cambios habidos en las relaciones entre la ley y el convenio, el repliegue del Estado a favor de un ejercicio más activo del poder normativo negociado, no siempre han tenido su reflejo en una minoración del «espacio vital»¹⁹⁰ del pacto en el ámbito individual de la relación de trabajo. Ello porque el predominio de un tipo de relación entre ambos (complementariedad y supletoriedad) no ha garantizado la introducción de una efectiva regulación de ciertas materias que hubiera contribuido a asegurar un mayor nivel de protección de la mano de obra y a promocionar un cierto equilibrio e igualdad sustancial entre las antagónicas posiciones jurídicas de los contratantes¹⁹¹. De hecho, en muchas ocasiones ante la retirada de la ley y la insuficiente intermediación del sujeto colectivo, ha sido patente la búsqueda de soluciones individualizadas a problemas ahora también convertidos en individuales, mediante vías directas de negociación entre el empleador y cada uno de sus empleados. Otras veces, en cambio, la propia norma colectiva es la que prevé reglas más flexibles que conceden un mayor espacio de intervención a la contratación individual. Indudablemente, la tendencia a la individualización de las relaciones laborales que se ha denotado, a resultas de lo expuesto, en los últimos años con más insistencia en el mundo del trabajo subordinado, conlleva un evidente recorte de la delimitación externa del poder directivo a favor del papel que está asumiendo el contrato en la predeterminación de las condiciones de trabajo¹⁹².

¹⁹⁰ DEL REY GUANTER, S., «Autonomía individual y autonomía colectiva: algunos puntos críticos a la luz del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores», en *REDT*, núm. 77 (1996), p. 428.

¹⁹¹ *Vid.*, sobre este asunto, las atinadas reflexiones de VALDÉS DAL-RÉ, F., «Poder normativo...», cit., pp. 42-43.

¹⁹² Tomando como punto de partida la asunción por el Libro Verde publicado por la Comisión Europea en noviembre de 2006 [COM (2006) 708 final] de una propuesta concreta, la promoción de un debate abierto sobre las modificaciones que, se estima, necesariamente habrán de acometerse en el Derecho del Trabajo del nuevo siglo a fin de alcanzar los objetivos marcados en la Estrategia de Lisboa, huelga subrayar que tenemos ante nosotros la oportunidad de avanzar en las relaciones que se sustentan entre el movimiento sindical y las fuentes del derecho laboral abordadas en su generalidad. Se abren así nuevas vías para entablar un diálogo sobre la acción colectiva en la empresa como instrumento global e integrado de defensa de los intereses del colectivo asalariado y reequilibradora de las posiciones de los

Dejando esto simplemente apuntado, puesto que sobre lo mismo se volverá más tarde, conviene no olvidar que en mano de la negociación colectiva ha estado durante mucho tiempo, y sigue estando, la capacidad para establecer reglas concretas que demarquen el proceder directivo del equipo empresarial encargado de ordenar y disciplinar las prestaciones de trabajo subordinado; de abrigar el disfrute real de los derechos (especialmente de aquellos inherentes a la personalidad del trabajador en los centros de trabajo)¹⁹³ y de auxiliar a los trabajadores que se enfrentan a un ejercicio desmedido de las facultades que tiene atribuidas la dirección de la empresa¹⁹⁴. En el escenario de negociación actual la cesión de ciertas parcelas de poder copadas tradicionalmente por la unilateralidad más absoluta permite, a resultas del marco económico diseñado por la Constitución, garantizar una serie de derechos y de condiciones favorables para los trabajadores en el desarrollo de sus respectivas

contratantes, y ello ante los actuales contextos objeto de renovados cambios. Con todo, no conviene soslayar que los parámetros que permiten esbozar las líneas maestras de las propuestas del Libro Verde se emplazan ya en una visión netamente partidista del mercado de trabajo y del derecho que lo estructura normativamente. Como quiera que los autores del citado documento parecen concebir los derechos colectivos como elemento de contracción de la libre iniciativa económica, la eficiencia y la prosperidad, se opta por un Derecho del Trabajo de corte individualista. Así lo exponen BAYLOS GRAU, A., y PÉREZ REY, J., «Sobre el Libro Verde: Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI», en *Cuadernos de la Fundación Sindical de Estudios*, núm. 5 (2006). Razonan los autores que «no se concibe el derecho laboral en su dimensión colectiva, sin que desde luego se atienda a la acción sindical y al conflicto social como elementos consustanciales de las relaciones laborales y de la regulación jurídica de las mismas. El sindicato y lo sindical no ocupan lugar en el esquema de la “modernización” del Derecho laboral que propone la Comisión europea». Del mismo modo que «la única figura de la dimensión colectiva del derecho laboral que es tenida en cuenta en el esquema propuesto es la negociación colectiva, pero entendida ésta en su función regulativa y normadora concurrente con la norma estatal y la decisión de empresa, no como resultado de un proceso guiado por la acción de un sujeto colectivo, el sindicato, con una clara intención emancipatoria y niveladora de la situación de desigualdad social. La negociación colectiva se presenta tan sólo en su rol de mediación regulatoria entre el mercado de trabajo y la situación nacional de empleo, como vehículo de la “flexiseguridad” definida no obstante en el plano de las relaciones contractuales individuales» (pp. 6-7).

¹⁹³ Destacando la decepcionante labor que ha desempeñado la negociación colectiva en orden a la protección de los derechos fundamentales, VALDÉS DAL-RÉ, F., «Poderes del empresario...», cit., p. 39. Atribuye SASTRE IBARRECHE esta «pobreza de resultados» a la incidencia de la política de concertación social y, también, a la fortaleza contractual superior que han mostrado las organizaciones empresariales frente a la correlativa debilidad exhibida por las sindicales. Así, prosigue, «la hipotética potencialidad tuitiva de la negociación en el ámbito de los derechos fundamentales de los trabajadores no ha sido contrastada en la práctica» («Recurso de amparo...», cit., p. 255).

¹⁹⁴ Volviendo fugazmente la mirada al pasado nos encontramos con que la trascendental posición que está llamada a ocupar la negociación colectiva en este ámbito queda muy distante de la que en épocas pasadas desempeñaba. Acto reflejo del régimen político entonces vigente y de la clásica atribución al empresario de una amplia discrecionalidad a la hora de tomar las decisiones correspondientes a las incidencias relativas al proceso productivo de su empresa, resultan las previsiones de carácter inhibitorio que la Ley de convenios colectivos sindicales, de 24 de abril de 1958, dirigía a los negociadores del convenio. Así, el pasaje legal impide «establecer en los convenios colectivos sindicales cláusulas que impliquen disminución (...) de las facultades de dirección y disciplina que son propias de las empresas» (art. 2), norma que no sufre variaciones significativas con la Ley 38/1973, de 19 de diciembre, donde se impide el establecimiento de cláusulas que implicaran un recorte «de las facultades inherentes a la dirección de la empresa según el ordenamiento jurídico laboral» (art. 4). La propia transformación del sistema de relaciones laborales invirtió dicha tendencia y el art. 85 ET de 1980 admitiría ya una libre asunción de contenidos a la negociación colectiva.

ocupaciones. Llegados a este punto, es necesario apuntar que con frecuencia la estrategia negociadora se ha centrado en alcanzar compromisos en relación a otras manifestaciones del dominio empresarial, no propiamente del directivo, que entran en relación directa con la delimitación de la potestad patronal de mando. Ocurre, además, que la virtualidad para orientarse hacia la instrumentalización de cauces abiertos a la autodefensa del trabajador cuando ve vulnerado los derechos que le pertenecen, sigue siendo entre nosotros una mera posibilidad, tratándose éste de un campo prácticamente inexplorado por la autonomía negocial. La lectura y el examen de los convenios colectivos de los últimos años muestran la ausencia de una efectiva intervención convencional de signo promocional de nuevos instrumentos de defensa de la posición subjetiva del trabajador.

3. El papel del contrato en la definición de la regularidad del ejercicio del poder directivo

La práctica totalidad de los análisis efectuados en torno al poder de dirección han puesto de relieve el nexo de unión que existe entre éste y el elemento organizativo. Como se ha recordado en no pocas ocasiones, el desarrollo de la prestación de trabajo no tiene lugar de una forma aislada, sino que se incardina como un eslabón más de una cadena más amplia, formada por otras prestaciones y un haz de factores productivos al servicio del interés perseguido por quien ha dispuesto la organización empresarial. Ahora bien, siendo esto cierto, se ha optado por convenir que esta posición de poder que ostenta el jefe de la empresa no encuentra su explicación ni justificación en la misma organización sino que, por el contrario, permanece circunscrita dentro de los confines del contrato. En otras palabras, tanto el poder empresarial para ordenar las singulares prestaciones de trabajo de cada uno de los empleados, como el deber de obediencia que asumen estos mismos, encajan plenamente en el sinalagma contractual laboral.

Efectuadas estas observaciones de carácter general y remitiéndome a lo que en páginas precedentes se ha señalado en relación al fundamento del poder directivo, en este momento únicamente se tratará de abordar las inevitables consecuencias prácticas de tal aseveración. En realidad el pacto contractual suscrito entre el acreedor y deudor de la prestación no sólo es un instrumento de reglamentación de las modalidades de desarrollo del intercambio subordinado y de legitimación de las prerrogativas patronales. Instrumento jurídico que, como es sabido, fijará las condiciones de trabajo a las que deberá sujetarse el trabajador, ofreciendo, en todo caso, un tratamiento *in melius* cuando exista regulación legal o convencional sobre los mismos aspectos. Además, siendo evidente que se halla destinado a la satisfacción de los intereses de los dos

contratantes, el acuerdo contractual asume también un papel decisivo en la concreción del ámbito de lícito ejercicio del poder empresarial¹⁹⁵. Se erige en el título jurídico que da entrada al trabajador en la estructura empresarial dispuesta por quien es proveedor del empleo, a partir de cuyo momento se convertirá en parte de la misma. Y sólo respecto al contenido de las condiciones en él pactadas podrán incidir las prerrogativas decisorias de la dirección¹⁹⁶. Respetando, a su vez, los derechos que pudiera haber adquirido el asalariado fruto de la voluntaria concesión unilateral del empleador o de los acuerdos y compromisos suscritos entre ambas partes. Este es, desde luego, el aspecto más importante a tener en cuenta en el análisis que se está realizando. Máxime si se repara en que desde hace ya algunos años se asiste a un repliegue normativo y a un proceso de revalorización de la autonomía individual, circunstancia que ha permitido que tanto el negocio contractual que da sustento a la relación laboral, como la decisión unilateral del empresario en el ejercicio de sus facultades de organización y dirección, entren a regular espacios no cubiertos por la normativa vigente¹⁹⁷. Lo cual tendrá significativas implicaciones en la identificación de los límites a los poderes o prerrogativas del empleador.

3.1. Revalorización del contrato de trabajo como instrumento delimitador del espacio de disponibilidad empresarial

Para una comprensión global del papel que asume el contrato de trabajo como freno a la intervención del poder empresarial en la prestación subordinada de servicios es preciso explorar, previamente, la capacidad de la autonomía negocial individual para fijar las condiciones de trabajo y definir el elenco de obligaciones y derechos que asisten a los trabajadores que conforman la plantilla. En un momento anterior ya se ha dado cuenta de las progresivas tendencias a la dispositivización de la norma estatal y del consecutivo engrosamiento de la capacidad ordenadora de las condiciones de trabajo que han afectado al resto de fuentes reguladoras de la relación laboral, bien sea a través

¹⁹⁵ *Vid.*, en este sentido, las SSTSJ Madrid, 21 marzo y 8 abril 1997 (AS/700 y 1346), y la STSJ La Rioja, 6 marzo 1995 (AS/871).

¹⁹⁶ Con una mirada retrospectiva puede citarse la obra de CASSI donde el autor insiste en que las órdenes e instrucciones empresariales han de estar referidas al trabajo sobre el que ha versado el acuerdo contractual (*La subordinazione del lavoratore nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1961, p. 190).

¹⁹⁷ La STC 208/1993, de 28 de junio, precisa que «la capacidad de incidencia del convenio colectivo sobre el contrato individual y la prevalencia del mismo sobre el contrato de trabajo, y el condicionamiento que supone sobre la voluntad unilateral del empleador, impide que la voluntad individual prevalezca sobre la colectiva, pero solo esto, y no puede excluir un espacio propio para la autonomía individual y para el ejercicio de los poderes empresariales». Asimismo señala que «aunque lo no ocupado por la autonomía colectiva, ni regulado por la normativa estatal, sea un espacio de libertad sobre el que en un futuro podría incidir la autonomía colectiva, si las partes del convenio lo considerasen oportuno, la mera circunstancia de que una materia pudiera en su momento ser objeto de negociación colectiva no supone (...) un impedimento para acuerdos contractuales individuales o para decisiones de la empresa en ejercicio de sus poderes de gestión, al margen del alcance cuantitativo de la medida».

del convenio colectivo (autonomización), o del contrato de trabajo (individualización)¹⁹⁸. Es este último proceso el que en este momento nos interesa dado que la concesión de márgenes más amplios a la autonomía individual para negociar los términos en los que se desenvolverá la relación de trabajo se traduce en la práctica en un desequilibrio a favor del empleador que disminuye así, en algunos aspectos, los umbrales de tutela anteriormente disfrutados por los trabajadores.

Sin entrar a delimitar el concreto alcance y trascendencia de este fenómeno, sí considero pertinente anotar que la capacidad para detallar las condiciones de trabajo que desde finales del siglo pasado está reconquistando el pacto contractual asoma en el actual escenario de las relaciones laborales como resultado directo de la evolución del trabajo y correlativamente de sus sistemas reguladores. Al socaire de la demandada remoción de la rigidez que desde hace algunos años se achaca a la ordenación normativa del Derecho del Trabajo, se elogia la capacidad de la voluntad de las partes expresada en el contrato para acercarse a las necesidades más específicas de cada uno de los procesos productivos y, en definitiva, para favorecer la participación del propio trabajador en la determinación de las reglas que van a regir su actividad en la empresa. Además, este renovado interés por las expectativas del trabajador singular, sin soslayar aquellas que pertenecen al conjunto de trabajadores, se enlaza directamente con el encumbramiento de la importancia de los derechos fundamentales en el seno de la relación laboral¹⁹⁹.

Con todo, no han faltado los estudios que ponen en duda este «redescubrimiento del individuo»²⁰⁰ y la consideración particular a la subjetividad de la persona que se atribuye a la revitalización del contrato como mecanismo de administración de los derechos y obligaciones de la relación laboral. Ciertamente es que cada vez son más infrecuentes las negociaciones singulares llevadas a cabo para cada uno de los contratos celebrados por una empresa. La contratación de un trabajador se traduce en la integración del mismo en unidades productivas ya ordenadas, con una estructura organizativa y funcional previamente determinada y el contenido contractual aparece normalmente glosado a través de cláusulas generales que se incorporan a cada pacto contractual y que han sido elaboradas unilateralmente con anterioridad. Esto es, las opciones en el momento de la suscripción del contrato que ostenta el estrato laboral de la empresa se reducen a la aceptación del mismo o su rechazo, hecho este último que comportaría un nuevo ofrecimiento del puesto vacante esta vez a persona distinta de

¹⁹⁸ Sobre estas cuestiones, *vid.*, PALOMEQUE LÓPEZ, «La versión 2001 de la reforma laboral permanente», en *RDS*, núm. 15 (2001), pp. 15-16

¹⁹⁹ MERCADER UGUINA, J., *Derecho del Trabajo...*, cit., p. 98

²⁰⁰ Siguiendo la terminología adoptada por SIMITIS, S., «Il diritto del lavoro e la riscoperta dell'individuo», en *Giorn.Dir.Lav.Rel.Ind.*, núm. 45 (1990), pp. 87-113.

dicho trabajador. Sólo cuando se trata de personal altamente cualificado y muy especializado en alguna de las fases de la producción, de actividades en áreas de pleno empleo o de prestaciones de servicios que se mueven en un espacio de estrecha confianza entre empleador y empleado, este pacto contractual no opera como un contrato de adhesión y generalmente es fruto de una verdadera transacción e intercambio de intereses entre las dos partes²⁰¹.

A la luz de lo indicado, la expansión de la función reglamentadora de la autonomía individual actúa en detrimento de las posibilidades de corregir la asimétrica posición de los contratantes²⁰². Y ello a diferencia de la fuerza que ostenta la representación colectiva para equilibrar la desigualdad real que afecta de forma intrínseca al acreedor y deudor de la prestación y promover unos niveles homogéneos de protección del colectivo asalariado sin sortear la conocida diversidad que afecta al mundo de las relaciones laborales. En la actualidad es constatable que el propósito de la flexibilidad del mercado de trabajo sigue estando muy presente en las actuaciones reformadoras del legislador²⁰³. Sin embargo, pese a asistirse a una cierta renovación del papel que le corresponde desarrollar al contrato de trabajo como fuente de regulación de la relación laboral, la autonomía colectiva sigue ocupando una posición aventajada sin que se haya puesto en cuestión, ni mucho menos, la relación de primacía jerárquica respecto de la autonomía individual²⁰⁴. De hecho, existe un acuerdo pacífico en torno a la necesidad de que la autonomía colectiva deje márgenes de actuación a la autonomía

²⁰¹ La necesidad de obtener el puesto de trabajo ofrecido comporta que la capacidad para desmarcarse de las condiciones estipuladas por la otra parte contractual sea realmente ínfima para la mayor parte de los trabajadores, sobre todo para los que carecen de formación, son desempleados de larga duración, o han de superar las barreras de la inmigración. Así lo advierten MONTOYA MELGAR, A., «Nuevas dimensiones jurídicas...», cit., p. 35 y RAMOS QUINTANA, M.I., *La garantía...*, cit., p. 249.

²⁰² El peligro que deriva del emplazamiento del contrato como foco central del esquema de fuentes laborales, ya percibido por gran parte de la doctrina, es la descomposición del sistema protector que por medio de los tradicionales principios aplicativos del Derecho del Trabajo ha venido articulando desde sus inicios este sector del ordenamiento [tempranamente así lo insinuaba SUPLOT, A., «Pourquoi un Droit du Travail?», en *Dr.Soc.*, núm. 6 (1990), p. 485]. Y esto es así, expresándolo sintéticamente, porque la articulación de mayores espacios por los que moverse la autonomía privada no siempre implica un incremento de la capacidad de autodeterminación de la autonomía contractual sino que, por el contrario, a menudo se traduce en un reforzamiento del poder unilateral del empresario y, consecuentemente, en un «mayor margen de disponibilidad empresarial» [RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «Poder de dirección...», cit., p. 12].

²⁰³ Con el ánimo de plantar cara a los efectos negativos de la flexibilización, convertido ya en un elemento de precariedad, se ha abierto un debate público en la Unión Europea que plantea la necesidad de acompañar la flexibilidad con la búsqueda de seguridad. De hecho, la llamada *flexiseguridad* se proyecta como la prescripción facultativa para modernizar el Derecho del Trabajo en el mencionado Libro Verde de la Comisión y en la misma dirección se insiste en la Cumbre de primavera del Consejo en Bruselas (8 y 9 de marzo de 2007). Como parte de la estrategia integrada que se propone, los mayores índices de desregulación se presentan como la contrapartida ineludible a la adopción de nuevos y más eficaces mecanismos de protección social y de activación del empleo. De gran interés resultan el estudio de LOY, G., «Apuntes sobre el libro verde «Modernizar el Derecho del trabajo para afrontar los retos del siglo XXI», en *RL*, núm. 15-16 (2007), pp. 47-70.

²⁰⁴ A propósito de la doctrina constitucional en este punto, ALZAGA RUIZ, I., «La negociación colectiva en la doctrina del Tribunal Constitucional», en *RMTAS*, núm. 73 (2008), pp. 327-330.

individual sin que ello conlleve la descolectivización de la vida laboral²⁰⁵. De esta forma, se estima necesario «la integración del fenómeno individualizador por parte del sindicato como una realidad consolidada, un reparto equilibrado de papeles, y la reconversión de su actividad sindical a las nuevas realidades sociales y organizativas de las empresas»²⁰⁶.

Pero si algo hay que dejar claro tras lo hasta aquí expuesto en torno a la mayor centralidad alcanzada por el contrato en el sistema laboral, es que dicha situación favorece el ejercicio flexible de los poderes empresariales y, entre ellos, del poder directivo. La capacidad decisoria empresarial, progresivamente despojada de las ataduras impuestas por las disposiciones normativas inderogables de tutela del trabajo, ha acentuado los márgenes de sujeción jurídica y socio-económica del trabajador²⁰⁷. No ha de olvidarse, justamente, que dado el desequilibrio de fuerzas existente en la prestación heterónoma de trabajo, el negocio jurídico celebrado termina por constituir la senda a través de la cual discurren las decisiones adoptadas por el contratante fuerte²⁰⁸. La voluntad unilateral del empresario resulta decisiva en el momento constitutivo de la relación jurídica y, por ende, planeará más allá de dicho instante inicial para tener proyección a lo largo de la ordenación de las vicisitudes que acontecerán durante el desarrollo de contrato.

Tal circunstancia, sin embargo, no desvirtúa la trascendental labor que desempeña el pacto contractual en la delimitación de las facultades patronales de mando puesto que sobre el mismo pesa el principio consensual, el cual, como se ha visto, se erige en el fundamento de las parcelas de poder que tiene atribuidas el equipo directivo de la empresa. Téngase presente, con las oportunas cautelas que proceden tras lo indicado más arriba, que la formalización del negocio jurídico suscrito entre las partes permite canalizar, no únicamente las necesidades e intereses del empresario, sino también las del deudor de la prestación de trabajo. Dicho esto, no queda sino constatar otro hecho cardinal en este ámbito. Haya entrado o no en juego la voluntad de la fuerza de trabajo a la hora de fijar las condiciones contractuales de la prestación, una vez formalizado el negocio jurídico, la capacidad decisoria del empleador se mueve en los

²⁰⁵ Vid. RAMOS QUINTANA, M.I., *La garantía...*, cit., p. 264.

²⁰⁶ BLASCO PELLICER, A., «La autonomía individual en el sistema de fuentes de la relación jurídico-laboral», en *AS*, vol. V (2004), p. 1271, quien constata que el inacabado proceso de individualización de las relaciones laborales plantea al sindicalismo actual nuevos desafíos a los que necesariamente ha hacer frente.

²⁰⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «Poder de dirección...», cit., pp. 11-13

²⁰⁸ ROMÁN DE LA TORRE, M^a D., *Poder de dirección...*, cit., pp. 419-422. Tal y como indica RAMOS QUINTANA, M. I., *La garantía...*, cit., p. 238, «lo que en su origen es una decisión unilateral se “transforma” mediante la invocación de la autonomía contractual en un acuerdo bilateral: la decisión unilateral empresarial se viste, consiguientemente, de un ropaje formal bilateral».

márgenes que éste mismo alberga. La ulterior especificación de las obligaciones del puesto de trabajo, fijadas de forma genérica en el contrato, responderá al ejercicio del poder de dirección a través de los correspondientes medios con los que cuenta para ello la dirección de la empresa.

3.2. Reconducción de la obligación contractual a la prestación pactada: clasificación profesional y el controvertido concepto de «trabajo convenido»

La obligatoriedad de las órdenes empresariales se halla situada en la propia estructura causal del contrato de trabajo. Tal planteamiento no es nuevo y fue pronto suscrito por la doctrina más autorizada («el obrero de la grande industria, al celebrar el contrato de trabajo, y como consecuencia natural del contrato, acepta la autoridad del patrono»)²⁰⁹. Aun así, lo que sólo a través del tiempo se ha podido percibir es la defensa, en ocasiones más tenue y en otras más rotunda, de la operatividad de dicho título negocial como elemento limitador del poder del empresario²¹⁰. La caracterización del contrato como componente determinante en la configuración de la prestación debida y del comportamiento exigible, constituye una circunstancia presente ampliamente tanto en la doctrina como en la interpretación jurisdiccional del deber de obediencia. Sin embargo, las principales variaciones se perciben en relación a la intensidad con la que se hace valer la función que el contrato en este campo desempeña. Y es que no puede obviarse que en no pocas ocasiones la respuesta jurídica que ha ofrecido el ordenamiento laboral ha esquivado la aplicación de la lógica contractual que sitúa al negocio jurídico en la posición vertebradora de la relación laboral y que tiene como elemento equilibrador del sistema a la bilateralidad de su estructura. Así el resultado a los puntuales conflictos entre los derechos e intereses del acreedor y deudor del trabajo ha reflejado la mayor condescendencia de la que han sido merecedoras las exigencias organizativas del dueño de la empresa.

Con todo, el límite externo central que condiciona el ejercicio del poder de dirección es el trabajo convenido en el contrato debiendo ser, naturalmente, las incidencias o condiciones que lo describen y sujetan al autor de la prestación, acordes a lo prescrito en la ley y en el convenio colectivo aplicable. Obsérvese, no obstante, que la capacidad de maniobra de la discrecionalidad empresarial sigue siendo amplia puesto que será al contratante fuerte, impulsor de las obligaciones genéricas que se enuncian en el pacto contractual, a quien le corresponda administrar, en cada momento concreto, la relación de trabajo y, por ende, especificar las labores a desarrollar por la contraparte.

²⁰⁹ GRIJALBA, A.R., *El contrato de trabajo...*, cit., p. 180

²¹⁰ *Vid.* SANTOS FERNÁNDEZ, M^a D., *El contrato...*, cit., pp. 234, 236 y 243-244.

Por supuesto, el contenido de las indicaciones de carácter imperativo que ordenan la actividad de trabajo viene a ocupar el espacio que deja libre la designación de tareas conforme a la categoría, grupo o nivel que tenga asignado cada trabajador de acuerdo a la clasificación operada en el convenio colectivo de aplicación. Esto es, todas aquellas circunstancias de la prestación que queden al albur de las concretas necesidades de la empresa, indeterminables en el momento contractual inicial, estarán abiertas a la intervención directiva de los cargos con facultades de mando en la sociedad empresarial. Ahora bien, el contenido de la relación laboral trazado en el contrato marcará el espacio de actuación de la capacidad de decisión empresarial²¹¹. Las órdenes e instrucciones patronales deberán acomodarse a la cantidad, lugar, clase y tiempo de trabajo acordado en el pacto contractual. Por lo tanto, cuanto más indeterminado haya quedado configurado en el contrato el perfil de la actividad pactada, la injerencia de los mandatos patronales sobre la prestación laboral podrá abarcar ámbitos mayores.

Retomando el hilo de la exposición y según la exégesis del art. 20.1 ET, el deber de obediencia que atañe al deudor contractual únicamente se extiende a la prestación pactada, bajo las condiciones que bilateralmente se hayan acordado. Tradicionalmente la clasificación profesional ha venido desempeñando una labor esencial en este ámbito como instrumento técnico que permite determinar en primera instancia cuál es el trabajo exigible al trabajador empleando el esquema abstracto de las funciones a desarrollar. Concretamente, el sistema elegido incide tanto en la concreción de la prestación como en la fijación de las garantías con las que cuenta el trabajador en función de la reconducción de su obligación contractual a la prestación pactada. En esta línea, no es necesario insistir en cómo la especificación concreta de las tareas, fruto del ejercicio de las facultades directivas, deberá moverse, como regla general, dentro de los límites marcados por el mecanismo de clasificación profesional por el que se haya decantado la norma convencional aplicable (pudiendo optar indistintamente entre categorías y grupos)²¹², constituyendo, de esta forma, un límite material u objetivo a las posibilidades de actuación de las facultades de dirección.

²¹¹ La STSJ Madrid, 14 julio 2008 (JUR/291546), no deja margen a la duda. La verdadera seguridad jurídica, apunta, «pasa porque cada parte contratante respete aquello a lo que se ha comprometido en el marco del contrato de trabajo incluyendo al respecto el dar trabajo acorde con la categoría que corresponde a cada trabajador». También, STSJ Castilla y León, 20 marzo 2006 (AS/1029).

²¹² Lo cierto es que aunque el art. 22 ET no da señales de dar preferencia a uno u otro sistema organizativo, el art. 39 ET sí parece inclinarse por uno de ellos al dar preeminencia al grupo profesional como espacio ordinario de la movilidad funcional, relegando a la categoría a un puesto secundario o subsidiario. De ello da cuenta VALDÉS DAL-RÉ, F., «Sistemas de estructura profesional y movilidad funcional: entre la continuidad y el cambio (I)», en *RL*, vol. I (2000), pp. 95-96. Ahora bien, no podemos ignorar que el diseño general y objetivo que recoge la ley delega la elección del sistema de organización en la autonomía colectiva, siendo ésta una regla abierta que mezcla dos sistemas distintos de clasificación que pueden llegar a ser ciertamente contradictorios, circunstancia que se encuentra en el origen de abundantes problemas interpretativos (sobre esto, consúltase GARCÍA MURCIA, J., «Movilidad funcional...», cit., p. 94).

Lo que se acaba de sostener no puede soslayar que las formas de trabajo surgidas al amparo de la aplicación de las nuevas tecnologías en el espacio industrial y los flexibles tipos de organización empresarial imperantes en los últimos tiempos se han mostrado difícilmente acomodables a la tradicional estructura empresarial basada en la distribución de la plantilla en grupos y, especialmente, en las renombradas *estrecheces* de unas categorías profesionales independientes e incomunicadas. Para ser más precisos, el contexto técnico-productivo que comenzó a despuntar a finales de los ochenta junto con la vinculación de las tareas laborales al empleo de los avances informáticos, a las nuevas habilidades y aptitudes, a modernos modos de organización y a renovados hábitos de comportamiento social, provocaron que el contenido de la prestación debida y del perfil profesional requerido al trabajador desbordaran la determinación parcelada del objeto del contrato que ofrecían los clásicos sistemas de definición funcional. Lo cual llevó al empleo de variados instrumentos jurídicos que, en clara consonancia con el discurso en torno a la flexibilidad, apostaron por una redefinición más elástica y expansiva de las facultades novatorias (dando cabida a iniciativas modificativas dirigidas a la alteración de las funciones inicialmente asignadas, condicionadas, no obstante, a la concurrencia de ciertos requisitos previstos estatutariamente), lo cual, a la postre, se tradujo en una extensión de las posibilidades empresariales de identificación del objeto prestacional. La simple asimilación del asalariado a un determinado grupo o categoría ha dejado de definir la prestación laboral exigible y de marcar las fronteras entre la potestad directiva y la organizativa. Simultáneamente, la remoción y reformulación de ciertos límites que anteriormente retenían las facultades del empresario para modificar la prestación exigible al deudor, así como la moderación de los requisitos procedimentales que condicionaban su ejercicio, han tenido su inevitable proyección sobre el poder de dirección²¹³.

²¹³ En primer orden, las estructuras profesionales basadas en grupos se han alzado como el principal y el más amplio de los límites al poder directivo en el aspecto funcional, por encima de las distintas áreas funcionales que confluyen en el contenido de los mismos. Existe ya una tendencia consolidada en la negociación colectiva a abandonar el sistema basado en la categoría profesional asimilada a un puesto de trabajo, optándose en su lugar por un sistema de grupos compuestos por distintos niveles, si bien, eso sí, continúa siendo más perceptible en los convenios colectivos de ámbito estatal. Téngase presente, además, que una vez admitido el grupo profesional como elemento clave en el marco descriptivo escogido para determinar el cometido profesional de los trabajadores, los sistemas de cambio que a propósito se dispongan han de tomar la debida consideración a los requisitos de idoneidad y aptitud requeridos para el desempeño de cada nueva tarea (por ello será imprescindible primar procesos de formación continua que no restrinjan las posibilidades de adaptación y promoción de la plantilla). A su vez, la utilización del acuerdo de polivalencia funcional (preferentemente por las empresas de reducidas dimensiones para lograr el máximo nivel de producción evitando los costes a los que tendrían que enfrentarse de tener que hacer varios contratos a distintos asalariados para ver cubierta diversas funciones) y la introducción del criterio de la equivalencia profesional (junto con las altas dosis de laxitud que configuran los parámetros legales que componen el examen de la equivalencia), han permitido ensanchar el ámbito de ejercicio de las facultades de dirección y, por consiguiente, han terminado por incrementar la incertidumbre del trabajador en cuanto a las funciones que serán exigibles en momentos ulteriores a la formalización del acuerdo contractual. En definitiva, el arraigo que ha logrado alcanzar la

Esto, si embargo, no viene a significar que el parámetro de constricción de las facultades directivas que, según se ha indicado, constituye el sistema de clasificación profesional, haya quedado totalmente bloqueado, entendiéndose por tal circunstancia la regularidad o legitimación de las decisiones empresariales que atribuyan al obligado cualquier tarea que pueda enmarcarse en el campo de actividades desplegadas en la empresa en atención a su dedicación. Lo cierto es que el objeto de la prestación laboral se mantiene en pie como instrumento limitador del contenido de los mandatos patronales, siendo ahora conscientes de que las reglas que rigen hoy la determinación del trabajo debido discurren a través de un complejo proceso desmembrado en varias secuencias que han favorecido la mutación de su objeto. La conformación del débito exigible en razón del contrato celebrado no procede ya, en régimen de exclusividad, de la colocación sistemática del trabajador en el organigrama empresarial originariamente pactado. Empero, las tareas, especialidades o niveles en los que se descompone el específico grupo o categoría profesional en el que éste se encaja no han dejado de servir de referencia para concretar la extensión del deber de obediencia y de ser fuente de derechos y obligaciones para el trabajador²¹⁴.

La capacidad de disposición empresarial abarca en la actualidad un terreno que anteriormente estaba vetado. Como se ha podido constatar líneas más arriba, la remodelación del sistema de encuadramiento y del poder de variación no tuvo una incidencia ni mucho menos neutra en la capacidad directiva del empleador. El incremento de las facultades novatorias trajo consigo la distensión de las prerrogativas de dirección, las cuales eventualmente podrán extenderse sobre determinados extremos que antes quedaban al margen de la deuda laboral del trabajador subordinado²¹⁵. Es

figura de la equivalencia funcional ha permitido que las órdenes empresariales rebasen las fronteras de la descripción funcional que tradicionalmente habían venido delimitando la esfera jurídica del trabajador. Lo cual ha conducido a que las decisiones patronales que anteriormente debían poner en marcha la maquinaria del *ius variandi*, en la actualidad entran dentro del ejercicio del poder de dirección conforme a la vigente redacción del art. 39.1 ET. Así lo sostuvo, entre otros muchos, ROMÁN DE LA TORRE, M^a D., *Poder de dirección...*, cit., p. 152. A modo de síntesis, *vid.* también las críticas vertidas a la construcción jurídica del mencionado concepto de equivalencia profesional en SANTOS FERNÁNDEZ, M^a D., *El contrato...*, cit., pp. 215-230.

²¹⁴ ALBIOL MONTESINOS, I., *El despido disciplinario...*, cit., p. 14; GARCÍA NINET, I., «El deber de obediencia...», cit., pp. 892-893 y PÉREZ DEL RÍO, T., «La regularidad del ejercicio del poder empresarial y la obediencia debida: comentario a la SS. del TS. de 7.III.1986», en *TL*, núm. 8 (1986), pp. 101-102.

²¹⁵ De tal afirmación no puede concluirse que el contrato de trabajo haya dejado de ser el título jurídico que sostiene el poder directivo. El empresario tiene en su mano la especificación del objeto de sujeción contractual pero dicha labor no alcanza simplemente al trabajo que se convino *ab initio*. Sino también a aquél resultante de ciertas alteraciones que se mueven dentro del propio ámbito de las categorías profesionales, equiparadas en tanto son consideradas homologables al cometido asignado en el acuerdo bilateral alcanzado y gozan del mismo perfil tanto objetivo como subjetivo. Por otro lado, cuando la clasificación profesional se haya estructurado sólo por grupos, al trabajador podrán asignarle el desempeño de tareas distintas siempre que, como entiendo se desprende de la dicción legal del art. 39.1

cierto que el empresario cuenta en su haber con un enredado modelo de determinación del trabajo exigible al asalariado. De acuerdo al cuadro regulador vigente puede optar entre las funciones primitivamente pactadas, pero también entre aquellas no previstas en el acuerdo que también pasarán a conformar el objeto del contrato. Así pues, habrá que concluir que la obediencia debida continúa condicionada a la realización del trabajo fijado por las partes, siendo además obligación del trabajador desempeñar la prestación que resulta de la alteración de las funciones en virtud de las reglas de movilidad libre u ordinaria (art. 39.1 ET), o bien de la modificación (de acuerdo a los requisitos legales y convencionales previstos para el mecanismo extraordinario del *ius variandi* o de las modificaciones sustanciales) del trabajo originariamente descrito en el contrato. Es decir, el contenido de la obligación se conoce *a priori* y, en momentos sucesivos al constitutivo contractual, dado que la relación nace con vocación de permanencia en el tiempo, puede progresivamente ir concretándose mediante el ejercicio de las prerrogativas directivas y de organización²¹⁶. En cada instante las órdenes e instrucciones patronales se habrán de ajustar, ahora sí, al específico contenido de la obligación del trabajador, sin sobrepasar entonces aquellos extremos que se refieran a la actividad realmente exigible al asalariado.

Finalmente, puede resultar de utilidad a la exposición el referirse, si bien sucintamente, a la sujeción de la potestad ordenadora respecto de las condiciones de trabajo pactadas u otorgadas unilateralmente al trabajador. La regulación dada a la institución, de naturaleza contractual, que genera derechos subjetivos de manera inmediata para los trabajadores a modo del privilegio de la condición más beneficiosa constituye otro ejemplo más que da cuenta de la transformación de los límites a los que se ve sometido el poder de dirección a partir de la década de los noventa. El art. 3.1, c ET incorpora entre las fuentes de la relación laboral a la «voluntad de las partes manifestada en el contrato de trabajo», aseveración que no queda circunscrita al documento o compromiso contractual (de no formalizarse por escrito), sino que también comprende todo acuerdo negocial suscrito a lo largo de la vigencia de la relación de

ET, éste goce de la idoneidad y aptitud profesional necesarias para acometer las nuevas funciones. Aunque en mi opinión la movilidad prevista en dicho precepto se limite a una movilidad meramente horizontal, el aumento de las posibilidades que alberga el empresario para especificar la prestación es evidente. Ello, sin embargo, no resulta un elemento suficiente para considerar abrogada la función justificativa que en este ámbito cumple el negocio jurídico consensuado entre empresario y trabajador. La extensión de las facultades de ordenación y dirección mediante maniobras legales de cariz ciertamente flexibilizador no desnaturaliza, en mi opinión, la razón que ofrece cobertura jurídica a dicho poder y que no es otra que el contrato de trabajo. Distinto parecer en VALDÉS DE LA VEGA, B., *La profesionalidad del trabajador en el contrato laboral*, Trotta, Madrid, 1997, p. 199.

²¹⁶ Implícitamente en los preceptos reguladores de la prestación de trabajo se le otorga un nuevo alcance a la noción de «trabajo convenido», abarcando éste el acuerdo logrado en la contratación inicial junto con el trabajo derivado de pactos novatorios posteriores. Así, DE SOTO RIOJA, S., «El contenido de la prestación laboral», *RL*, vol. II (1995), p. 175.

trabajo subordinada entablada entre ambas partes²¹⁷. De manera que en el ejercicio de sus facultades de dirección el patrono tendrá necesariamente que ajustarse a lo acordado después del instante constitutivo de la relación laboral, ya sea a través del acuerdo bilateral o de concesiones otorgadas unilateralmente por el empresario y acogidas tácitamente por el trabajador²¹⁸.

Dicho de otra manera, estas condiciones más favorables de las que goza el empleado, cuyo origen se sitúa en la autonomía individual, concebidas como la «máxima expresión de la función reguladora del contrato»²¹⁹, no pueden ser soslayadas en el proceder del titular del poder de dirección. La situación «de ventaja» que alberga el deudor del servicio «sobre el marco legislativo de aplicación»²²⁰ actúa, en definitiva, a modo de restricción efectiva del poder empresarial siempre que pueda acreditarse la voluntad deliberada e inequívoca del empresario en relación a la asunción de dicho compromiso contractual que confiere condiciones más favorables al trabajador²²¹. El contenido de éstas termina por ser «interiorizado»²²² por el nexo contractual de forma que, a salvo del acuerdo novatorio que pudiera suscribir el trabajador o de la aplicación de los mecanismos de compensación y absorción²²³, el disfrute pacífico de las mismas sólo puede verse alterado o suprimido por la decisión unilateral del empresario acudiendo a las reglas del art. 41 ET. De este modo se habilitan ciertos cauces a través de los cuales la concreción unilateral de la prestación exigible gozará de mayores márgenes de actuación y ello porque el empresario podrá desvincularse de los derechos laborales que con carácter previo había concedido al trabajador. Una vez más se comprueba que el refuerzo a las prerrogativas organizativas y de gestión genera también la correlativa ampliación de la capacidad directiva del empleador.

3.3. Reordenación del poder de variación empresarial y distensión de la superficie de actuación del poder de dirección

La premisa básica que hoy mueve el mundo de la empresa es la búsqueda constante de una posición competitiva, la cual pasa por promover un decidido ajuste del presente modelo de definición y organización funcional en consonancia con las

²¹⁷ Vid. BLASCO PELLICER, A., «La autonomía individual...», cit., p. 1252. En cambio, negando que el art 3.1, c ET sea el sustento normativo de la configuración del llamado principio de condición más beneficiosa, ALARCÓN CARACUEL, R., «La aplicación del Derecho del Trabajo», en *REDT*, núm. 100 (2000), pp. 249-250.

²¹⁸ Entre otras muchas, vid. STS 30 junio 1993 (RJ/5965).

²¹⁹ DEL REY GUANTER, S., «Autonomía individual...», cit., p. 438.

²²⁰ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, cit., p. 269.

²²¹ Vid. STS 20 diciembre 1993 (RJ/9974).

²²² RAMOS QUINTANA, M.I., *La garantía...*, cit. p. 276.

²²³ STS 4 abril 2007 (RJ/3172).

tendencias y movimientos de la economía internacional. Con insistencia se habla de la multifuncionalidad como un elemento inexcusable, destacando lo apropiado de optar por una clasificación estructurada en grupos profesionales y de desechar las viejas categorías. Se observa que la polivalencia funcional dentro de los mismos suscita un reconocimiento más flexible de las cualificaciones e incentiva la profesionalización de la mano de obra. Ocurre, además, que desde distintos sectores se ha puesto de manifiesto que la definición funcional que prevé la norma estatutaria no responde ya a los actuales retos y exigencias a los que cotidianamente se enfrenta una organización empresarial. No son exactamente recientes las reivindicaciones que en este ámbito abogan por reducir los límites impuestos a la movilidad funcional exclusivamente a los derivados de la titulación del trabajador. Se proponen cambios normativos que posibiliten una efectiva adaptación de la empresa a las específicas necesidades del mercado contemporáneo. Y ello a raíz de constatar que la interrelación e interdependencia de las funciones a desarrollar por la clase trabajadora va adquiriendo día a día mayor protagonismo como método hábil en la eficaz gestión de la plantilla, mientras que al modelo de organización funcional actual por el que se inclinan la mayor parte de los convenios se le achacan negativas consecuencias para los intereses de ambos contratantes. Precisamente, se estima que las fronteras legales ralentizan y entorpecen el proceso de modernización de la organización empresarial. Y el daño tampoco sería menor del lado asalariado, el cual vería obstruidas las más variadas aspiraciones de dinamismo, progresión formativa y profesional²²⁴.

Al hilo de lo anterior, algún autor ha demandado la integración de la movilidad en el ámbito del contrato y, en definitiva, una normalización de la misma, de modo que no sea vista propiamente «como un atentado a la determinación del objeto del contrato, sino como una circunstancia habitual»²²⁵. En concreto, se propone una reconsideración de los tipos de movilidad, de su fundamento y, sobre todo, de sus límites en aras a entablar nuevos elementos de conexión entre la organización funcional de la empresa y los requerimientos del proceso productivo. El camino para ello pasaría, entre otras posibilidades, por vincular directamente las aptitudes profesionales y los indicios objetivos de éstas (conocimientos, habilidades, experiencia, etc.) al grupo profesional en lugar de al puesto de trabajo y configurar, a su vez, criterios relacionales que permitan enlazar distintas funciones del mismo grupo. Para calibrar el trabajo exigible se

²²⁴ A estas críticas se refiere CRUZ VILLALÓN, J., *Las modificaciones...*, cit., pp. 45-47. Por otro lado, aunque sea el empleador quien desee habitualmente fórmulas flexibles en la ejecución de la prestación de trabajo subordinado, no por ello dejan de aflorar intereses paralelos de los trabajadores, esta vez favorables a la producción de cambios en el trabajo. No solamente los aducidos en relación al contenido de la prestación, sino también aquellos otros relativos al tiempo de trabajo y motivados, por ejemplo, por las responsabilidades familiares del propio trabajador. Sobre estas cuestiones me remito al estudio de dicho autor en «Modificación del tiempo de trabajo», en *RDS*, núm. 38 (2007), pp. 29-35.

²²⁵ GONZÁLEZ ORTEGA, S., «La informática...», cit., p. 29.

conjugarían, entonces, factores atinentes a la persona del trabajador, a sus capacidades y cualificaciones profesionales perfiladas en el contenido general del grupo, sin tener ya que hacerlo depender del puesto que ocupa. Descritas de esta forma las áreas funcionales de la empresa, agrupando determinadas aptitudes en conceptos más amplios, las pasarelas de unión entre las funciones incluidas dentro del mismo grupo harían posible una movilidad más abierta, y ello sin óbice para que se pudieran articular determinadas garantías al trabajador que reconozcan su especial dedicación y esfuerzo (compensaciones económicas, formativas o computables por tiempos de descanso)²²⁶.

Lo descrito comportaría la introducción de cambios en la configuración de la movilidad, alejándola de la clásica contraposición entre alteraciones de naturaleza horizontal y vertical, esto es, de los conceptos tradicionales de movilidad ascendente y descendente que ahora se estiman obsoletos y pertenecientes a una visión jerarquizada de la estructura profesional ya en nada adecuada al marco productivo y organizativo actual (demandante de formas de trabajo en grupo y de angostos lazos de colaboración entre los empleados)²²⁷. Se advierte que la modificación extraordinaria se está ya acercando progresivamente al campo de la modificación sustancial, empleada cada vez con mayor insistencia, y no se soslaya el hecho de que una reestructuración de la organización funcional de la empresa en tales términos corre el riesgo de acercar las posibilidades de modificación extraordinaria al campo ordinario y que se integren, de este modo, en el ámbito del contrato. Sin embargo, dicha incorporación al campo en el que propiamente actúan las prerrogativas de dirección podría verse nivelada con las ya aludidas ventajas para el trabajador en forma de compensación.

Sin duda lo anterior contribuye de manera efectiva a reducir las rigideces imputadas al sistema, a las cuales se atribuye con frecuencia un papel de incitador o inductor del excesivo empleo del instrumento jurídico previsto en el art. 41 ET para ajustarse a las necesidades del mercado. Aun así, no puedo compartir completamente los criterios recientemente apuntados pues, a mi juicio, no vienen sino a incidir de nuevo en la esfera de actuación del empresario, provocando el incremento de los márgenes de maniobra empresarial para unilateralmente efectuar variaciones en el contenido de la prestación de trabajo acordada y, a la par, sujetar con mayor ahínco los

²²⁶ De nuevo, GONZÁLEZ ORTEGA, S., «La informática...», cit., p. 28.

²²⁷ Es importante advertir, no obstante, que la vigente redacción del art. 39.2 ET hace alusión, no únicamente a la asignación de trabajos de superior o inferior categoría, sino también a una movilidad de tipo «lateral» que demanda la atribución de funciones «no correspondientes al grupo profesional o a categorías equivalentes» sin que dichas tareas supongan ascender o descender el nivel profesional de los trabajos hasta ese momento desempeñados. Así en ROMÁN DE LA TORRE, M^a.D., «Clasificación profesional y movilidad funcional», en AA.VV. (Valdés Dal-Ré, F.), *La reforma del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid, 1994, p. 198.

intereses del asalariado a los de la empresa²²⁸. En realidad sería un tanto arriesgado señalar que con tales propuestas se perturba, de forma esencial, el modelo clasificatorio recogido en el cuerpo legal pues éste, como se ha visto, teniendo presente que la organización del trabajo evoluciona hacia fórmulas de polivalencia, propicia, a través de la intervención de la negociación colectiva en este campo, la optimización de la capacidad organizativa. En este escenario, se aduce, las empresas podrán enfrentarse a sus singulares necesidades y optar por romper la desmesurada fragmentación y especialización de tareas que minora las opciones de carrera de los empleados y las posibilidades de obtener mayor autonomía y responsabilidad en su trabajo (favoreciendo, así, la participación de la mano de obra en la resolución de los problemas que afecten a la empresa). Ahora bien, tales propuestas afectan directamente a la delimitación del objeto de la prestación laboral, que no puede quedar determinado por una definición genérica insuficiente ni ser dado a conocer de forma vaga al asalariado, y traen de suyo una modificación en el diseño de la movilidad funcional la cual, a la postre, tratará de ser aprovechada por el poder unilateral patronal en su favor.

No queda tan claro que una reestructuración de tal calibre ponga coto o demore el recurso a la alteración definitiva del objeto contractual a través de las posibilidades de adaptabilidad que ofrecen las previsiones legales en torno a la modificación sustancial. De hecho, en nombre del incremento de la competitividad de la empresa en el mercado, el grado de flexibilidad permitido tiende a no ser nunca suficiente. Y sí, por el contrario, resulta notorio que la reconsideración de los rasgos típicos del modelo clasificatorio y de movilidad actúa proporcionando nuevos resortes al poder de disposición empresarial sobre la fuerza de trabajo para tomar libremente decisiones al respecto. En efecto, una

²²⁸ Las aludidas referencias a la agilidad en la gestión, a la expansión del espectro profesional hacia otros campos más allá de la actividad que ordinariamente realiza en la empresa, ya están a disposición de ambas partes a través del instrumento jurídico previsto en el segundo párrafo del art. 22.5 ET. Este pacto de polivalencia, libre de referencias convencionales, posibilita la elusión de los límites que impone el sistema de clasificación empleado. Obviamente respetando ciertos condicionantes. Y es que –siendo indiscutible que con la articulación de este mecanismo el legislador dio muestra de una especial sensibilidad a las necesidades de la empresa al ser éste consciente de su labor como motor de la economía– el acuerdo no puede convertirse en una excusa para rebasar o desatender el funcionamiento ordinario de composición del objeto del contrato. La atribución de funciones pertenecientes a dos o más categorías, grupos o niveles, libera a la dirección empresarial de las estrictas constricciones que derivan de la descripción de la actividad productiva de acuerdo a cada uno de los niveles en los que se ha llevado a cabo la clasificación profesional. Ahora bien, será ilícito el acuerdo que defina en tan amplios términos el contenido de la prestación que resulte ésta indeterminada, dejando al arbitrio del empresario su concreción en cada momento de la relación. Así lo estima, GONZÁLEZ ORTEGA, S., «Clasificación profesional y movilidad funcional», en AA.VV. (Coord. Escudero Rodríguez, R.), *Reforma de la legislación laboral*, Universidad de Sevilla, 1997, p. 58. ROMÁN DE LA TORRE habla de una licitud más que dudosa «allí donde el pacto intercategorial supone que el trabajador queda obligado a realizar cuantas funciones sean necesarias en cada momento, sea cual fuere la justificación organizativa que se dé», *Poder de dirección...*, cit., pp. 175-176. Estas cuestiones, con mayor detenimiento, en FABREGAT MONFORT, G., *El régimen jurídico de la movilidad funcional: puntos críticos*, CES, Valencia, 2003, pp. 96-106.

concepción de las funciones como compartimentos herméticos e inmóviles coarta las posibilidades del trabajador para orientar y proyectar sus aspiraciones profesionales. Pero hay que tener en cuenta que las intervenciones que en este ámbito dotan, tanto a la empresa, como a los trabajadores, de altas cotas de adaptabilidad, también traen de la mano una expansión del alcance de las facultades patronales de mando en detrimento de los derechos individuales que se verán expuestos con su ejercicio.

Por ello, es sin duda la negociación colectiva la que está llamada a buscar un criterio de racionalidad organizativa que satisfaga los intereses de ambas partes y a guiar los cauces jurídicos por los que habrán de discurrir las decisiones directivas y novatorias. Las variaciones que sobre el sistema de articulación funcional se hagan tendrán su correspondiente reflejo en la determinación del contenido prestacional, pero han de pasar por conservar, en todo momento, puntos de referencia que sirvan a los contratantes para estar al tanto de sus derechos y deberes a lo largo del posterior desarrollo de la relación. Y, por otra parte, conviene no olvidar en la configuración del marco descriptivo funcional que la rotación de tareas o los cambios en las actividades a realizar pueden suponer, a su vez, modificaciones de otras condiciones de trabajo, principalmente del entorno y del horario laboral que, respetando el cuadro legal existente, deberán cumplir los requisitos causales y procedimentales que correspondan. Pues no cabe consentir un retroceso en las garantías y derechos del trabajador que termine por afectar la estructura bilateral del contrato, desnivelando el ya de por sí original desequilibrio contractual.

3.4. Exclusión de la vida privada del ámbito de actuación de las facultades directivas

Es importante reseñar que la propia configuración jurídica del poder de dirección legítima al empleador (o sus colaboradores) a determinar la prestación laboral individual y a coordinarla con el trabajo del conjunto de los miembros de la organización de la empresa de acuerdo a las necesidades, fines e intereses de la misma, pero no habilita para dirigir los actos que el trabajador realice fuera de los propios contornos de la obligación laboral contraída. La llamada conducta extralaboral –todo aquello tocante a la vida familiar, las amistades, el ocio, etc.– ha de quedar libre de las órdenes e instrucciones empresariales²²⁹. No en vano el poder empresarial queda

²²⁹ Repárese en que el fundamento de su obligatoriedad recae en la «propia estructura causal del contrato de trabajo» (en palabras de LUJÁN ALCARAZ, J., «El ámbito subjetivo...», cit., p. 29), mientras que dichas actividades que configuran la vida privada del trabajador exceden de los márgenes configuradores del mismo. Para encontrar un mandato legal expreso en este sentido debemos remontarnos art. 81 LCT de 1931 y al art. 69.2 LCT de 1944 («Las advertencias acerca de la conducta del trabajador fuera del trabajo no tendrán efectividad más que en lo que pueda afectar a éste o al buen orden y

recluido en el interior del centro de trabajo, siendo éste, no sólo el espacio geográfico en el que el trabajador podrá verse sometido al poder de dirección, sino también el lugar físico que acota la ordenación patronal de la actividad desplegada por los empleados. Conjuntamente, la disponibilidad del empresario se circunscribe a la actuación del trabajador en horas de trabajo. No abarca por tanto la facultad para determinar o condicionar el modo de vida ni podrá, en consecuencia, sancionar comportamientos irrelevantes a efectos del desarrollo de la relación de trabajo o del cumplimiento de la prestación laboral.

Estas clásicas afirmaciones, aceptadas pacíficamente, se topan con la realidad más pragmática. En primer lugar, habrá que apuntar que el carácter personalísimo de la relación de trabajo denota ya la concurrencia de posibles dificultades para establecer una contundente separación entre la persona del trabajador y el estricto desempeño de la prestación productiva²³⁰. Y a lo señalado puede añadirse la usual propensión a exigir de los empleados que hagan suyos los fines e intereses de la empresa, requiriéndoles además una mayor disponibilidad más allá de la jornada de trabajo. Basta una simple mirada a la definición de metas y objetivos que en los últimos años constituyen la estrategia empresarial más extendida para darnos cuenta de la habitual confusión que atenaza los diferentes aspectos de la actuación del trabajador, la profesional y la personal²³¹. Los planes para la consecución de mayores dosis de eficacia en la gestión y el funcionamiento de las compañías pasa, a menudo, por la implicación de la fuerza de trabajo en los objetivos y marcha de la empresa. Obsérvese que no se trata en este caso de fortalecer la participación de los trabajadores a través de sus órganos de representación en el lugar de trabajo y en la adopción de las decisiones gerenciales. En realidad, y como se desprende de las directrices de política empresarial reiteradas en gran parte de los códigos de conducta corporativos aprobados en los últimos años, se pretende una mayor integración de los empleados en la organización, exhortándoles a consolidar su compromiso con el desarrollo y la buena marcha de la organización²³².

moralidad de la casa del empresario, si el obrero habitara en ella»). Actualmente, tal prohibición vendrá amparada por el reconocimiento del derecho al respeto de la dignidad y el espacio reservado a la privacidad del trabajador en el art. 4.2, e ET.

²³⁰ Sobre esto mismo, MERCADER UGUINA, J., *Derecho del trabajo...*, cit., p. 95.

²³¹ DE VICENTE PACHÉS, F., «Las facultades empresariales...», cit., p. 20.

²³² Es ya clásica la presentación de la empresa como una «gran familia» donde se cohesionan distintas dimensiones de la vida del trabajador y donde, inevitablemente, tienen cabida las relaciones personales y sociales. Las crecientes cifras de los conflictos presentados ante la jurisdicción social, principalmente encaminados a solicitar protección para ciertas parcelas de la privacidad del trabajador que se ven invadidas por decisiones empresariales, perfilan el paulatino desvanecimiento de los clásicos compartimentos estancos conformados por la vida personal y laboral. Precisamente, llaman especialmente la atención algunas de las normas que recogen ciertos códigos de conducta donde señalan determinadas conductas privadas como reprobables y efectúan un obstinado control sobre las mismas. Da cuenta de ello, por ejemplo, lo expresado en el Código de Conducta de Coca-Cola Company cuando indica que «sus actividades personales y relaciones no deben estar en conflicto (o parecer estar en conflicto) con los intereses de la empresa».

Asimismo, no son adecuadas aseveraciones tan rotundas en este ámbito puesto que no toda actividad extralaboral le es ajena a la potestad de mando patronal. Los hábitos y comportamientos de la vida personal, ajenos a su condición de empleado, pueden también ser centro de atención por parte de la dirección gerencial cuando están estrechamente vinculados al correcto desarrollo de la prestación debida. Es criterio comúnmente aceptado que permanecen dentro del ámbito de actuación de las facultades directivas las órdenes relativas a la vida no laboral cuando ésta afecte negativamente al trabajo o provoque secuelas indeseadas en el óptimo cumplimiento de la prestación laboral, poniéndose como ejemplos habituales la embriaguez o toxicomanía del empleado²³³. Igualmente, puede resultar una obviedad que determinadas actuaciones llevadas a cabo por el trabajador fuera de su lugar y horario de trabajo sean relevantes en atención a la imagen que la empresa proyecta socialmente o al adecuado desarrollo de la prestación debida²³⁴. Especialmente respecto de aquellos trabajadores a quienes se les exija mayores márgenes de confianza o fidelidad en función de las características de la prestación que desarrollan. En fin, teniendo presente la particular naturaleza de la actividad productiva comprometida o la estrecha vinculación entre su conducta en el ámbito privado con la imagen y prestigio empresarial, la dirección puede pretender condicionar en cierta medida la vida personal de su plantilla.

A modo de síntesis, y por lo que respecta a la emisión por parte de la dirección de instrucciones sobre cómo ha de comportarse el trabajador en su vida íntima cotidiana, se debe partir de la siguiente premisa: las directrices patronales que afectan a la conducta extralaboral son expresión del ejercicio ilegítimo del poder directivo. Con todo, no cabe vedar la intrusión empresarial en las actividades no profesionales y ajenas al trabajo debido en términos absolutos. Se entienden ilícitas las instrucciones u órdenes

²³³ Entre la doctrina, SANTORO PASSARELLI había retenido que el comportamiento externo del asalariado únicamente es relevante cuando éste llega a repercutir sobre su actividad y posición en la organización empresarial aunque, según este autor, al trabajador se le exige una conducta honorable y decorosa fuera de la empresa [*Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1959, p.164]. En resumen, la posibilidad de que las actuaciones que se ubican en la esfera de la vida privada o personal del trabajador generen en éste cualquier tipo de impedimento que le imposibilite para desarrollar su actividad laboral, permite explicar la creciente intencionalidad de la clase empresarial por incidir sobre dicho espacio reservado a la propia personalidad del empleado. Piénsese, por ejemplo, en trabajos en los que por la propia especialidad del objeto de la relación se requiere una apropiada forma física cuya consecución y mantenimiento está estrechamente relacionada con la conducta y estilo de vida del trabajador fuera de las horas de trabajo (un piloto, deportista profesional, etc). Estos trabajadores están en la obligación de conservar en todo momento unas óptimas condiciones a fin de que su rendimiento laboral no se vea afectado. Sin embargo, la singular intensidad de la dependencia a la que se ven sometidos respecto a la dirección de la empresa no puede llegar a extremos tales que haga que dichos profesionales vean invadida su vida privada en términos absolutos, de manera que deban demostrar en todo momento un comportamiento irreprochable en el desarrollo ordinario de su vida íntima. *Vid.*, sobre el código de conducta de la Unión Ciclista Internacional en materia de antidopaje, la SAN 4 octubre 2007 (AS/2975).

²³⁴ *Vid.* al respecto las reflexiones de LOY, G., «El dominio...», pp. 76-77.

que irrumpen en el ámbito privado de actuación, ahora que, en función de las exigencias provenientes de la singular naturaleza de la relación de trabajo afectada y bajo el imperativo de evitar repercusiones negativas sobre la relación laboral, podrían quedar amparadas por un ejercicio regular del poder directivo determinadas injerencias patronales en la vida personal de la plantilla. Pero ello atendiendo a las siguientes consideraciones: la actuación del trabajador, circunscrita en abstracto al ámbito de su privacidad y aun así sujeta a la ordenación patronal, ha de ser susceptible de provocar un cumplimiento claramente defectuoso de la prestación acordada en el contrato.

No se trata de generar cualquier afectación negativa en los intereses empresariales, sino de graves quebrantos o, en términos más diáfanos, notables perjuicios en el ámbito en el que se desenvuelve el contrato de trabajo²³⁵. Por lo demás, será la parte empresarial a quien le corresponda probar en qué términos se encuentran entrelazadas las dos facetas de la vida del trabajador, laboral y personal²³⁶. Teniendo presente, además, que la ordenación empresarial está sujeta a limitaciones también referidas a la intensidad de dicha incursión de los intereses patronales en la vida íntima del asalariado puesto que su ejercicio no puede llegar al extremo de condicionar taxativamente el comportamiento e impedir el libre desarrollo de su personalidad²³⁷. Más allá de lo aquí expuesto, la dirección de la empresa únicamente tiene vía libre para dar indicaciones genéricas sobre cuál es la conducta que se espera del empleado fuera de su lugar de trabajo. Pero obsérvese que tal posibilidad se ciñe exclusivamente a meras disposiciones o recomendaciones cuyo incumplimiento en ningún caso puede dar lugar a la adopción de medidas disciplinarias por una violación del deber de obediencia²³⁸.

Para finalizar, y al hilo de esta última idea, cabe subrayar que los trabajadores que realizan tareas ideológicas en el seno de empresas de tendencia son merecedores, de manera generalizada, de distinta consideración cuando la actitud y comportamiento en su vida privada o las opiniones vertidas públicamente son contrarios a las líneas o el ideario de la empresa²³⁹. En línea con una extendida jurisprudencia, viene siendo

²³⁵ Escribe MONTOYA MELGAR, A., *El poder...*, cit., p. 194, que «sólo muy excepcional y cautamente podrá autorizarse tales invasiones del círculo de vida íntima del trabajador».

²³⁶ GARCÍA NINET, J.I., «El deber de obediencia...», cit., p. 899.

²³⁷ Me permito remitir en este punto a las reflexiones que, en relación al alcance de la facultad fiscalizadora del empresario, realiza GOÑI SEIN, J.L., *El respeto...*, cit., pp. 112-113.

²³⁸ Vid. MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del trabajo*, 28ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, p. 327. En realidad, remitiéndome a las palabras de RIVERO LAMAS, «lo que pesa sobre las órdenes empresariales que afectan a la conducta privada del trabajador es una presunción de que no son legítimas» (*Limitación...*, cit., p. 100).

²³⁹ Observaba CALVO GALLEGGO como «por el contenido de la prestación y por la actividad de la entidad, este contenido obligacional engloba ciertos comportamientos extralaborales que, normalmente

admitido como causa de despido disciplinario la exteriorización de actos o actividades que pongan de manifiesto la disconformidad del empleado con las creencias y líneas ideológicas de la empresa. No obstante, hay que señalar que para evitar ciertos abusos de poder, se requiere, no una simple desavenencia con el ideario de la sociedad empresarial, sino una actividad «hostil y contraria» al mismo (STC 47/1985, de 27 de marzo, Fj. 3º y 4º). Ahora que este criterio jurisprudencial no es, a mi parecer, del todo satisfactorio pues en el común de las ocasiones se termina por conferir carta blanca al centro para controlar el pensamiento y la conducta de sus empleados. Sólo cabe una interpretación extraordinariamente restrictiva de la capacidad de disposición empresarial y la articulación de sanciones para supuestos de especial gravedad, causantes de una ostensible perturbación en la actividad de la empresa, a fin de que dicho criterio no imponga injustos y excesivos sacrificios a los derechos fundamentales del trabajador como el derecho a la intimidad o libertad de expresión. Desde esta perspectiva, es conveniente señalar que todo recorte a la privacidad del trabajador ha de inscribirse en la línea de lo que sea estrictamente necesario y venga justificado en términos de razonabilidad para mantener incólume el contenido ideológico del ente o su sistema de valores. Criterio que, por otra parte, quiebra cuando la actuación del empleado cause un menoscabo de notoria entidad a la credibilidad del mensaje que la institución pretende transmitir²⁴⁰.

Otro aspecto que ha de merecer sin duda nuestra atención lo compone la prestación de servicios de los profesores de religión en los centros públicos de enseñanza, relación laboral regulada a través del RD 696/2007, de 1 de junio. Es éste un supuesto singular puesto que la jurisprudencia ha señalado que no se está ante una prestación a cargo de empresas ideológicas o de tendencia²⁴¹ sino, propiamente, ante «ante la máxima expresión de una ideología o religión, que es el servicio a una Iglesia en su vertiente espiritual, esfera en la que tiene trascendencia no solo la fidelidad doctrinal sino su adecuación a ella»²⁴². De modo que las pautas marcadas por el TC a la hora de determinar la eficacia de los derechos inespecíficos en los centros docentes con ideario propio y más concretamente, aquellas que tienen que ver con el deber de uniformar la vida privada con la tendencia del ente empresarial, no son del todo aplicables en este ámbito pues, como se ha indicado, siendo la difusión de un credo concreto la actividad para la que es contratado, no rige «exclusivamente la buena fe sino *un deber genérico de lealtad*, de ahí que sea una relación de *especial confianza*, que se

irrelevantes, pasan a ser ahora el núcleo de los deberes impuestos por la buena fe», *Contrato de trabajo...*, cit., p. 218.

²⁴⁰ Así también FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mª F., «Libertad ideológica y prestación de servicios», en *RL*, vol. II (1985), p. 440 y ROJAS RIVERO, G., *La libertad de expresión del trabajador*, Trotta, Madrid, 1991, p. 217.

²⁴¹ STC 38/2007 de 15 febrero, Fj. 10º

²⁴² Fj. 10º de la STSJ Murcia, 26 febrero 2001 (AS/302).

enmarca en un área singularísima, en el que el deber de discreción, de consideración y reserva *se extiende también al acatamiento*²⁴³. Al ser necesario que el profesor haga creíbles sus explicaciones, su propia vida privada, su situación familiar y manifestaciones públicas se convierten en elementos relevantes si se muestran contrarios a la ortodoxia de la confesión de que se trate. Consecuentemente, el problema de la relevancia extralaboral del trabajador se replantea cuando no sólo se toma en consideración para reputar la idoneidad del profesor su aptitud académica, sino también la *fidelidad* de la persona que ocupa el puesto²⁴⁴.

Centrándonos en lo que aquí interesa, al margen del marco apriorístico general de la relación laboral, señala claramente la STC 38/2007 que la situación de conflicto entre los derechos fundamentales del profesor de religión y el derecho de la confesión correspondiente a divulgar su credo religioso se resolverá de acuerdo a las circunstancias específicas de cada supuesto. Al respecto, resulta instructivo observar como la postura del TC en los casos en los que ha tenido ocasión de pronunciarse se inscribe en la órbita de la necesaria restricción de los derechos fundamentales del asalariado privilegiando, de este modo, a la organización sobre el individuo²⁴⁵. La condición de fiel de estos trabajadores opera así de forma discriminatoria. Abriendo fisuras a la que ha venido siendo la doctrina general del Alto Tribunal en relación a este

²⁴³ BRIONES MARTÍNEZ, I.M^a., «Profesores de religión católica según el Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales: el derecho a la intimidad y a la autonomía de las confesiones, dos derechos en conflicto», en *AS*, vol. V (2004), p. 769.

²⁴⁴ Muy sucintamente, hay que hacer hincapié en que los profesores de religión que no pertenezcan a los cuerpos de funcionarios docentes necesitarán, como requisito previo, estar en disposición de la «declaración de idoneidad o certificación equivalente de la confesión religiosa objeto de la materia educativa». Además, exceptuando los casos de interinidad por sustitución, el contrato de trabajo será por tiempo indefinido y, entre otras razones, está prevista la extinción del mismo «por revocación ajustada a derecho de la acreditación o de la idoneidad para impartir clases de religión por parte de la Confesión religiosa que la otorgó» (art. 7, *b* RD 696/2007). Sobre estas cuestiones ha tenido ocasión de pronunciarse el TC en sentencia 38/2007 al hilo de la cuestión de inconstitucionalidad, promovida por la Sección Primera de la Sala de lo Social del TSJ de Canarias (seguida por las posteriores SSTC 80/2007, 81/2007, 82/2007, 83/2007, 84/2007, 85/2007, 86/2007, 87/2007, 88/2007, 89/2007, 90/2007, todas de 19 de abril y STC 128/2007, 4 de junio), sentando una doctrina que ha despertado intensas críticas procedentes de diversos sectores. El Tribunal admite como válida la exigencia de la *venia docendi* como requisito de capacidad ineludible para el acceso a los puestos de trabajo de profesor de religión en dichos centros mientras que, simultáneamente, se exige que la concesión de la misma y su revocación sean respetuosas con los derechos fundamentales del trabajador implicado.

²⁴⁵ Concretamente, al hilo de la no propuesta por parte del Obispado de un profesor de religión en razón a la publicación en un medio de comunicación de su pertenencia a un movimiento contrario a la ortodoxia católica y a su condición familiar (casado con hijos), el Alto Tribunal ha manifestado que «la modulación producida en los derechos del demandante a la libertad religiosa, en su dimensión individual, y a la libertad ideológica (art. 16.1 CE), en conexión con la libertad de expresión [art. 20.1.a) CE] (...), no resultan desproporcionadas ni inconstitucionalmente proscritas, en la medida en que encuentran su justificación en el respeto al lícito ejercicio del derecho fundamental de la Iglesia Católica a la libertad religiosa, en su dimensión colectiva o comunitaria (art. 16.1 CE), en relación con el derecho de los padres a la educación religiosa de sus hijos (art. 27.3 CE)» (Fj. 11º de la STC 128/2007, 4 de junio). Con todo, sumamente interesantes resultan las SSTSJ, Canarias, 14, 19 y 28 diciembre 2007 (JUR 2008/101343, 101228, 100433) y 31 enero 2008 (AS/958), donde se perfilan los límites a la facultad discrecional para otorgar la declaración eclesiástica de idoneidad.

tipo de conflictos, se termina por introducir sustanciales modificaciones en torno a las reglas que habitualmente delimitan el adecuado cumplimiento contractual y por relajar la tradicional conexión entre el cumplimiento de la prestación laboral pactada y la conducta privada del profesor. Lo que se acaba por promover no es una vía de compatibilización de los intereses afectados, sino una notable rebaja de los derechos y libertades fundamentales del trabajador. Se otorga, en definitiva, un poder ciertamente exorbitado al centro que tiene la posibilidad de reclamar una mayor adhesión personal al proyecto o ideario de la confesión religiosa agudizando el sometimiento del empleado, el cual, con independencia de su condición de creyente, sigue siendo un trabajador más por cuenta ajena²⁴⁶.

V. LÍMITES INTERNOS AL EJERCICIO DEL PODER DIRECTIVO

Mientras que la existencia de controles o contrapesos externos al ejercicio del poder directivo no ha sido objeto de discusión, la sujeción de dicho poder y, consecuentemente, la extensión de la obediencia debida por el trabajador a criterios que tienen que ver con la correspondencia entre el poder y la función o finalidad que éste pretende, ha dado lugar a una intensa polémica doctrinal. Tradicionalmente la atribución de límites internos al ejercicio del poder directivo venía siendo ligada a las teorías asociativas e institucionalistas de la empresa. Se defendía la presencia de límites de carácter interno en tanto en cuanto existía un interés común a las partes contratantes de la relación laboral. Desde esta óptica, estos límites se vienen a identificar con las restricciones intrínsecas a la finalidad propia del poder de dirección. Es decir, de acuerdo con la teoría de la funcionalización de los poderes empresariales a un interés supraindividual, cada acto de ejercicio de la facultad empresarial ha de ser coincidente o armonizable con la función para la cual el poder le viene conferido al acreedor de la prestación. No es necesario recalcar de nuevo que esta doctrina ha sido completamente superada, sobre todo a raíz del apoyo institucional de la CE a la contraposición de intereses entre las partes como uno de los pilares básicos que sostienen el modelo laboral vigente. Sin lugar a dudas hoy se recuerda que el ejercicio del elenco de facultades patronales tiene como propósito fundamental la satisfacción de los objetivos productivos al servicio de los cuales se pone a disposición una concreta política organizativa y de dirección.

Sin embargo ya se puede avanzar que, en mi opinión, la ausencia de este interés supremo y el rechazo mayoritario a la intervención de un criterio funcional de tal calibre

²⁴⁶ Nuevamente, BRIONES MARTÍNEZ, I.M^a, «Profesores de religión...», cit., p. 787.

en el enjuiciamiento de la actuación directiva empresarial²⁴⁷, no impide reconocer la virtualidad en el campo de las relaciones laborales de límites internos al ejercicio de los poderes empresariales y, en lo que respecta al tema objeto de este estudio, del poder de mando patronal. Si bien está ampliamente admitido que la modalización interna de la prestación que lleva a cabo el empleador a través del ejercicio de sus facultades de dirección está presidida por la discrecionalidad de quien ordena la actividad empresarial²⁴⁸, dicha libertad para concretar el contenido de la deuda laboral dista mucho de ser ilimitada y tal y como se ha apuntado con anterioridad, no puede entenderse como arbitrariedad²⁴⁹. En otras palabras, de lo que se trata en este momento es de determinar si junto a los frenos constitucionales, legales, negociales y contractuales señalados, cabe también apelar a las institucionales civiles de la buena fe, abuso del derecho o fraude de ley, así como a los criterios de razonabilidad y arbitrariedad, no ya como un atentado rechazable a la autonomía negocial, sino como elementos condicionales aplicables a la actuación de cualquier derecho subjetivo y, en este caso, al desempeño del poder de dirección.

1. Cuestiones generales: diferenciación conceptual entre límites externos e internos

Con objeto de no extenderme demasiado en una distinción que es de sobra conocida²⁵⁰, puede sintetizarse que la diferencia nuclear entre ambos tipos de restricciones al poder empresarial se centra en la apreciación de los mismos. Esto es, mientras que en presencia de un límite externo la labor del juez se reduce a certificar si el ejercicio de dicha facultad ha sobrepasado objetivamente los frenos que normativa o contractualmente se han impuesto, causando así una lesión a los bienes que se han pretendido tutelar, en el caso de los límites internos el hecho que hay que verificar es si las decisiones patronales tomadas son razonables o están justificadas. Es oportuno advertir que un cierto grado de inseguridad jurídica en este último caso es insoslayable puesto que, como se ha observado, la estimación que se haga de la conducta empresarial

²⁴⁷ Vid. ROMÁN DE LA TORRE, M^a D., *Poder de dirección...*, cit., pp. 41-42.

²⁴⁸ Tal y como afirma LUQUE PARRA, la discrecionalidad constituye un elemento configurador de la propia existencia del poder empresarial, es decir, es una nota caracterizadora «*ad intra*» de un poder jurídico. Así en *Los límites...*, cit., pp. 17 y 93.

²⁴⁹ Sobre la operatividad en la esfera laboral de la interdicción de la arbitrariedad contemplada en la CE como pauta rectora de las relaciones jurídicas se pronuncia MOLINA NAVARRETE, C., «La ilegitimidad constitucional como plus de antijuricidad de los "despidos fraudulentos"», en *RL*, vol. I (1995), p. 540, quien concibe dicho principio como «un efectivo límite a los poderes del empresario». A su vez, como se infiere de algunos pronunciamientos judiciales, el empresario ha de obrar de acuerdo con «un poder de dirección bien entendido, racionalmente ejercido y suficientemente explicado ante circunstancias especiales que le priven de cualquier atisbo de connotación de arbitrariedad que pudiera suponer la obstaculización al trabajador del ejercicio de sus derechos laborales» (STSJ Castilla y León, 24 mayo 1995, AS/2029)

²⁵⁰ Tal diferenciación ya es clásica entre la doctrina. Entre las primeras formulaciones destáquese el estudio de SUPPIEJ, G., *La struttura del rapporto di lavoro*, vol. II, Cedam, Padova, 1963, pp. 74-85.

(si es valorada por el trabajador que duda de la legitimidad de las órdenes impartidas) o de la reacción del trabajador (que resulta enjuiciada judicialmente cuando ha sido objeto de sanción disciplinaria al no haber obedecido las indicaciones de su superior), dependerá de un evidente subjetivismo en torno a la concepción personal de la libertad de dirección del empresario en contra de la previsibilidad y claridad que ha de presidir el ordenamiento²⁵¹.

En definitiva, frente a los condicionantes del poder de dirección que se mueven en la esfera interna del ejercicio de tal poder lo que se espera del trabajador destinatario de la concreta disposición patronal, o del juez en última instancia, no es un juicio *técnico* que verse sobre la observancia por parte del empleador de las restricciones que intervienen en la determinación de su capacidad de actuación directiva. Se trata, por contra, de un examen que se ejerce en torno a elementos tales como la coherencia, suficiencia, idoneidad, oportunidad y razonabilidad de las medidas adoptadas por los mandos jerárquicos. El control sobre el poder de dirección también alcanzaría, por tanto, a la finalidad a la que responde su reconocimiento. En suma, el interrogante se dirige ahora a la posible admisibilidad de determinados límites funcionales que concedan al juez un papel que hasta ahora le había sido siempre negado: la emisión de juicios de valor que entren a valorar si los medios directivos puestos en práctica por el empleador son los más adecuados para satisfacer los fines que se ha propuesto la organización empresarial, circunstancia que en definitiva, podría proporcionar una mayor protección al trabajador frente a las directrices de mando arbitrarias e imprudentes desde el punto de vista económico o estratégico.

2. Teorías relativas a la funcionalización del poder directivo y su incidencia sobre la obediencia debida

Hechas las anteriores observaciones, caben perfectamente distintas opciones interpretativas en el entramado de las escuetas cláusulas legales, máxime cuando de ningún otro pasaje estatutario pueden extraerse pistas claras o determinantes para perfilar el alcance de la obediencia debida por el deudor contractual. Por lo pronto, los términos de la discusión podrían ser reducidos a dos posiciones irreconciliables, la primera de ellas niega que límites internos sujeten el ejercicio del poder unilateral de dirección. La tesis se enmarca en una amplia perspectiva que toma en consideración las restricciones que el propio ordenamiento laboral ha impuesto a la capacidad de mando, obligándola a que su desarrollo discurra a través de los cánones y constricciones que en

²⁵¹ CESTER, C., y MATTAROLO, M.G., *Diligenza e obbedienza...*, cit., p. 441 y VALLEBONA A., *Istituzioni...*, cit., p. 115.

su caso se deriven del contrato celebrado, el convenio aplicable y las normas legales, todo ello presidido por el sistema de derechos de origen constitucional que modalizará las manifestaciones del poder directivo para que pueda ser posible su disfrute en la relación obligatoria laboral. Así las cosas, la validez del acto empresarial dependerá de que sea ajustado con arreglo al esquema normativo preestablecido y a las obligaciones inherentes a los firmantes del acuerdo negocial como es, entre otras, la de operar en el tráfico jurídico de acuerdo a las reglas de la buena fe (aunque sin perjuicio de ulteriores especificaciones se deba precisar que tampoco existe acuerdo sobre el papel que asume dicho principio general en el ámbito de la relación laboral). No caben por tanto otros límites a la autonomía directiva que no vengan amparados por la propia estructura bilateral del contrato de trabajo, sin que dicha facultad que es de por sí discrecional, pueda verse condicionada por la lógica de la relación entre los medios y los fines dispuestos al efecto. En conclusión, gran parte de la doctrina estima que el empleador goza de libertad para decidir cuáles son los instrumentos que va a emplear para satisfacer los intereses de la empresa y qué criterios van a ordenar la disposición de tales mecanismos o estrategias de modalización de la actividad de producción y las prestaciones de trabajo subordinado. Se recuerda en este sentido que la intención del legislador ha sido la de prever un juicio de razonabilidad o de adecuación como criterio de enjuiciamiento de la existencia de las causas que habilitan determinadas manifestaciones del ejercicio del poder patronal de carácter organizativo (arts. 40, 42, 51 y 52, *c* ET), mientras que ha guardado silencio en cuanto al desarrollo de las facultades de mando se refiere.

Desde otras posiciones, empero, se defiende que la legitimidad del ejercicio del poder directivo exige también un control interno que tomará en consideración la funcionalización del poder a los intereses perseguidos por la sociedad empresarial (los cuales necesariamente habrán de concebirse de manera abstracta o general), ligándola con la productividad y el beneficio económico. Tal verificación sólo será posible, como es de suponer, caso por caso. En efecto, una vez acreditado el cumplimiento de los criterios normativos y contractuales que limitan las manifestaciones discrecionales del poder de dirección, habrá de ser el trabajador quién pruebe la falta de correspondencia entre la orden o instrucción empresarial y la finalidad que se trata de satisfacer a través de la opción por tal medida. Lo cual implicaría un desequilibrio entre tres factores que deben permanecer necesariamente conciliados: el mandato patronal, la necesidad empresarial a la que responde y el coste irrogado al trabajador o trabajadores destinatarios del mismo. Si bien esta teoría no ha tenido muchos adeptos en la doctrina española, no es tan minoritaria en otros países vecinos como en Francia o Italia.

Particularmente hay que tratar el caso italiano ya que parte de su doctrina civilista ha entendido que esta regla, pese a no encontrarse reflejada de forma expresa, puede entenderse incluida en el llamado principio de la buena fe *in executivis*. En esta línea se estima que los contratantes se encuentran obligados a obrar en el desarrollo de su cometido salvaguardando los intereses de la contraparte. El límite a esta especie de solidaridad contractual se situaría, sin embargo, en aquello que pudiera comportar un sacrificio considerable a los propios intereses legítimos y que podrá eximir al empresario de tal comportamiento deferente hacia el interés del trabajador²⁵². Dicho de otro modo, dada la ausencia de una norma explícita, en el ordenamiento jurídico italiano se disponen ciertos instrumentos que actúan como límite a las prerrogativas de dirección, entre los que la cláusula general de la buena fe (ligada íntimamente a la cláusula de razonabilidad) asume un papel esencial. Representantes autorizados de la doctrina han defendido la intervención de la llamada *buona fede e correttezza ex arts. 1175 y 1375 Codice civile (c.c.)*²⁵³ a modo de contrapeso que permite ejercer un control sobre el ejercicio de las prerrogativas patronales a través de la finalidad misma de la elección tomada por la dirección empresarial y la modalidad en la que se ha sustanciado su actuación²⁵⁴. A su vez, otro sector igualmente representativo ha sostenido la existencia de limitaciones funcionales, si bien reconducibles a las obligaciones contractualmente asumidas por las partes, empleando a tal efecto las categorías de abuso del derecho y exceso de poder²⁵⁵. Finalmente, desde otro enfoque se ha negado la operatividad de estos límites en la relación laboral poniendo, en su lugar, el acento en los límites externos²⁵⁶. Siempre que estos últimos sean debidamente tenidos en cuenta por el empleador, su capacidad de elección y decisión se dirige a satisfacer su propio

²⁵² *Vid.*, al respecto, BIANCA, M., «La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale», en *Riv. Crit. Dir. Priv.*, núm. 1 (1983), p. 209.

²⁵³ De forma mayoritaria la doctrina italiana ha entendido que ambas expresiones hacen referencia de forma retórica a un mismo concepto jurídico. Así lo señala FERRANTE, V., *Potere e autotutela...*, cit., p. 35, nota 102. Para ser más precisos, hay que señalar que aun pertenecientes a la misma figura jurídica, habitualmente el criterio de la «correttezza» se liga a la buena fe objetiva. En la distinción pacíficamente aceptada en la dogmática italiana entre buena fe objetiva y subjetiva, la primera hace referencia a la corrección como regla de comportamiento a la cual deben atenerse las partes del contrato (art. 1175 c.c.) mientras que la subjetiva alude a la convicción de la bondad de la propia conducta. Esto es, la buena fe subjetiva tiene una naturaleza descriptiva al hacer referencia a una situación intelectual de creencia o ignorancia del sujeto y, por el contrario, la objetiva presenta una naturaleza preceptiva puesto que viene a representar la obligación de comportarse conforme a modelos socialmente aceptables.

²⁵⁴ En esta posición son especialmente destacadas las observaciones de PERULLI, en «Il potere direttivo...», cit., pp. 397-413. A su vez, consúltese también, DI MAJO, A., «Limiti ai poteri privati nell'esercizio dell'impresa», en *Riv. Giur. Lav.*, vol. I (1983), pp. 346-350; FERGOLA, P., «I poteri del datore di lavoro nell'amministrazione del rapporto», en *Lav. Dir.*, núm. 3 (1990), pp. 475-476 y MAZZOTTA, O., «Variazioni su poteri privati, clausole generali e parità di trattamento», en *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, núm. 4 (1989), p. 593.

²⁵⁵ Por todos, SUPPIEJ, G., *La struttura...*, cit., pp. 138-139.

²⁵⁶ PERSIANI reitera en «Diritto del lavoro e razionalità», cit., p. 32, que únicamente existen restricciones externas al poder empresarial cuyo respeto condiciona la validez de su ejercicio así como su propia existencia.

interés al margen de las exigencias o preferencias del personal a su servicio, siendo por tanto irrelevante el grado de arbitrariedad e imparcialidad que se perciba en cada una de sus decisiones²⁵⁷. Tal construcción técnica no es ajena a la obligación de actuar conforme a la buena fe que afecta también al empresario durante toda la vigencia del contrato, sin embargo, se considera que ésta no aporta derechos y deberes distintos de aquellos que han sido previstos normativa y contractualmente para la relación de trabajo subordinado.

De manera sucinta, pues sobre esto me detendré con mayor cuidado en las siguientes páginas, en el ordenamiento español el legislador no sólo se ha ocupado de sustraer facultades a la capacidad directiva del empleador a través de la previsión normativa del régimen jurídico que afecta a ciertas condiciones en las que se desenvuelve la prestación de servicios contratada. Junto a estos límites externos, ha positivizado una limitación interna al poder de dirección puesto que ha exigido, si bien empleado un término más bien abstracto cuyo significado necesariamente habrá de ser objeto de delimitación jurídica, que el contenido de las órdenes empresariales deba responder a un ejercicio *regular* del poder de dirección²⁵⁸. A grandes rasgos, tal formulación ya nos permite avanzar que la obediencia a las órdenes e instrucciones impartidas está supeditada a una consideración principal: éstas han de ser el resultado, no de la mera voluntad empresarial, sino de una intencionalidad que debe responder a los criterios de legitimidad establecidos. Así pues, los límites internos –llamados a proporcionar un plus de protección de la posición jurídica del trabajador al intensificar el control judicial sobre el ejercicio del poder– vienen ya predispuestos por la propia estructura contractual aunque para su consolidación y refuerzo vaya a jugar un importante papel la mencionada dicción legal.

3. Juicio de razonabilidad: ¿exigencia derivada de la interdicción de arbitrariedad?

Antes de entrar a enjuiciar el cometido de la buena fe en el campo de la obediencia exigible, estimo preciso abordar otro tema estrechamente ligado al estudio del tema que en este apartado se acomete y que tiene que ver con la polémica sobre la posible sujeción del ejercicio legítimo del poder directivo al alcance de los fines que se

²⁵⁷ En este sentido pueden consultarse los pronunciamientos de la *Corte di Cassazione* 26 enero 1995, núm. 909, con nota de NANNIPIERI L., «Trasferimento del lavoratore e obbligo di valutare le condizioni personali e familiari del lavoratore», en *Riv.It.Dir.Lav.*, vol. II (1995), p. 833; 23 febrero 1998, núm. 1912, con nota de TULLINI P., «Motivazione e controllo giudiziale del trasferimento del lavoratore», en *Riv.It.Dir.Lav.*, vol. II (1999), pp. 55-60 y 11 febrero 2000, núm. 1557, con nota de STANCHI, A., «Sulla determinazione del periodo relativo alle ferie», en *Mass.Giur.Lav.*, vol. VI (2000), pp. 637-642.

²⁵⁸ GOÑI SEIN, J.L., *El respeto...*, cit., p. 113.

le atribuyen. Baste en este momento recordar que está ampliamente admitido que la actuación empresarial relativa a la ordenación y dirección del trabajo convenido no puede responder a un ejercicio veleidoso o arbitrario, por tanto, constituye éste un límite jurídico general al desempeño de las atribuciones directivas que le corresponden al empresario en cuanto acreedor de la prestación contratada. El abandono consensuado de la visión comunitaria de la empresa y de las tesis de fuerte conexión con la filosofía de corte totalitaria, trajo consigo el rechazo a todo postulado que atribuyera al poder patronal una significación autoritaria de carácter omnímodo, de modo que no tiene ya cabida la supervivencia de decisiones patronales arbitrarias en el panorama jurídico actual puesto que han perdido el apoyo ideológico que sostenía tal posibilidad. El problema principal, sin embargo, es que no queda tan claro qué se entiende por una manifestación caprichosa del poder directivo, quedando en no pocos casos la definición de la misma y la delimitación de sus contornos sujeta a la interpretación con la que en su caso pueda concluir la labor del juez competente.

Acudiendo a la jurisprudencia se pueden observar diversas variantes sobre la acepción de la arbitrariedad, entendida algunas veces como infracción de los mandatos legales a los que están sujetas las prerrogativas del acreedor de la prestación²⁵⁹; identificada en otras ocasiones con la transgresión de la buena fe²⁶⁰ y el abuso del derecho; o bien concebida como búsqueda, por medios inadecuados, de la satisfacción del interés del empresario, imponiendo condiciones de trabajo favorables a su provecho económico en detrimento de las reales necesidades de la empresa y del interés de los trabajadores²⁶¹. Pero en este momento interesa ocuparse del paralelismo que varios autores han encontrado entre la prohibición de todo atisbo de arbitrariedad en las directrices empresariales y la exigencia de una actuación *razonable* del poder de dirección. Y, en un plano de mayor abstracción, la estrecha imbricación que se traba, tradicionalmente así se ha defendido, entre el desempeño «racional» y no arbitrario de las prerrogativas empresariales y a la idea de la «justicia» consagrada en el art. 1.1 CE como valor superior del ordenamiento jurídico²⁶². Constituye, se entendiente, la arbitrariedad empresarial una actuación contraria a la justicia y, consecuentemente, se

²⁵⁹ Entre otros ejemplos, STSJ Asturias, 19 mayo 2006 (AS/3559).

²⁶⁰ En la STSJ Cataluña, 18 enero 1993 (AS/409) se advierte que las decisiones empresariales arbitrarias y, por tanto, basadas en un interés «subjetivo» y «espurio», son contrarias a la buena fe contractual. Reiterado en STSJ Extremadura, 10 diciembre 2004 (AS/3420) y STSJ Castilla y León, 8 marzo 2006 (AS/1092).

²⁶¹ Con ocasión de un despido por razones económicas, indicaba la STSJ Navarra, 26 septiembre 1995 (AS/3172) que «existe más una conveniencia de la empresa que una necesidad, o bien de ser tal necesidad, la misma no ha sido correctamente planteada».

²⁶² Así también en la doctrina del TC que ha precisado que «en el reproche de arbitrariedad (art. 9.3 C.E.) debe incluirse, asimismo, el relativo a la lesión del valor “justicia”, que consagra el art. 1 de la Norma fundamental, porque este último concepto se utiliza por el órgano judicial en el sentido de regulación arbitraria y carente de justificación razonable» (STC 66/1990, 5 de abril, Fj. 6º).

afirma que se opone a los dictados constitucionales toda decisión patronal que se presente como «carente de fundamentación objetiva», como «incongruente» o bien sea «contradictoria» con la realidad que debe servir de soporte a la misma²⁶³. Subsiguientemente, se aprecia la existencia de arbitrariedad cuando «se traspasan los límites racionales de la discrecionalidad, es decir, los límites jurídicos que representan la finalidad objetiva de la ley»²⁶⁴. El interrogante al que habrá que responder entonces tiene que ver con la definición de razonabilidad como elemento aplicable a la elección patronal a fin de determinar la validez o invalidez de la misma²⁶⁵. Una vez más, la dificultad intrínseca que cobra la articulación de la interdicción de la arbitrariedad, en tanto principio general que condiciona la legitimidad de las órdenes e instrucciones en torno al cumplimiento de unos parámetros de razonabilidad, se debe a que no deja de moverse en un plano subjetivo y mutable. Y es que en su determinación a menudo se acude a las nociones igualmente inconcretas de coherencia, adecuación o proporcionalidad²⁶⁶.

Dado que la construcción técnica de la noción de razonabilidad correspondería más al campo de la filosofía del derecho y pretendo que el presente discurso se desenvuelva en el plano del derecho positivo, las siguientes observaciones que sobre dicho concepto se realicen se limitarán a las implicaciones de la utilización por los jueces y la doctrina iuslaboralista de tal concepto. Lo cierto es que este debate se ha sustanciado con mayor riqueza de matices cuando lo que se ponen en cuestión son los actos de organización empresarial que no corresponden propiamente a un ejercicio del poder de dirección sino al desempeño patronal de las facultades generales de gestión

²⁶³ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., «De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario», en *REDA*, núm. 80 (1993), p. 589.

²⁶⁴ En palabras de LUQUE PARRA, M., *Los límites...*, cit., pp. 99-100.

²⁶⁵ Hay que señalar que la jurisprudencia a menudo alude al criterio de la razonabilidad como instrumento de control al ejercicio del poder empresarial, aunque se haga sin entrar con detenimiento en el contenido del mismo, tal y como se ha denunciado desde ciertos sectores de la doctrina (así en CESTER, C., y MATTAROLO, M.G., *Diligenza e obbedienza...*, cit., p. 434).

²⁶⁶ Defiende PERULLI la existencia de una estrecha conexión entre los principios de justicia y proporcionalidad (*Il potere direttivo...*, cit., pp. 232-233) y que este último constituye un criterio de valoración y verificación de la razonabilidad. De dicho principio se deriva la exigencia de que el uso del poder sea adecuado y razonable para lo cual deberá tenerse en consideración los intereses del trabajador sobre los que dicho poder incide (pp. 411-412). Subraya este autor en «Razionalità e proporzionalità...», cit., p. 27, que el criterio de razonabilidad se halla articulado en torno a los siguientes cánones: la coherencia de los medios, su carácter necesario y la esencialidad de la restricción al derecho provocada. Por su parte, del empleo de la proporcionalidad a modo de parámetro determinante de la razonabilidad de la actuación empresarial habla LUQUE PARRA, M., *Los límites...*, cit., pp. 80, 100 y 303-306, quien concibe por proporcionalidad «la insoslayable adecuación que ha de existir entre la entidad de la necesidad empresarial y las repercusiones que al trabajador le comporta la actuación empresarial», siendo éste un principio a respetar en toda manifestación de poder (p. 303). Asimismo, hay que citar en una dirección similar a TERRADILLOS ORMAETXEA, E., *El poder disciplinario...*, cit., especialmente en las pp. 49 y 145-146, donde la autora defiende la aplicación del principio de proporcionalidad, no sólo cuando se vean afectados derechos fundamentales, sino también otros derechos subjetivos del trabajador. En idéntico sentido, OJEDA AVILÉS, A., «Ajenidad, dependencia o control...», cit., pp. 22-23.

para las que la libertad de empresa del art. 38 CE sirve de sustrato jurídico. Poner freno al poder empresarial enjuiciando la oportunidad o funcionalidad de las decisiones adoptadas vendría a suponer, se ha dicho en alguna ocasión, ligar el ejercicio de las prerrogativas que le corresponden al empleador a una utilidad pública o social en clara analogía con los esquemas propios del derecho público. Entonces, constatado el respeto de la decisión empresarial a los elementos reglados que limitan su poder, la libertad constitucional que ampara a quien asume la inversión y el riesgo comportará inevitablemente que el empresario, y sólo él, pueda evaluar las disposiciones que pretenda adoptar en términos de utilidad²⁶⁷.

Un criterio más generoso con el alcance de la tarea judicial, sostenido por conocidos representantes de la doctrina, si bien en contadas ocasiones, considera que al juez le compete opinar sobre la elección tomada por el empresario poniendo en comparación las ventajas económicas de tal opción y los sacrificios que impone a los trabajadores destinatarios de la misma²⁶⁸. Con otras palabras, la legitimidad de las órdenes se hará depender de su valoración técnica, lo que vendría a comportar un juicio en torno a su razonabilidad y adecuación en relación a los fines que persiguen, amén de verificar que el interés empresarial no pueda ser satisfecho a través de otras posibles soluciones alternativas²⁶⁹. Se considera, en esta línea, que los límites de carácter externo que acotan el poder patronal tomando como base el principio esencial de la tipicidad, resultan insuficientes con vistas a proporcionar un conveniente equilibrio entre los derechos de los trabajadores y las facultades de ordenación de la prestación laboral. Dicho principio, al evitar el análisis sobre la razonabilidad y lógica de la administración de la relación, presupone la actuación racional del empresario. Y,

²⁶⁷ Como se advertido con anterioridad, se opone a que dicho elemento funcional pueda desempeñar papel alguno en el enjuiciamiento del ejercicio de los poderes empresariales ROMÁN DE LA TORRE, M^a D., *Poder de dirección...*, cit., pp. 41-42. Por lo demás, se afirma en este sentido que no es tarea del juez actuar a modo de un «super-empresario» que pueda marcar a quien ostenta la gestión y dirección empresarial el mejor camino para adoptar una estrategia organizativa y de ordenación óptima. Un planteamiento en tal dirección correría el peligro de dejar entrever consideraciones políticas o ideológicas del juzgador en el campo en el que propiamente se desenvuelve la gestión empresarial, regido como se conoce por la voluntad patronal. Sin embargo, no es extraño que añadidamente se advierta que podrá decretarse como injustificada la medida empresarial cuando ésta sea «manifiestamente inadecuada y contraria a los criterios de racionalidad» (MONTROYA MELGAR, A., «Modificación sustancial...», cit., p. 2672), volviendo de nuevo a enarbolar la exigencia de que la decisión patronal responda a razones objetivas y no espurias. El mismo autor en «Nuevas dimensiones jurídicas...», cit., p. 23, precisa que «para que el ejercicio del poder del empresario sea regular debe además adaptar el interés empresarial al “interés del sistema” o interés general (art. 128 CE), ajustándose a criterios de racionalidad técnico-productiva, y debe además respetar los derechos e intereses legítimos de los trabajadores».

²⁶⁸ MAZZIOTTI, F., «Stabilità formale ed insicurezza strutturale del posto di lavoro», en *Critica del Diritto*, núm. 2 (1974), p. 110.

²⁶⁹ Así también el Juzgado de lo Social de Oviedo núm. 1, en sentencia de 10 de febrero de 1995, con ocasión de una modificación de condiciones de trabajo decidida unilateralmente por el patrono, señala que cabe la valoración en sede judicial del interés patronal y de las circunstancias que atañen a la empresa puesto que «si la discrecionalidad entraña una libertad de elección entre las distintas soluciones que se exteriorizan como justas, esa misma discrecionalidad ha de reconocerse al Juzgador».

conforme a la misma, se reduce la labor del juez a la comprobación del cumplimiento de las reglas establecidas a través de los textos normativos sin tener que acudir a una incómoda indagación sobre si las mismas resultan o no adecuadas²⁷⁰.

A mayor abundamiento, algunos autores han manifestado que la inadmisibilidad en este campo de límites internos podría conducir a la producción de resultados injustos. Buena muestra de ello serían aquellas decisiones empresariales arbitrarias que dirigen la prestación singular de trabajo ocasionando un perjuicio al trabajador. Se pretende traer aquí a colación las órdenes e instrucciones que, no ajustándose a los criterios comunes adoptados en la empresa para la gestión del personal o a la necesidad de articular el perfil profesional del trabajador a las necesidades productivas u organizativas, se perciben como el resultado de la existencia de pequeños roces laborales –susceptibles de vulnerar, en este caso, derechos amparados constitucionalmente como el principio de igualdad y, en los supuestos más graves, el derecho a la dignidad e integridad psíquica o moral–²⁷¹, o de un auténtico capricho empresarial que en nada tiene que ver con la gestión razonable y objetiva de la mano de obra. Muestra de ello puede ser la imposición de normas de comportamiento y disciplina excesivamente rígidas que son incumplidas por uno o varios trabajadores, resultando éstos sancionados por entrar las mismas dentro del ejercicio discrecional del poder de dirección. Medidas disciplinarias motivadas, *v.gr.*, por la ruptura de un inflexible silencio exigido en puestos de trabajo cuando la naturaleza de la actividad prestada no precisa del mismo, podrían verse justificadas si se negase la existencia de límites internos que condicionaran la regularidad de dicho poder a la razonabilidad de la medida empresarial adoptada. Con ello no se pretende ocultar que los tribunales han amparado la conducta opositora a las órdenes recibidas únicamente cuando la arbitrariedad en el desempeño del poder directivo ha sido notoria o manifiesta.

Llegado este momento, es conveniente reparar en que la permanencia en el mercado de las empresas en un contexto de intensos y rápidos cambios y de constantes pugnas por el alcance de mayores cotas de competitividad, la gestión de factores como los recursos humanos y materiales, los medios técnicos, la tecnología o el *management*, se convierten en factores determinantes en la consecución de los objetivos empresariales. Y entre ellos, la capacidad directiva de las sociedades empresariales asume un papel clave para sacar el máximo provecho de los recursos con los que cuenta

²⁷⁰ Sobre esta visión del empleador como sujeto racional en el ejercicio de su tarea de concreción o especificación de la prestación reflexiona PERULLI, A., «Il potere direttivo...», cit., p. 405.

²⁷¹ Acertadamente arguye DEL REY GUANTER, S., «Derechos fundamentales de la persona...», cit., p. 205 que «los derechos fundamentales inespecíficos no sólo operan respecto al contrato de trabajo como límites externos, sino también como modulación y racionalización en el ejercicio de los poderes en ámbitos en principio legítimos».

la empresa y garantizar su supervivencia. Tal función constituye una pieza fundamental en todo este entramado. Ahora bien, la plasmación práctica de la estrategia más adecuada para ordenar el débito laboral y coordinarlo en el ámbito en el que se desenvuelve el ejercicio eficaz de esta prerrogativa empresarial, requiere sin lugar a dudas de la adopción de órdenes e instrucciones razonables²⁷². No son nuevos los planteamientos doctrinales y jurisprudenciales que rechazan la legitimidad de las disposiciones imperativas del empresario que son fruto de un ejercicio desviado de su discrecionalidad (refiriéndose a decisiones abusivas, que reflejan un exceso de poder o son contrarias a la buena fe). Con todo, resulta más difícil de sostener que la estimación de dicha razonabilidad de la actuación empresarial pueda corresponderle al juez, o al trabajador destinatario de la directriz en cuestión, si en el proceso de valoración entran en juego parámetros como los ya mentados de oportunidad o conveniencia.

De acuerdo con la dirección emprendida, habrá que abordar otro de los matices que presenta la limitación interna de las prerrogativas de mando y que se refiere a las dudas surgidas en torno a la obligatoriedad de las directrices empresariales cuando son jurídicamente lícitas pero técnicamente erróneas, se entiende, en atención a la buena marcha de la empresa. Las posturas encontradas ya han sido previamente descritas. Amplios sectores defienden que en tanto en cuanto el poder directivo es discrecional, la capacidad de libre elección que éste contempla no puede verse reducida aunque la voluntad del empleador no sea congruente o funcional a los fines de productividad y buen funcionamiento de la empresa. Otros, en cambio, han sostenido que la irregularidad de las órdenes e instrucciones no sólo proviene de la transgresión de los condicionamientos externos al ejercicio del poder directivo, sino también del perjuicio que éstas pudieran generar a los intereses empresariales por ser exponentes de una mala gestión. Lo que se está planteando, en realidad, es si se le debe exigir al empresario un comportamiento directivo que no entre en contradicción con la función para la cual actúa el ejercicio de dicho poder y, por tanto, si es dable apreciar irregularidad en el mandato que no sea razonable en atención a los conocimientos más específicos con los que pueda contar el trabajador. A decir verdad, el análisis de la resistencia del trabajador a cumplir con este tipo de directrices patronales (que no es más que uno de los aspectos a través del que se manifiesta la «desobediencia técnica» del trabajador), salvo ciertas excepciones, ha merecido escasa atención tanto en sede doctrinal como jurisprudencial.

Situándonos en el plano anterior al judicial, esto es, en el momento de la recepción por su destinatario de la orden empresarial, surgen los siguientes

²⁷² Acerca de la «dirección eficiente» como recurso principal al objeto de incrementar la productividad y garantizar la competitividad de la empresa, AA. VV. (Coord. Fernández Guerrero, R.), *Organización y métodos...*, cit., pp. 30-31.

interrogantes: ¿debe el trabajador cumplirla aunque la estime lesiva para los intereses de la empresa? ¿Cabe la posibilidad de que en estos casos y ante determinadas circunstancias se admitan excepciones a la obligación de obedecer que preside la posición subjetiva de quien presta servicios por cuenta ajena? Antes de aportar una respuesta a esta pregunta huelga mencionar que éste es un tema estrechamente ligado a la consideración del deber de diligencia que también atañe al trabajador. Nos encontramos, como habrá podido preverse, ante una posible colisión entre dos deberes amparados legalmente pero cuyo cumplimiento, el de ambos simultáneamente, en esta ocasión parece incompatible. De la hermenéutica literal de la norma estatutaria (art. 20.2) parece extraerse que la obligación de cumplir diligentemente con la prestación debida está supeditada a lo que la ley, el convenio, pero también las órdenes o instrucciones que en cada caso se impartan, puedan fijar o definir como comportamiento diligente. Es decir, que en caso de que el marco legal o convencional nada dijese sobre una determinada actuación del trabajador en el campo de su relación laboral, en la confrontación que pudiera plantearse entre los deberes del art. 5, *a* y *c* ET prevalecería el deber que tienen los empleados de acatar los mandatos de sus superiores jerárquicos a pesar de que éstos se manifiesten de forma claramente incompetente.

Lo cierto es que tanto la doctrina como la jurisprudencia se han mostrado tradicionalmente bastante restrictivas en cuanto a las posibilidades de desobediencia en estos casos. Es decir, la línea de opinión más clásica se ha enfrentado a este problema negando la posibilidad de que el trabajador, de acuerdo a sus conocimientos o intuición, disponga por su propia iniciativa la sustitución de una determinada actuación requerida por el empresario (relativa a las tareas encomendadas o al modo de realizarlas) por otra que estima más adecuada a los objetivos de la empresa. La misma solución se aporta cuando de lo que se trata no es de incumplir las labores o las funciones que hayan sido señaladas por el encargado de la ordenación directiva en la empresa, sino de realizarlas en distinto orden al acordado, resolviendo el trabajador unilateralmente posponer unas y dar prioridad a otras, invirtiendo la secuencia que el empresario o sus delegados habían estimado la adecuada y así se lo habían hecho saber. Un comportamiento en tal sentido, esto es, de oposición y contestación a las prerrogativas de mando, sería un atentado a la autoridad del empresario y, por tanto, sancionable. Y todo ello con independencia de que la decisión que ha llevado al trabajador a desobedecer las instrucciones que se le habían transmitido alcance el resultado más provechoso o útil²⁷³.

²⁷³ Como exponente de dicha posición teórica, CHIECO, P., *Poteri dell'imprenditore...*, cit., p. 29. En sintonía con este planteamiento, la jurisprudencia italiana aludía a que «il lavoratore non può sindacare il merito delle disposizioni impartite dall'imprenditore in ordine al modo con il quale deve adempire le prestazioni lavorative (...) né può rendere una prestazione diversa da quella richiestagli legittimamente e pretendere per essa la retribuzione» [Cass. 14 diciembre 1983, núm. 7381, en *Giust. Civ.*,

Bien, partiendo de esta premisa, hay que poner de relieve dos cuestiones fundamentales. La primera nos vuelve a conducir al análisis de la realidad más actual del mundo de la empresa y de las relaciones de trabajo que en ella se desarrollan. Ya se puso de relieve que frente a los operarios que llevan a cabo su prestación de manera mecánica y con angostos márgenes de actuación, hoy en día, en no pocas actividades productivas, comprendidas en ciertos sectores económicos, se pone el acento, no ya en el cumplimiento ciego de la prestación, sino en la capacidad de iniciativa y en la aportación personal que el propio trabajador puede poner a disposición de la empresa, todo ello debido a la concurrencia de los más variados factores entre los que despunta en un puesto destacado la formación técnica y profesional cada vez más amplia de los trabajadores. En segundo lugar sería difícilmente sostenible, en mi opinión, seguir defendiendo una interpretación del art. 20. 2 ET que relegara al trabajador a supeditar toda consideración relativa a su profesionalidad y la plasmación práctica de la misma en su lugar de trabajo al cumplimiento de unas directrices empresariales a todas luces inconvenientes para la consecución del fin empresarial.

El planteamiento que ha sido descrito en líneas más arriba se ajusta a una visión rígidamente jerárquica de la empresa que hoy se estima en gran parte superada²⁷⁴. No se pretende señalar con esto que el trabajador pueda asumir un papel paralelo al de su superior y valorar junto con éste la oportunidad de determinadas decisiones que impongan una u otra solución, todas ellas adecuadas, en torno a la actividad que el primero ha de realizar. De modo que si unilateralmente lo estima conveniente pueda desmarcarse de la dirección por la que optó su jefe. Más bien, lo que debe tenerse en cuenta es que, en líneas generales, cuando la ordenación patronal de la prestación está visiblemente equivocada, el trabajador tiene conocimiento de ello y escoge cumplir con su obligación contractual del modo más ajustado posible al interés de la empresa, no debería sufrir castigo por ello²⁷⁵. A lo sumo, el comportamiento del asalariado que cumple rigurosamente los dictados de las reglas técnico-profesionales y, ajustándose al rendimiento exigido, o incluso elevando el mismo, desatiende las órdenes impartidas por el empresario, aun llegándose a estimar desobediente y en consecuencia punible, no

vol. I (1984), p. 3110 y *Cass.* 21 noviembre 1981, núm. 6213, en *Giust. Civ.*, vol. I (1982), p. 1303]. *Vid.*, asimismo, las referencias jurisprudenciales contempladas en la obra citada, p. 28, nota 65.

²⁷⁴ Se dice, sobre esta cuestión, que «sembra superata l'idea che la gerarchia rilevi anche sul piano delle competenze tecniche, e si è dunque preso atto che il lavoratore spesso può essere in grado di valutare meglio del datore di lavoro o comunque del suo superiore caratteri e modi de adempimento della prestazione» (CESTER, C., y MATTAROLO, M.G., *Diligenza e obbedienza...*, cit., p. 272).

²⁷⁵ La STS 7 marzo 1986 (RJ/1277) ya dejó estipulado que el poder de dirección «no puede ser ni arbitrario ni omnímodo», sin que tampoco quepa la emisión de «órdenes inadecuadas y no concordes con el mejor servicio de la empresa». En la misma dirección, este mismo Tribunal en sentencias de 10 diciembre 1980 (RJ/4489), 20 mayo 1980 (RJ/2210), 23 noviembre 1982 (RJ/6873), 23 septiembre 1982 (RJ/5266) y 15 octubre 1982 (RJ/6173).

habría de merecer la sanción máxima pues carecería de la gravedad suficiente que exige el art. 54.1, *b* ET. La razón en la que encontraría sustento este planteamiento se halla en el principio de la buena fe que obliga a las dos partes de la relación laboral y que a mi entender impediría que quien ostenta la condición de acreedor de la prestación pudiera recriminar disciplinariamente a quien le ha proporcionado un beneficio²⁷⁶.

Dejando simplemente enunciado lo que será objeto de estudio posterior, la buena fe y sus implicaciones en el alcance del deber de obediencia, hay que abordar, siquiera brevemente, otra de las cuestiones que se han planteado en este ámbito y que hace alusión a la posible existencia en estos casos de un deber jurídico que compelería al trabajador a comunicar en todo momento al empresario que las disposiciones que le han sido impartidas son técnicamente erróneas o desaconsejables para sus intereses. Una actuación en tal sentido, que tuviera como corolario la rectificación de las instrucciones desafortunadas emitidas, sin duda evitaría la posterior oposición del trabajador a las órdenes equivocadas aunque perfectamente legítimas y, en consecuencia, que su comportamiento fuese tildado de desobediente. De hecho, esta advertencia a instancias superiores podría encontrar cobertura jurídica en la obligación de llevar a cabo la prestación debida de acuerdo a los dictados del deber de buena fe y diligencia que graba al deudor de la misma. Es por ello por lo que, aun siendo difícil defender que la transmisión de dicha información comporte una auténtica obligación cuya inobservancia pudiera dar lugar a la asunción por parte del trabajador de la correspondiente responsabilidad²⁷⁷, lo más prudente para el trabajador sería hacer lo posible para que la dirección adoptase los criterios de producción más acertados (principalmente si ocupa un cargo de responsabilidad o cercano funcionalmente al equipo de dirección), evitando así que la omisión de comunicación en esta materia, cuando no encontrara justificación en razones perentorias o en la imposibilidad de ponerse en contacto con el superior jerárquico, pudiera ser entendida como una actuación contraria a la conducta diligente que se prescribe legalmente²⁷⁸.

²⁷⁶ Así lo ha sugerido GRANDI, M., «Riflessioni sul dovere di obbedienza...», cit., p. 746.

²⁷⁷ Así lo perciben, no obstante, las SSTSJ Cataluña, 2 y 3 enero 1996 (AS/825 y 828) y la STSJ Islas Baleares, 23 junio 1998 (AS/2838) en la que se enjuicia el despido de una trabajadora por competencia desleal a resultas del seguimiento de las órdenes dadas por un superior y donde se indica que «esas supuestas órdenes eran contrarias o, cuando menos, ajenas a los intereses de la empresa, como ella sabía a la perfección, por lo que malamente podía ignorar que no tenía obligación de acatarlas (...). Aun más; su obligación era comunicarlas de inmediato a los titulares de la empresa a la que se había comprometido a servir con arreglo a la más elemental exigencia del deber de lealtad, ínsito en el principio de la buena fe que debe regir la actuación de las partes durante el desenvolvimiento de la relación de trabajo»

²⁷⁸ En el campo de la llamada desobediencia técnica, la SAP Madrid, 17ª, 6 octubre 2003 (JUR/264493) precisa que «la observancia de las órdenes e instrucciones del jefe del equipo libera al auxiliar de responsabilidad (por concurrir en él una causa de exención por obediencia debida) a menos que aquéllas sean manifiestamente imprudentes, en cuyo caso, podrá requerir del superior justificación de su orden, y, en caso de encontrarla patentemente temeraria, abstenerse de seguirla».

4. Revalorización de las categorías jurídicas civiles: especial referencia al abuso del derecho y la buena fe

Una primera aproximación al papel que desempeñan estas figuras, originariamente de elaboración civilista, como instrumento jurídico delimitador del ejercicio del poder empresarial nos permite ya evidenciar que su empleo en casos de arbitrariedad o notoria iniquidad se sugiere con frecuencia de manera difusa, a través de afirmaciones axiomáticas excesivamente genéricas. De modo que habitualmente las clásicas instituciones del fraude de ley, abuso del derecho o de la buena fe se acogen y remodelan para ser aplicadas en el marco privado de las relaciones laborales sin que se llegue a trazar de forma nítida las fronteras que separan dichas figuras, las cuales albergan diferencias conceptuales aunque dogmáticamente se hallen muy próximas²⁷⁹. En definitiva, por lo que aquí interesa, la aplicación de tales instrumentos de derecho contractual podrá contrarrestar los excesos en el ejercicio del poder de dirección favoreciendo, de esta forma, el adecuado equilibrio que ha de mediar entre las posiciones activas y pasivas del trabajador y empresario, originariamente desiguales²⁸⁰.

Lo cierto es que en no pocas ocasiones se ha rechazado la virtualidad de los límites internos en la definición del ámbito de actuación del poder empresarial puesto que, se argumenta, éstos únicamente han de intervenir como técnica jurídica para garantizar intereses que no se encontraran protegidos a través de su reconocimiento como derechos. En esta dirección, el manejo de instrumentos tales como la buena fe, la interdicción de abuso del derecho y la prohibición de fraude de ley, quedaría plenamente descartado como medio para delimitar el derecho subjetivo empresarial que le faculta para concretar y ordenar la deuda laboral de la contraparte. Se dice en este sentido que no puede predicarse la concurrencia de un abuso del derecho como categoría jurídica general cuando exista normativa específica que puede ser aducida para amparar la conducta desobediente del trabajador. Consecuentemente, el ejercicio reglado de las prerrogativas de dirección a través de los condicionantes externos perfilados por las disposiciones legales, el convenio o el contrato, acarreará que

²⁷⁹ Subraya IRUZUBIETA FERNÁNDEZ, R., *El abuso del derecho y el fraude de ley en el Derecho del Trabajo*, Colex, Madrid, 1989, pp. 206 y 239, que a salvo de los casos en los que el abuso del derecho constituye un medio instrumental para cometer un fraude de ley, este último se manifiesta habitualmente con la intención de esquivar la aplicación de una norma en los momentos relativos al nacimiento, duración y extinción del contrato de trabajo, mientras que el abuso del derecho actúa en todas las demás facetas de la relación laboral.

²⁸⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «Poder de dirección...», cit., p. 21.

eventualmente podamos estar ante un ejercicio extralimitado de las mismas, inequívocamente ilícito, pero no propiamente ante una conducta abusiva²⁸¹.

Considero oportuno destacar, sin embargo, que las instituciones originarias del derecho civil no pueden concebirse en realidad como técnicas jurídicas alternativas de los límites expresos que permiten depurar de síntomas de ilegalidad al eventual ejercicio de un poder empresarial. Unos y otros conforman límites compatibles puesto que «se trata de ir cerrando el sistema para repudiar (...) no sólo las contravenciones, sino las formas más sutiles de infracción que pueden pretender tener amparo en el ordenamiento»²⁸², coadyuvando de este modo a la reconducción de las conductas del empresario y trabajador a fin de que éstas sean respetuosas con la legalidad vigente. No se puede rehuir la operatividad del abuso del derecho únicamente por el hecho de que el empleador haya actuado sin contravenir expresamente una norma jurídica que regula el ejercicio de sus prerrogativas²⁸³. De manera que la extensión del poder de dirección puede hacerse depender de la valoración que adopte el juez de acuerdo a los límites externos aplicables, pero también conforme a las particularidades del caso concreto puestas en conocimiento del juzgador (labor de especial relevancia cuando el caso concreto no se ajuste completamente a las circunstancias que fueron tomadas en cuenta por el legislador o los agentes sociales). Con lo cual, el cometido que asume la discrecionalidad judicial en este aspecto es sustancial puesto que a ésta le corresponderá pronunciarse sobre el marco dentro del cual debe ejercerse el poder del empleador ajustado, por otra parte, a la realidad social a la que alude el art. 3.1 Cc.

A mayor abundamiento, interesa poner nuevamente de relieve que el empresario en su proceder puede llegar a cumplir rigurosamente los requerimientos que derivan de los frenos externos al poder de dirección sin que ello sea impedimento para que la

²⁸¹ Acerca de la exclusiva operatividad del abuso del derecho frente a facultades no regladas se manifiesta IRUZUBIETA FERNÁNDEZ, R., *El abuso del derecho...*, cit., destacadamente en las pp. 206 y 247. En esta última se subraya que para dictaminar la existencia del abuso ha de concurrir «la indefinición legal o convencional del acto empresarial que, aun encuadrado, en principio, en el marco del derecho subjetivo general de dirección de la actividad laboral, deberá carecer del grado de concreción necesario para circular en la órbita del Derecho con caracteres inconfundibles e indelebles».

²⁸² DIEZ PICAZO, L y PONCE DE LEÓN, «El abuso del derecho y el fraude de la ley en el nuevo Título preliminar del Código civil y el problema de sus relaciones recíprocas», en *Documentación Jurídica*, núm. 4 (1974), p. 1343.

²⁸³ De hecho, propiamente se está frente a una actuación patronal abusiva cuando el empresario, «ajustándose a lo dispuesto por las normas laborales, desempeña su poder en forma sustancialmente antisocial» (MONTROYA MELGAR, A., *El poder...*, cit., pp. 240-241). Distinto criterio mantiene ROMÁN DE LA TORRE, M^a D., *Poder de dirección...*, cit., pp. 370-371, quien precisamente rechaza que se pueda hablar de abuso de derecho cuando se enjuicia la regularidad del quehacer empresarial y la procedencia o no de la conducta incumplidora del empresario. Para la autora, la incorrección jurídica de un mandato no puede ser resultado de un abuso de derecho por parte del empleador. Y esto porque no se puede hacer una utilización desmedida de un derecho del que no se es titular, y el empresario no tiene en su mano una facultad que le legitime para dar órdenes ilícitas o irregulares.

posición del trabajador quede indebidamente desasistida, bien debido al amplio espacio de libre ejercicio de las prerrogativas de dirección con el que cuenta su titular (aun respetando las reglas previstas para el desempeño directivo empresarial), bien a causa de que el concreto ejercicio de sus facultades tenga por objeto intereses que no siendo ilícitos sí provocan efectos negativos para el trabajador destinatario de las directrices impartidas. Piénsese en los casos en los que la mala relación entre empresario y asalariado le inducen al primero a dirigir el trabajo con el propósito de perjudicar al empleado e incluso provocar su dimisión. Para ello puede encargarle, por ejemplo, el desarrollo de tareas que, pese a no desviarse de lo prescrito en la ley, el convenio y el contrato, le ocasionan un quebranto sin que encuentren justificación en las necesidades de organización de la actividad productiva en la empresa de que se trate. Lo mismo puede decirse de la asignación de un horario estimado como negativo por el trabajador por razones personales, profesionales o incluso en relación al tiempo dedicado al ocio, y que no es razonable a resultas de los criterios de gestión adoptados comúnmente por la dirección, sino que encuentra explicación en una motivación concreta del empleador: forzar una salida voluntaria de la empresa, provocar una desobediencia que habilite el recurso a un despido disciplinario o simplemente socavar el ánimo del trabajador con quien mantiene una tensa relación.

Pues bien, individualmente examinadas, determinadas decisiones y actos empresariales pueden ser lícitos e irrelevantes desde el punto de vista jurídico pero examinados en su conjunto, si tales medidas empresariales se tradujeran en violencia psicológica provocada de forma intencional y reiterada²⁸⁴, puede llegarse a concluir que la conducta del empresario a la hora de desempeñar sus facultades de mando es constitutiva de lo que se conoce comúnmente por *mobbing* o acoso moral en el trabajo. Recuérdese que las órdenes vejatorias o abusivas se hallan hoy en día integradas por las recientes procripciones normativas del acoso moral y acoso sexual que, por lo demás, conforman el desarrollo lógico de la garantía constitucional que protege la salud y la dignidad del trabajador. De hecho, como ya se ha dejado constancia, hay que considerar que el trabajador puede legítimamente desobedecer las órdenes dadas si, aun siendo desde el punto de vista formal respetuosas con las reglas legales, convencionales o con los derechos que se derivan del contrato, resultan materialmente vejatorias y lesivas de su dignidad. Sin embargo, los supuestos a los que quisiera hacer mención en este momento son aquellos en los que la conducta empresarial se circunscribe propiamente en un ejercicio inadecuado del poder de dirección, buscando por medios ilícitos un

²⁸⁴ Precisan SAGARDOY BENGOCHEA y GIL Y GIL que la duración y frecuencia exigible para determinar que un comportamiento es constitutivo de acoso queda sujeto a lo que estime el intérprete en cada supuesto concreto [«El acoso psicológico en el trabajo», en AA.VV., (Coords. Casas Baamonde, M^a E; Durán López, F. y Cruz Villalón, J.), *Las transformaciones...*, cit., pp. 809 y 915, así como las referencias bibliográficas contenidas en la nota 31].

mejor aprovechamiento de la mano de obra sin que el conflicto o el ambiente hostil a que dan lugar los actos empresariales sean resultado del soterrado y perverso propósito patronal de socavar la personalidad del trabajador y ocasionarle un perjuicio a su dignidad e integridad psico-física. De modo que, de no llegar a cumplir con los requisitos individualizados doctrinal y jurisprudencialmente constitutivos de la noción de *mobbing*²⁸⁵, podría considerarse que la conducta empresarial se encuadra en el contexto general del abuso del derecho subjetivo que ostenta el empleador como contraparte del negocio jurídico laboral²⁸⁶. Hecho que no impide adoptar las medidas que resulten pertinentes para tutelar jurídicamente los derechos que resulten afectados a raíz del quehacer arbitrario de la dirección de la empresa.

A grandes rasgos, puede decirse que el abuso del derecho (art. 7.2 Cc) conforma una vulneración consciente de los principios inspiradores de las facultades atribuidas al acreedor para la consecución de sus intereses legítimos. No obstante, pese a lo que pudiera parecer, en sentido técnico, para que pueda apreciarse abuso del derecho no es imprescindible que la emisión de órdenes e instrucciones persigan una finalidad que no se corresponda propiamente con la simple satisfacción del derecho subjetivo que ampara a su titular. No se trata aquí exclusivamente de indagar cuáles son las motivaciones que llevan al empresario a dirigir de una determinada forma las prestaciones de servicios debidas por su personal asalariado. Sino que, más bien, hemos de considerar que el empleado se topa ante un comportamiento abusivo y, por tanto, antisocial, cuando los mandatos recibidos *invaden* intencionadamente el área de los derechos subjetivos provocando un determinado impacto negativo en su titular²⁸⁷. Y es precisamente la naturaleza agravada del incumplimiento contractual protagonizado por el empresario, junto al perjuicio ocasionado (igualmente cualificado), los elementos claves que nos permitirán dilucidar cuando, en un sentido jurídico estricto, el ejercicio del poder de dirección conforma un abuso y, consecuentemente, será merecedor de un

²⁸⁵ Vid. la NTP núm. 476 del INSHT. Por su parte, hasta hace no mucho nuestro ordenamiento jurídico únicamente había tipificado un concreto tipo de acoso, el acoso discriminatorio, motivado en la discapacidad de una persona (art. 7, *a* Ley 51/2003, de 2 de diciembre); por razón racial o étnica, religiosa o de convicción, de discapacidad, edad u orientación sexual (art. 28, *d* Ley 62/2003, de 30 de diciembre), el acoso sexual y acoso por razón de sexo (art. 7.1 y 2 LOIEMH). Por su parte, el art. 14, *h* de la Ley 7/2007, 12 de abril, que extenderá su alcance a los trabajadores que prestan servicios para la AAPP, ya se trate de personal funcional o laboral, proscribire cualquier tipo de acoso, con expresa mención al acoso moral y laboral, se halle o no fundado en un motivo discriminatorio.

²⁸⁶ Resultan aquí especialmente oportunas las reflexiones de RIVERO LAMAS quien señala que dichas cláusulas generales son «por su flexibilidad y capacidad de adaptarse al entorno socio-laboral, una vía de acceso de los derechos fundamentales al entramado de derechos y deberes de la relación laboral» («Derechos fundamentales...», cit., p. 518).

²⁸⁷ «El abuso de derecho, así como la buena fe como límite al ejercicio del derecho, *acondicionan* conductas con la intención de favorecer un ejercicio *acumulado* y *concurrente* de los derechos» (ROJAS RIVERO, G., *Cláusula de conciencia y extinción del contrato*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 136).

trato extraordinario por parte del ordenamiento jurídico²⁸⁸. Tomando, pues, este criterio, hemos de considerar que un poder abusivamente ejercitado propiamente no puede ostentar la condición de poder, de manera que sus efectos quedarán indefectiblemente invalidados. Esto que teóricamente no es objeto de discusión, encubre una plasmación práctica altamente conflictiva cuando se trata de poner freno a las facultades directivas y legitimar la actitud de oposición del trabajador. El reto será, entonces, dotar a esta teoría de una virtualidad práctica que deje descubrir sus efectos en el ámbito de la obediencia debida.

Por lo que se refiere al estudio de la aplicabilidad de la buena fe en la concreción de la extensión del deber de obediencia, comentar que dicho principio general del derecho de obligaciones y contratos²⁸⁹, de validez intemporal y contenido propio, impregna el ordenamiento jurídico de un modo generalizado y crea específicos derechos y deberes tanto para el deudor como para el acreedor de la prestación laboral²⁹⁰. Es por ello por lo que una certera vertebración de la investigación sobre la intervención de la buena fe como límite al ejercicio del poder de dirección exige, con carácter previo, una aproximación a su noción jurídica básica, no ya desde su conceptualización general –puesto que la complejidad de esta cuestión y la riqueza de contenidos que presenta únicamente podrían saldarse con una amplia disertación que diera cuenta de las copiosas reflexiones de las que la doctrina más autorizada se ha hecho eco–, sino a través de la indagación en torno a la vertiente laboral de la buena fe. Centrándonos en el bloque normativo relativo al contrato de trabajo, es obligado subrayar que este principio se desenvuelve revestido de todas las notas que componen el concepto jurídico de la buena fe, sin que ello sea óbice para constatar que en el marco del contrato presenta una notable trascendencia y perfiles singulares debidos, en gran parte, a la nada despreciable implicación de los factores personales de los contratantes en este ámbito, destacadamente del trabajador, y al tracto sucesivo que define a la relación contractual²⁹¹.

²⁸⁸ En este sentido, IRUZUBIETA FERNÁNDEZ, R., *El abuso del derecho...*, cit., p. 24. No obstante, dicho autor entiende que no es preciso un elemento intencional para que pueda apreciarse la existencia de una conducta abusiva por parte del titular del derecho subjetivo, *vid.* pp. 34 y 45.

²⁸⁹ Tal y como había sido configurado por gran parte de la doctrina alemana, GIL y GIL eleva a la buena fe a la categoría de principio constitucional implícito gozando, entonces, de la consiguiente eficacia jurídica (*Principio de la buena fe...*, cit., pp. 97 y 144-183). A su vez, hay que señalar que parte de la doctrina administrativa ha defendido que la buena fe, careciendo propiamente de dicho rango, está dotada de una inexorable impregnación constitucional puesto que es derivable de la interdicción de arbitrariedad [GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria», en *Revista de Administración Pública*, núm. 30 (1959), pp. 231-232].

²⁹⁰ Acerca de la mayor «incisividad» y «capacidad de penetración» de la buena fe en las relaciones laborales, por encima de la extensión que alcanza en otros tipos contractuales, se pronuncia MOLINA NAVARRETE, C., «Hacia una revisión constitucional...», cit., p. 352.

²⁹¹ MONTOYA MELGAR, A., *La buena fe...*, cit., p. 24.

Si quiera de forma somera podemos referirnos a la buena fe como el principio ético-jurídico que impone la sujeción de los contratantes a ciertas normas de conducta de alcance social o colectivo a fin de que cada uno de ellos trate de salvaguardar el interés de la contraparte en tal grado que dicha actuación no suponga un considerable sacrificio de su propio interés²⁹². Ésta, pues, remite a la idea de rectitud y respeto mutuo en el ejercicio de los derechos aunque la vaguedad a la que irremisiblemente habrá de conducir cualquier aproximación dogmática a la noción de la buena fe se verá sensiblemente atajada a través de la concreción que de sus variadas manifestaciones se haga por vía normativa o contractual²⁹³. Si bien, en ocasiones como ya se verá, le corresponda a la jurisprudencia transformar dicho principio en reglas jurídicas aplicables a grupos de casos en función de su similitud.

Al efecto hay que señalar que la recepción en el ámbito laboral de los art. 7.1 y 1258 Cc se produce a través de los arts. 5, *a* y 20.2 ET, preceptos estatutarios de los que puede extraerse una aseveración con importantes implicaciones para la materia que se está estudiando. Me refiero a que dicho principio actúa no sólo como estándar de comportamiento para el cumplimiento de las obligaciones de las dos partes del contrato²⁹⁴, sino también para el ejercicio de los derechos²⁹⁵. Por tanto, del principio de la buena fe proviene ya una censura al ejercicio irracional o arbitrario del poder empresarial. Dicho esto y pasando ahora a analizar la incidencia de la cláusula de la

²⁹² PERSIANI, M., «Considerazioni sul controllo di buona fede dei poteri del datore di lavoro», en *Dir.Lav.*, vol. II (1995), p. 139. En palabras de GARCÍA VIÑA, J., *La buena fe en el contrato de trabajo. Especial referencia a la figura del trabajador*, CES, Madrid, 2001, p. 46, la buena fe «representa el complemento o investidura moral que promueve y facilita el cumplimiento de las obligaciones, y que a la vez, individualiza la satisfacción de los intereses negociales, mediante una fórmula general consistente en la voluntad de no infringir el ordenamiento jurídico y atenerse a la orientación del mismo».

²⁹³ MONTOYA MELGAR, A., *La buena fe...*, cit., pp. 41 y 47-48.

²⁹⁴ La apuesta por la reciprocidad de la buena fe, en verdad nunca puesta en duda, puede apreciarse ya en el estudio de DIÉGUEZ, G., *La fidelidad del trabajador en LCT*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, pp. 17-24. Lo dicho comporta que su transgresión coloca a la actuación del deudor de la prestación, o bien a las decisiones abusivas o ilícitas del acreedor en el ejercicio de sus prerrogativas, al margen de lo legalmente admitido. Así lo ha manifestado el TC en distintos pronunciamientos dejando patente cómo «la buena fe contractual exigible no puede ser entendida en términos unilaterales: tan vinculada a ella deber ser la conducta del trabajador (...) en el cumplimiento de sus funciones, como la de la empresa en el de las suyas» (SSTC 90/1999, 26 de mayo, Fj. 4º y 213/2002, 11 de noviembre, Fj. 10º). No existen, por tanto, controversias en torno a la reciprocidad que califica dicho principio y sin embargo, desde una perspectiva global, puede subrayarse que no ha existido una equiparación de la buena fe como criterio de valoración del cumplimiento de las respectivas prestaciones a las que han de hacer frente empresario y trabajador. No han sido pocas las ocasiones en las que en instancias judiciales se ha medido con mayor severidad la adecuación del comportamiento del asalariado a las directrices derivadas de este principio sin que tal rigurosidad se haya requerido de la misma manera a la actuación empresarial (consúltense las STS 27 noviembre 1945, RJ/1249 y 9 abril 1960, RJ/1531, en las que se traducía la buena fe en una «rectitud hacia los intereses patronales»). El legislador, pese a su parquedad, se muestra tajante cuando afirma que ambos, deudor y acreedor, «se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe». Es por ello que carece de sentido alguno cualquier diferencia de trato que se pueda hacer en esta materia en función de cuál de las partes contractuales provenga la conducta enjuiciada.

²⁹⁵ MONTOYA MELGAR, A., *La buena fe...*, cit., p. 76.

buena fe como condicionante funcional al poder directivo, hay que comenzar señalando que su intervención en las relaciones laborales puede ser observada desde una triple perspectiva:

a) En este ámbito es significativa la labor de desempeña como técnica autónoma de verificación de la correcta actuación de las dos partes del contrato y, por lo que aquí interesa, del adecuado ejercicio del poder empresarial conforme a un determinado patrón socio-jurídico de conducta. Así, la buena fe otorga protección frente a las expectativas ilegítimas de la contraparte, de modo que servirá para contener o delimitar las más variadas manifestaciones del poder directivo y, por consiguiente, de refuerzo al ejercicio de los derechos que amparan al trabajador²⁹⁶. Repárese en que el deber de buena fe condena la adopción de órdenes e instrucciones de carácter abusivo o fraudulento contrarias a los derechos de los asalariados.

b) A su vez es un elemento de interpretación o clarificación. Esto es, habrá de emplearse para descubrir y aclarar el sentido de la voluntad de los contratantes según los parámetros de conducta socialmente aceptables.

c) Por último, acomete una función integradora de los derechos y obligaciones contractuales. En tal sentido, al jurista le compete investigar hasta qué punto la buena fe puede actuar como vía para completar las obligaciones convenidas (limitándose los efectos derivados del recurso a dicho principio informador a suplir los posibles vacíos de regulación sin que, a la postre, sirva para expandir o desvirtuar su contenido); o también como instrumento de carácter más bien normativo (cuando a través de la invocación de este criterio los contratantes se ven compelidos a cumplir sus obligaciones en los términos en los que se contemplan en el contrato, incorporando también aquellas otras que pudieran derivarse de las exigencias de la buena fe).

Mientras que no ha habido ninguna duda sobre la primera vertiente expuesta de la función de integración de la buena fe, ni entre la doctrina iuslaboralista ni entre la jurisprudencia, no existe un reconocimiento pacífico de la tarea integradora de tipo creativo. Ésta tradicionalmente fue enarbolada por una discutida línea doctrinal que a través del empleo de dicha figura encontró el sustento jurídico para expandir los deberes y obligaciones que atañen al trabajador y mantener incólume los del empresario. La transformación de la buena fe contractual en un deber de fidelidad de tintes absolutos sirvió de vía para declarar la dependencia personal del deudor y expandir el ámbito de

²⁹⁶ Indica DÍEZ-PICAZO en el prólogo a WIEACKER, F., *El principio general de la buena fe*, Civitas, Madrid, 1982, pp. 19-20, que «el ejercicio de un derecho subjetivo es contrario a la buena fe no sólo cuando se utiliza para una finalidad objetiva o con una función económico-social distinta de aquélla para la cual ha sido atribuido a su titular por el ordenamiento jurídico, sino también cuando se ejercita de una manera o en unas circunstancias que lo hacen desleal, según las reglas que la conciencia social impone al tráfico».

injerencia del poder de dirección, requiriendo que la utilización por parte del asalariado de sus derechos legítimos se hiciera en vistas al mejor rendimiento empresarial.

De sobra es conocido que esta manera de concebir la función integradora de la buena fe ha sido debidamente rebatida por una mayoría doctrinal que pronto se apresuró a señalar que el empleo de este principio como elemento de distorsión de las obligaciones asumidas voluntariamente por el trabajador en el contrato no era jurídicamente admisible. Sobre todo si se le da el oportuno valor a la seguridad que ha de presidir las relaciones contractuales y que imposibilitará que el trabajador desconozca el alcance de su propia deuda²⁹⁷. El deber de obrar conforme a la buena fe ha de poder reconducirse en todo momento al crédito contractual sin que pueda ser aducido para satisfacer intereses que pertenezcan a una esfera extraña al contenido del propio contrato de trabajo. Será, por tanto, en el marco de dicho pacto desde el cual se podrán definir las obligaciones del trabajador. De hecho, una parte de la doctrina, como reacción a las tesis de inspiración comunitaria en otro tiempo imperantes, llegó a negar que fuera posible atribuir a la cláusula de la buena fe una función relativa a la integración del contrato, defendiendo que ésta únicamente podría intervenir como criterio para medir el cumplimiento de las concretas obligaciones contractuales que asumen las partes contratantes. En otras palabras, su empleo se habría de limitar a garantizar el respeto de deberes específicamente previstos y a auxiliar al juez en su labor de valoración del grado de cumplimiento de obligaciones puntuales²⁹⁸.

²⁹⁷ En defensa de esta interpretación restrictiva de la función integradora que cumple la buena fe indica ROMÁN DE LA TORRE, M^a D., *Poder de dirección...*, cit., p. 257: «como elemento integrador completa lo pactado pero no añade nada que lo distorsione, de tal suerte que su papel es hacer exigibles aquellas obligaciones que, aun no estando expresadas, se entienden contenidas en el contrato según un criterio de honrado cumplimiento de aquél».

²⁹⁸ Mas allá de la conocida devaluación del viejo modelo de fidelidad unilateral y la clara doctrina que ha mantenido al TC al respecto, hay que precisar que la doctrina judicial ha continuado desgranando como elementos integrantes de la buena fe los deberes de fidelidad, lealtad, honorabilidad, probidad y confianza (STS 22 mayo 1986, RJ/2609), de manera que decisiones recientes siguen haciendo referencia expresa al «postulado de la fidelidad». Si bien, en la mayor parte de los casos, la lectura que se hace de la fidelidad o lealtad se halla contundentemente alejada de concepciones *comunitaristas* y de la implicación plena del trabajador en los intereses del empresario, para pasar ahora a ser interpretada de acuerdo a la actual realidad social. Y digo que esto sucede de forma mayoritaria pero no en la totalidad de los supuestos porque se aprecia, también hoy, una línea o tendencia jurisprudencial regresiva que da ciertos vuelos a la *vis expansiva* del deber de fidelidad y que en algunas ocasiones es acogida por la *opinio iuris* del Alto Tribunal. Ello es así porque se emplea, cierto que no con demasiada frecuencia, la buena fe como cauce para modular señaladamente el derecho fundamental sobre el que se reclama amparo. Frente a la línea jurisprudencial que desde la STC 99/1999, reiterada en STC 106/1996, considera a la buena fe como límite al ejercicio de un derecho fundamental en la medida «estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva», algunos pronunciamientos posteriores, admitiendo una cierta paridad entre la buena fe y el derecho fundamental, han negado el amparo alegando la imposibilidad de desvirtuar un deber de buena fe que ahora es concebido como un sometimiento en términos más estrictos de la persona del trabajador (aun cuando su ausencia no provoque más que un leve perjuicio para los intereses de la empresa). En concreto, la STC 126/2003 cierra los ojos a la caracterización que ya viene siendo habitual de los límites al ejercicio de la ciudadanía en la empresa y hace descansar la postergación del derecho de información en un cierto deber de lealtad dando lugar, así, a una ampliación objetiva de los contenidos expresamente recogidos en el art.

De otro lado, la invocación a la función de integración del contrato por algunos laboristas en los últimos años se ha venido utilizando para subrayar que la cláusula general de buena fe genera obligaciones accesorias inherentes a la relación individual de trabajo que enriquecen el contenido de las obligaciones ya existentes²⁹⁹. Y conforme a dicha observación, ciertos autores en el ámbito doctrinal europeo se sirven del papel que jugaría en este campo la buena fe, no ya para dilatar la sujeción del trabajador como preconizaba la línea doctrina mencionada –acentuando la asimetría, en perjuicio del deudor, de las obligaciones contractuales–, sino para delimitar las facultades empresariales conforme a nuevos criterios estrechamente vinculados a la razonabilidad que se espera del ejercicio de un poder. Se advierte soterradamente que el grado de buena fe exigible al trabajador ha de ir aminorándose de acuerdo al nivel de precariedad que soporta en las condiciones de trabajo, al tiempo que correlativamente se reinterpretan los preceptos legales para reforzar el deber que le corresponde al empresario³⁰⁰. Bajo tal propósito, dichos argumentos dan aires renovados a la aplicabilidad de la buena fe *in executivis* como freno a la discrecionalidad del empresario, la cuál únicamente sería posible si se admitiera dicho cometido integrador³⁰¹.

Será precisamente de esta forma de entender la buena fe de la se deriven ulteriores parámetros enjuiciables judicialmente que actúen a modo de límites al poder directivo más allá de lo que se hubiera establecido normativa y contractualmente y ello a fin de proporcionar un mayor grado de protección para el trabajador³⁰². Tradicionalmente se ha argumentado, en este sentido, que tanto la conformidad, como la

5 ET. Sobre el destacado papel que desempeña la dignidad como barrera protectora de los derechos del ciudadano frente a los imperativos del deber de lealtad y fidelidad, *vid.* FOTINOPOULOU BASURKO, O. y SEGALÉS FIDALGO, J., «Dignidad...», *cit.*, p. 135.

²⁹⁹ Indica DEL VALLE VILLAR, J.M., «Los límites a los poderes del empresario en el Estado de Derecho», en AA.VV. (Dir. Borrajo Dacruz, E.), *La reforma...*, *cit.*, p. 194, que «la buena fe objetiva se despliega temporalmente en el ámbito del contrato antes y después de su perfección, y desde un punto de vista sustantivo modaliza las obligaciones de las partes contratantes, es fuente creadora de obligaciones nuevas, e impide asimismo actuaciones antijurídicas, llegando a limitar el ejercicio de los derechos».

³⁰⁰ *Vid.* los comentarios que de los pronunciamientos de la jurisdicción social española favorable a la interpretación reductiva del deber de buena fe del trabajador realiza MOLINA NAVARRETE, C., «Hacia una revisión constitucional...», *cit.*, pp. 362-365. En desacuerdo se muestra MONTOYA MELGAR, quien precisa que no se trata de incrementar o de reducir el grado de buena fe exigible a cada una de las dos partes del contrato puesto que «la noción de buena fe no es susceptible de graduación cuantitativa; se actúa o no de buena fe» (*La buena fe...*, *cit.*, p. 50).

³⁰¹ Al respecto, CESTER, C., y MATTAROLO, M.G., *Diligenza e obbedienza...*, *cit.*, pp. 451 y 453 y las referencias jurisprudenciales que allí se citan.

³⁰² Favorables a dicha visión dilatada o extensa de la buena fe como instrumento de integración del contrato de trabajo se muestran MONTUSCHI, L., «L'applicazione giurisprudenziale del principio di correttezza e buone fede nel rapporto di lavoro», en *Dir.Lav.* núm. 1 (1996), p. 149 y PERULLI, A., «La buona fede nel diritto del lavoro», en *Riv.Giur.Lav.*, núm. 1 (2002), p. 18. Ente la doctrina española, por todos, GIL Y GIL, J.L., «El deber del empresario de salvaguardar...», *cit.*

irregularidad de los mandatos empresariales, dependía de la adecuación de los mismos a los genéricos valores sociales reconocidos por la comunidad o a los modelos de conducta comúnmente aceptados. Y, sin abandonar del todo tales razonamientos, las más recientes reflexiones en torno a este tema han elevado a un puesto principal la aplicabilidad del principio de la buena fe como elemento de protección frente al posible abuso de alguna de las partes, y del de proporcionalidad concebido como la búsqueda del equilibrio entre la medida adoptada y la finalidad que con ella se pretende³⁰³.

Pues bien, en la línea de reforzar el deber de buena fe del lado patronal, acreditados representantes de la doctrina iuslaboralista han entendido que el deber de buena fe interviene como garante de un determinado nivel de razonabilidad de la decisión empresarial. Se piensa, por tanto, que los derechos del trabajador únicamente pueden sufrir alguna restricción cuando ésta proviene de una medida adoptada por el empleador, ya sea para organizar la producción o a fin de ordenar las singulares prestaciones de trabajo, provista de un fundamento lógico, ligado a las necesidades de la actividad desarrollada en la empresa y a la disciplina que debe presidir la misma. De manera que no estarán justificados los mandatos que lesionen los intereses del trabajador sin que puedan entenderse portadores de algún legítimo interés empresarial³⁰⁴. Así, cuando el empresario en el desempeño de sus facultades de organización y dirección cuenta con un abanico de posibilidades para satisfacer la finalidad productiva de la empresa, ha de elegir aquella que sea menos gravosa para el trabajador en atención a las circunstancias personales y profesionales que le envuelven³⁰⁵.

³⁰³ PERULLI, A., «La buona fede...», cit., p. 18.

³⁰⁴ Vid. la defensa que del empleo de la categoría del «interés legítimo» como límite al poder discrecional del empresario realiza PERULLI, A., *Il potere direttivo...*, cit., pp. 162-165 y 167.

³⁰⁵ Para DEL VALLE VILLAR, J.M., «Los límites a los poderes del empresario...», cit., p. 198, resulta conforme a la buena fe «la prohibición de exigencias contrarias a la moral del trabajador a través de órdenes evitables, por ser potencialmente dirigibles a otros sujetos, dadas a sabiendas de sus sentimientos, o el mandato de realizar tareas contrarias a sus convicciones o en determinados períodos de tiempo». Sin embargo, hay que precisar que la postura tradicional del TC ha sido la de eludir toda referencia a la existencia de un deber que imponga al empresario la adecuación del ejercicio de su poder a las exigencias éticas de los trabajadores cuando la prestación estipulada resulta incompatible con el ejercicio pleno del derecho fundamental del trabajador (un detenido análisis de dicha jurisprudencia en CALVO GALLEGU, F.J., *Contrato de trabajo...*, cit., pp. 174-176). Por otra parte, CESTER, C., y MATTAROLO, M.G., *Diligenza e obbedienza...*, cit., pp. 455-457, dan cuenta de las distintas muestras de esta posición doctrinal plasmadas en la jurisprudencia italiana. En esta línea, no pocos pronunciamientos judiciales proceden al examen de los distintos intereses que se hallan en juego y conforman el patrimonio subjetivo del grupo de trabajadores que puedan verse afectados con la medida patronal. Sólo a raíz de un análisis comparativo de los mismos, se afirma, puede el empleador adoptar una decisión conforme a los dictados que emanan de la cláusula de buena fe y de corrección. Como podrá observarse, este criterio, cuando no estén previstas ni en la ley ni en el convenio colectivo ciertas reglas de selección, conduce a que la ordenación de la prestación deba adecuarse a un determinado procedimiento electivo de los trabajadores que estarán obligados a cumplir una específica orden o instrucción empresarial. En pocas palabras, se trata de dirigir la concreta medida empresarial al trabajador que vea con la misma lesionados en menor medida sus intereses.

En una dirección diametralmente opuesta se encuentran aquellos autores que, conformando la posición mayoritaria de la doctrina europea de nuestros días, han expresado claramente que el principio general de la buena fe no crea en la posición empresarial obligaciones *ex novo* que actúen como límites accesorios al desempeño de su labor directiva, sino que se revelan como modalidades de genérico comportamiento al que han de ajustarse los contratantes a fin de satisfacer plenamente el interés económico del empresario y colmar los derechos y obligaciones de las dos partes³⁰⁶. Se defiende, así, que de este principio se derivan parámetros preceptivos de conducta que suponen un límite interno a cada situación jurídica subjetiva, activa o pasiva, que se haya asumido contractualmente o que viniese legalmente impuesta, circunstancia que permitirá al juez comprobar la coherencia de la actuación del empresario con los valores que se derivan de dicho principio. Dicho de otro modo, el recurso a la cláusula general de la buena fe sirve exclusivamente como medio de integración del cumplimiento de las obligaciones ya existentes y no como elemento «correctivo»³⁰⁷. Se piensa, en consecuencia, que una interpretación extensiva del papel que en este ámbito cumple la buena fe terminaría por exponer el ejercicio del poder empresarial a una peligrosa revisión judicial en torno a la oportunidad de una concreta actuación, control que no dejaría de desenvolverse en términos subjetivos y variables³⁰⁸.

³⁰⁶ MARAZZA, M., *Saggio...*, cit., pp. 272-275 y PERSIANI, M., «Considerazioni sul controllo...», cit., pp. 135-151. VALLEBONA, A., *Tutele giurisdizionali...*, cit., pp. 65-66 y en *Istituzioni...*, cit., p. 115, subraya que «i vincoli ai poteri del datore di lavoro devono essere espressamente previsti dalla legge o dal contratto».

³⁰⁷ Terminología empleada por GARCÍA VIÑA, J., *La buena fe...*, cit., p. 71.

³⁰⁸ Como podrá suponerse, el recurso a los modelos de comportamiento social exigen una labor teórica previa que permita desentrañar cuáles son los estándares de actuación consolidados socialmente y compartidos por todos para que el juicio sobre la concurrencia o no de buena fe no sea exclusivamente deudor de la discrecionalidad del juez sino de la debida consideración a criterios objetivos. Se aduce, sin embargo, que éstos no son constantes sino que están sujetos a consideraciones mutables, máxime en el mundo de las relaciones laborales, caracterizado como está por tensiones sociales y por intereses fuertemente contrapuestos (MAZZOTTA, O., «Variazione su poteri privati...», cit., p. 592). Las modalidades concretas a través de las cuales los poderes del empresario son ejercitados, únicamente pueden ser caracterizadas de acuerdo al contexto particular de cada empresa y unidad productiva, insistiéndose en que este contexto está influenciado por un cúmulo de factores que lo convierten en un elemento mutable. Es por esto que muchos autores han sostenido que la operatividad de la buena fe *in executivis* no tiene cabida en el ámbito de las relaciones laborales ya que la misma dejaría la estimación de la regularidad del ejercicio del poder directivo a la discrecionalidad del juez al que le competa el conocimiento del caso concreto. Avanzaba PERSIANI que «il ricorso dei giudici del lavoro al principio di buona fede, quando non è andato oltre l'esibizione di formule verbali o di stile, ha, assai spesso, consentito soltanto di formulare una motivazione qualsiasi a decisioni irresponsabili, in quanto fondate esclusivamente su preconcetti ideologici» («Considerazioni sul controllo...», cit., pp. 136-137). Añadiendo que un control del poder empresarial a través de la buena fe conduciría inevitablemente a una grave restricción de la libre iniciativa empresarial y a una extraordinaria dilatación de los poderes judiciales, los cuales terminarían por desembocar en un casuismo judicial y en un atentado contra la seguridad en el Derecho (en «Diritto del lavoro e razionalità», cit., pp. 20, 34-36). En sentido contrario se manifiesta PERULLI quien, con mayor acierto en mi opinión, subraya que, siendo verdad que existen palpables dificultades para individualizar el contenido de la buena fe y, por ende, son visibles ciertos riesgos de arbitrio subjetivo por parte del juzgador, tal impedimento se mitiga enunciando una serie de

Lo cierto es, a mi entender, que no se puede cerrar los ojos al hecho de que la función que desempeña la buena fe en el contrato de trabajo se ha visto últimamente reforzada para evitar decisiones arbitrarias o abusivas con base al ejercicio del poder de dirección empresarial. Ejemplo de ello resulta la envergadura que ha adquirido el renovado tratamiento de los supuestos de acoso, merecedores de una mayor proyección en los últimos tiempos. Mucho más allá del redescubrimiento de los dictados de la buena fe en los deberes de las partes tipificados normativamente, este principio regirá el comportamiento contractual y, en lo que nos ocupa, pondrá límites a cualquier práctica abusiva que vaya en dirección de instaurar desorbitados caracteres de hegemonía en la relación jurídica de trabajo. No se pretende acotar el papel de la buena fe a funciones de signo estrictamente negativo identificándola con obligaciones de «no hacer» a fin de vetar los comportamientos arbitrarios o desleales. La consideración a la norma de la buena fe da lugar también a derechos respecto a la actuación positiva de la contraparte. Y es desde esta perspectiva justamente desde la que puede afirmarse que este instrumento del derecho contractual general desempeña un cometido sustancial en orden a la definición de la sujeción del trabajador y del mando empresarial en los términos más coherentes con el compromiso contractual³⁰⁹.

En resumidas cuentas, su labor no puede limitarse a desentrañar cuáles han de ser los comportamientos *ex lege*, prescritos por la normativa específica, ni reducirse al mero control de la fiel aplicación de los criterios acordados negocialmente. Es decir, no cabe excluir el perfil integrativo, pues es dicha misión la que le confiere a la buena fe una función de equilibrio entre las posiciones subjetivas que asumen ambos contratantes, garantizando al contratante más débil una cierta protección frente a la discrecionalidad empresarial³¹⁰. Deteniéndonos precisamente en esta última afirmación y teniendo muy presente las peculiaridades que caracterizan el marco en el que se desenvuelve la prestación laboral, la integración del contenido contractual debe contemplarse desde una perspectiva dinámica, hecho que constituirá ya de por sí un claro alegato en favor de la actuación de la buena fe sobre las obligaciones derivadas del espacio diseñado por el contrato, que en lugar de permanecer inmutables, podrán así ajustarse al pleno ejercicio de los derechos del trabajador³¹¹.

parámetros de juicio controlables o «tipos de comportamiento» de los que pueda extraerse el postulado jurídico de validez intemporal al que dicho principio se refiere («Il potere direttivo...», cit., p. 411).

³⁰⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «Poder de dirección...», cit., pp. 17-22.

³¹⁰ Vid. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J.J., *Seguridad e higiene...*, cit., pp. 277-278.

³¹¹ De este modo lo entiende CALVO GALLEGOS cuando subraya que «la buena fe objetiva obligaría así al empresario a adoptar una postura que, más allá de su simple neutralidad, potenciara el pleno y libre desarrollo de la personalidad del empleado» (en *Contrato de trabajo...*, cit., p. 174).

Totalmente descartado queda, así se deriva del sentir general de la doctrina y de la jurisprudencia, que la buena fe pueda emplearse para concretar deberes instrumentales y accesorios a la obligación principal utilizados para dilatar los deberes del trabajador pues éste, como la doctrina ha afirmado insistentemente, sólo estará obligado para cumplir los mandatos que puedan, en todo caso, reconducirse al pacto contractual alcanzado³¹². Al hilo de lo señalado, se precisa una nueva forma de entender la buena fe en el seno de las relaciones laborales, hecho insistentemente demandado por la doctrina en los últimos tiempos, cuya importancia trasciende mucho más allá del tema que nos ocupa, revistiendo todas las instituciones laborales de un renovado espíritu más acorde al mutuo respeto que se han de profesar ambas partes firmantes del vínculo contractual. De acuerdo a la intervención protectora a la que responde el ordenamiento laboral, se trata de apostar por un futuro papel más activo de las exigencias de la buena fe en aras a una mayor efectividad del control y limitación del poder del contratante más fuerte a cuya autoridad está sometido el otro sujeto que suscribe el contrato³¹³.

Retomando en este punto el debate en torno a la aptitud del principio de la buena fe para intervenir como límite jurídico común al elenco de prerrogativas atribuidas al empleador, es preciso constatar que éste podrá intervenir como mecanismo corrector de las eventuales manifestaciones de poder empresarial sin que para su aplicación sea requerida una previsión normativa específica que haga mención a la virtualidad de este principio en el campo de las facultades de ordenación y dirección³¹⁴. Hay que tener en cuenta que la norma estatal, la convencional o el pacto lícito entre las partes pueden llegar a delimitar el ámbito de injerencia de las facultades patronales y conceder ciertas garantías a la posición subjetiva del deudor de la prestación. Siempre que exista tal regulación explícita, el conflicto sostenido entre las pretensiones del empresario y los derechos del trabajador se resolverá de acuerdo a lo establecido en la misma, de modo que para hallar una solución jurídica no será preciso invocar la buena fe aunque lo cierto sea que las exigencias que de ella se derivan subyazcan en aquélla³¹⁵. Fuera de estos casos, dicho principio jugará un importante papel como garantía de los derechos que se puedan ver vulnerados por el empresario debido al ejercicio extralimitado de sus funciones, derechos que precisamente alberga la parte contractual sujeta al poder del otro contratante. La regularidad exigida en la norma implica también que el empresario debe obrar de buena fe.

³¹² GOZÁLEZ ORTEGA, S., «La difícil coyuntura...», cit., p. 261.

³¹³ GIL Y GIL, J.L., *Principio de la buena fe...*, cit., p. 193.

³¹⁴ Vid. FERRARO, G., «Poteri imprenditoriali...», cit., p. 161-162; LUQUE PARRA, M., *Los límites...*, cit., p. 131 y MOLINA NAVARRETE, C., «Hacia una revisión constitucional...», cit., p. 354.

³¹⁵ ROMÁN DE LA TORRE, M^a D., *Poder de dirección...*, cit., p. 265.

Por último y sin desmerecer la relevante función que hoy en día despliega la buena fe como herramienta jurídica de racionalización del ejercicio del poder empresarial y como mecanismo de control del mismo³¹⁶, lo cierto es que a lo que acertadamente se debiera aspirar no es tanto a incidir en el nivel de exigencia del deber de obrar conforme a la buena fe (acortando tal imposición respecto de uno de los contratantes para compensar la progresiva tendencia a la renombrada flexibilización de las relaciones laborales y la ampliación de las posibilidades de manifestación del poder empresarial resultantes de la misma), sino más bien a consolidar su intervención como estoque que pueda quebrar la arbitrariedad empresarial y deje un espacio abierto a la implicación de la persona del trabajador en la ejecución del trabajo. Conjuntamente será necesario afinar un instrumento técnico-jurídico que posibilite que la obediencia exigida al trabajador alcance exclusivamente hasta los confines del ámbito presidido por el correcto desempeño del poder empresarial. Téngase en cuenta que la violación de la buena fe por parte del empresario en el ejercicio de su poder de dirección hace que el mandato impartido sea, de suyo, ineficaz. Por tanto, no tiene el asalariado el deber de cumplirlo conformando, de este modo, la articulación jurídica de un *ius resistentiae* el remedio que, como más adelante se verá, con mayor eficacia protege el interés del trabajador en estos casos.

VI. CONDICIONES DE LEGITIMIDAD FORMAL

1. Procedimentalización

Realizado un análisis sobre los criterios limitadores que imponen obligaciones sustanciales o promueven un control sobre la corrección material de la actuación directiva, conviene en este momento plantearnos si es posible condicionar el ejercicio regular del poder de dirección y, consecuentemente la obediencia exigible al trabajador, al cumplimiento de un procedimiento determinado por parte del autor de la medida imperativa. El interrogante que habría que responder es si existen o no determinadas pautas formales a través de las cuales tendrá que encauzarse la actuación decisoria patronal ya que del seguimiento de las mismas se hará depender la legitimidad de la orden o instrucción impartida. Lo cierto es que al socaire del enfoque metodológico y conceptual del poder de dirección que se ha llevado a cabo en este trabajo, despojándolo de las prerrogativas que a menudo se integran como parte del mismo pero que, en sentido estricto, no son calificables como manifestaciones de dicho poder, no cabe más que concluir que hoy por hoy su ejercicio no está sometido por la acción del legislador a

³¹⁶ Vid. MOLINA NAVARRETE, C., «Hacia una revisión constitucional...» cit., pp. 354-355 y LUQUE PARRA, M., *Los límites...*, cit., p. 131. De ahí que se considere a la buena fe un «instrumento de información, cooperación, adaptación, transparencia y diálogo entre trabajador y empresario», RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «Poder de dirección...», p. 19.

particulares trámites formales y sin que ello obste, como podrá observarse, para que sean los interlocutores sociales quienes regulen estos aspectos a través de la negociación colectiva.

Baste recordar que el reparto desigual del poder en las unidades productivas no ha sufrido un cambio sustancial a lo largo de todos estos años en los que ha tenido lugar el desarrollo del sistema diseñado por la propia Carta Magna. No obstante, es a partir de la reforma del 94 cuando se da mayor protagonismo a la negociación con los órganos de representación de intereses en la empresa o en el centro de trabajo en detrimento de la intervención de la autoridad laboral antes prevista como mecanismo preferente. De sobra es conocido que los mecanismos de *participación* se disponen en el actual sistema normativo mediante la intervención de los órganos de representación³¹⁷ y que, de acuerdo a los mismos, éstos asumirán diversas funciones de variada entidad (incrementando su intervención cuando la actuación empresarial tiene una dimensión colectiva) tanto en el proceso de formación de las decisiones empresariales, como en un momento posterior al mismo (si bien quedando su intervención reducida en estos casos a la observancia por parte del empresario de un trámite de información de la medida adoptada). Qué duda cabe, por otro lado, de que la normativa comunitaria sobre la *implicación*³¹⁸ de los trabajadores en el ámbito de las sociedades anónimas y cooperativas europeas ha relanzado el debate sobre la participación como objeto de discusión, después de una época de crisis y a la luz de las continuas transformaciones de

³¹⁷ Si bien es cierto que el ejercicio legislativo dio la mención de *participación* a lo que propiamente, desde el punto de vista técnico, no es más es una *representación* de los intereses, pese que en ambos casos se trata de fórmulas de acción colectiva de los trabajadores en la empresa. Por clásico, PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, cit., pp. 105-110. Recuerda PALOMEQUE, en consonancia con al doctrina sentada por el TC en la sentencia 189/1993, de 14 de junio, que «los derechos de información y de negociación no dejan de ser lógicamente sino las herramientas necesarias para el ejercicio efectivo de la función de representación de intereses que llevan a cabo delegados y comités. (...). Cuando éstos negocian, reciben información o son consultados por el empresario, se limitan a representar y defender los intereses del conjunto de los trabajadores de la unidad productiva, aunque para el legislador esta labor merezca además elocuentemente la consideración de “participación” en la propia empresa». Téngase en cuenta que con dicha operación legislativa, tildada por el citado autor de «voluntarista» o de «uso legislativo caprichoso e incierto», se pretendía cumplir el mandato dado a los poderes públicos en el art. 129.2 CE. Sin embargo, dicho precepto permanece sin alcanzar el desarrollo esperado, camuflado bajo las fórmulas legalmente previstas de representación («La participación...», cit., pp. 25-26). Distinto criterio mantienen GALIANA MORENO, J. y GARCÍA ROMERO, B., «La participación y representación de los trabajadores en la empresa en el modelo normativo español», en *RMTAS*, núm. 43 (2003), p. 17.

³¹⁸ La noción de *implicación*, originaria del derecho comunitario, alude a las distintas formas a través de las cuales los representantes de los trabajadores pueden adquirir influencia en la toma de decisiones en la empresa. Este concepto se contempla en el art. 2, *i* Ley 31/2006, de 18 de octubre, consagrándolo como una categoría jurídica integradora de la «información, la consulta y la participación, y cualquier otro mecanismo mediante el cual los representantes de los trabajadores pueden influir en las decisiones que se adopten en la empresa». Así las cosas, la noción de implicación no puede asimilarse propiamente a la de participación, constituyendo esta última una subespecie de aquélla. En concreto, alude a la forma más intensa de influencia, esto es, a la presencia de los representantes de los trabajadores en los órganos institucionales de la empresa.

las estructuras empresariales. En este orden hay que destacar la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre y de la Directiva 2003/72/CE, de 22 de julio, mediante la Ley 31/2006, de 18 de octubre³¹⁹.

Sin embargo, al margen de las empresas expresamente comprendidas en el ámbito de aplicación de esta ley y a diferencia de lo que ocurre con otras facultades patronales de índole estrictamente organizativa³²⁰, la capacidad para ordenar y disciplinar la prestación comprometida contractualmente, ligada de forma inmediata a la situación de sujeción del trabajador, no está limitada legalmente por ninguna técnica de control que prevea alguna de las distintas instituciones reconocidas por nuestro Derecho del Trabajo. Sigue siendo la negociación colectiva el mecanismo a través del cual se está impulsando la colaboración del estrato laboral en aquellas estructuras empresariales que no estén amparadas por un desarrollo legal específico en esta materia.

Como punto de partida hay que recordar que los representantes de los trabajadores cuentan con una importante prerrogativa limitadora del ejercicio del poder directivo: la posibilidad de acordar con instancias empresariales los términos que formarán parte del convenio y de decidir las cuestiones económicas, productivas u organizativas que ulteriormente influirán en la conformación de las facultades patronales, viéndose también entre éstas afectada la ordenación o dirección de las prestaciones singulares de trabajo contratadas. La contribución de las instancias de

³¹⁹ La principal aportación de la normativa europea reside en la renovada visión de una institución cuya regulación siempre ha estado precedida de una gran complejidad social y de política legislativa. Se ha dicho, en este sentido, que dicho impulso europeo a la participación «puede contribuir de manera importante a cambiar la tradicional desconfianza hacia los mecanismos participativos en la empresa demostrada por parte de las organizaciones sindicales» (en LANDA ZAPIRAIN, J.P., «Las nuevas formas de participación en la empresa», *Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales*, MTAS, Madrid, 2007, p. 658). La construcción técnica de las categorías que en ella se contemplan deja muy atrás las previsiones legales contenidas en la Ley 4/1997, de 24 de marzo, sobre las sociedades laborales. La EM ya recoge la intención de promover la participación de los trabajadores en la empresa aunque se trate, en realidad, no de la participación en los órganos de gobierno de la sociedad, sino de una intervención ligada a la idea de la propiedad de la empresa. Sobre esto, *vid.* PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., «La participación...», *cit.*, p. 27.

³²⁰ Refiriéndome únicamente a las decisiones patronales circunscritas en dicho terreno y a las posibilidades de intervención de los interlocutores de los trabajadores en el proceso de adopción de las mismas, huelga señalar que hasta la aprobación de la Ley 38/2007 el ET se había mostrado parco en la regulación de estas cuestiones limitándose, en el caso de las decisiones que modifican sustancialmente las condiciones de trabajo, movilidad geográfica, sucesión de empresa y despido colectivo, al señalar que «las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo» (arts. 40.2, 41.4, 44.9 y 51.4 ET). En la actual redacción, en cambio, se insta a que en los procedimientos de información y consulta, el empresario y el comité actúen «con espíritu de cooperación» y tengan en cuenta «tanto los intereses de la empresa como los de los trabajadores» (art. 64.1 ET). Si bien en ningún caso se condiciona la efectividad de dicha disposición patronal al alcance de un acuerdo negociado. Esto es, de acuerdo a la fórmula recogida legalmente, las partes únicamente tienen la obligación de negociar, que no de convenir. En realidad, sólo en los supuestos en los que el período de consultas abierto entre el empresario y los representantes de los trabajadores concluya sin acuerdo en relación con un despido de naturaleza colectiva, la norma estatutaria prevé la intervención de la autoridad laboral que «dictará resolución estimando o desestimando, en todo o en parte, la solicitud empresarial» (art. 51.6 ET).

representación a la concreción de las condiciones de trabajo constituye uno de los aspectos en los que se vislumbra una potencial capacidad de los asalariados para influir en las decisiones que *a posteriori* serán adoptadas por el empresario. Pero junto a ésta, otra de las vertientes que hay que subrayar en relación al entramado colectivo en el seno de las empresas, es la eventual aportación del marco convencional al diseño de las pautas técnicas a través de las que se ejercerá el poder de dirección.

Ahora bien, los cauces típicos de comunicación y diálogo entre la representación laboral y la empresa sólo se han visto incrementados de manera significativa en las empresas con sistemas flexibles de representación, normalmente de grandes dimensiones y, principalmente, en lo que se refiere a la procedimentalización de las prerrogativas económicas o de gestión³²¹. Además, es frecuente que las pautas formales eventualmente implantadas se identifiquen con el nivel mínimo de las posibilidades de intervención (o para adoptar la nomenclatura comunitaria, de *implicación*) de los trabajadores en la empresa puesto que quedan limitadas a los trámites de información y consulta, eludiendo de este modo, en la mayoría de los casos, los mecanismos de participación orgánica o institucional. La Ley 38/2007, de 16 de noviembre, incluyó expresamente el derecho de información y consulta entre los derechos básicos de los trabajadores (art. 4.1, g ET), una noción de dichos conceptos, la reformulación de algunas de las cuestiones que serán objeto de información o de consulta y, como se aduce en la EM, la clarificación del contenido así como de su forma de ejercicio. Es cierto que tal regulación, aun no concerniendo directamente a las manifestaciones del poder directivo tal y como ha sido configurado en este estudio, servirá de telón de fondo al servicio de la ordenación de las singulares prestaciones de trabajo. Pero en lo que al ejercicio de la potestad directiva se refiere, debe recalcar que no se contemplan nuevas figuras o fórmulas de actuación para los trabajadores más allá de las posibilidades previstas legalmente. Se ha podido constatar a través de la revisión de un muestreo de convenios colectivos que el tradicional tratamiento que en ellos se realiza al poder de dirección no se ha visto alterado sustancialmente en los últimos años. En el común de los casos el empresario se mantiene reticente a compartir su poder de decisión y muy especialmente su capacidad de dirigir a través de disposiciones imperativas la actividad productiva y el comportamiento de los miembros que componen la plantilla.

Centrando el presente discurso en las posibilidades, en mayor o menor medida, de modalización del poder de dirección por parte de este referente colectivo a fin de que, tanto el contenido de los mandatos empresariales, como la canalización de su

³²¹ Un amplio análisis de las previsiones convencionales en este campo en LÓPEZ AHUMADA, J.E., «El derecho de consulta previa como instrumento de control colectivo del poder de dirección», en AA.VV. (Coord. Escudero Rodríguez, R.), *El poder...*, cit., pp. 337-339.

ejercicio, puedan verse influidos por los intereses de los trabajadores considerados en su conjunto, cabe reseñar que, hoy por hoy, la negociación colectiva ha tenido un papel muy limitado como cauce para proveer de mayor dinamismo al desarrollo de las tareas de la dirección a través de singulares mecanismos participativos. Nadie duda de la enorme dificultad que entraña hacer valer en la relación individual de trabajo el conjunto de intereses contrapuestos de proyección colectiva. Téngase en cuenta que es justamente el poder de mando el que en mayor medida se halla ligado el principio de exclusividad o unilateralidad³²². De hecho, los espacios comunicativos entre empresario y trabajadores en parte del tejido productivo compuesto por empresas de reducidas dimensiones se encuentran prácticamente sellados, conservando el empresario intacta una supremacía integral en el área de la dirección empresarial³²³. Y es que, a decir verdad, con demasiada frecuencia el único margen de actuación de los trabajadores en el desempeño de las facultades de dirección coincide con las atribuciones normativas conferidas a los representantes de los trabajadores. Resultado de las mismas será, como se ha avanzado anteriormente, la insoslayable vinculación de las órdenes e instrucciones empresariales a lo dispuesto, con carácter previo a su emisión, en el convenio aplicable.

Un reparto efectivo de las funciones «gubernativas» en la empresa supondría la instrumentalización de mecanismos que permitieran la emisión de órdenes e instrucciones a través de un ejercicio compartido de las prerrogativas de mando. No puede obviarse que dar entrada a los representantes de los trabajadores en el órgano de dirección de la empresa o la creación de otro tipo de instancias paritarias puede alumbrar la adopción de importantes decisiones relacionadas con la organización, planificación y gestión de los recursos, dejadas tradicionalmente a la sola voluntad empresarial. La programación, sin embargo, de un régimen limitador similar, fundado en torno a la idea de corresponsabilidad, parece inviable en lo que respecta al ejercicio de ciertas facultades que componen el poder de dirección, máxime en estructuras empresariales de reducido tamaño. Ello no es obstáculo, por otro lado, para que se

³²² Tradicionalmente parte de la doctrina ha sustraído de la negociación al ejercicio del poder de dirección, que se concibe como monopolio del empresario, con carácter irrenunciable, puesto que, se dice, cesiones en este ámbito conculcarían el marco económico que la Constitución contempla. En estos términos se expresa MONTOYA MELGAR, A., «Dirección y control de la actividad laboral (artículo 20)», en AA.VV. (Dir. BORRAJO DACRUZ, E.), *Comentarios a las leyes laborales*, Tomo V, Edersa, Madrid, 1985, p. 152. Mantiene una crítica a tales argumentos ROMÁN DE LA TORRE. La autora destaca que el empresario puede disponer libremente de sus facultades y trasladar parcelas de dicho poder, siendo ello perfectamente compatible con el ordenamiento jurídico que se deriva del sistema constitucional, en el curso las de concesiones recíprocas que se sustancian en el plano de la negociación colectiva. Empleando una expresión particularmente plástica añade: «es el empresario y no la ley el que, dentro de los límites de legitimidad, es guardián de sus propias facultades». Así en *Poder de dirección...*, cit., pp. 400-402.

³²³ Acerca de la relevancia del tamaño de la empresa como factor de incidencia en el mayor o menor espacio dejado a la participación, ALBALATE, J.J., *La participación de los trabajadores en la tecnología*, CES, Madrid, 2005, p. 31.

provean distintas vías de restricción del poder directivo a través de la asignación de facultades para influir colectivamente en las decisiones patronales. Esta es precisamente la cuestión cardinal que pretendo tratar en este momento, si sería o no acertada la incorporación a nuestro ordenamiento de compromisos de cooperación que, sin alterar nuestra realidad socio-laboral, supusieran la introducción de fórmulas de «participación no institucional», adicionales a las ya existentes, por medio del desarrollo de las competencias de los órganos de representación en este ámbito.

El actual déficit regulador conduce a que todas las miradas se dirijan a la negociación colectiva como el medio apto para tal fin, aunque ya haya quedado patente el exiguo alcance que hasta ahora ha tenido la norma convencional en este aspecto³²⁴. Lo cierto es que, a mi modo de ver, una intervención de los representantes de los trabajadores en el proceso por el que discurre la toma de decisiones del personal que desempeña las facultades de dirección, infundiría a la actuación directiva de una mayor objetividad y racionalidad, frenando manifestaciones potencialmente litigiosas y aportando alternativas a las órdenes que ya en su origen se muestren notoriamente ilegítimas³²⁵. Esto es, la canalización del poder directivo a través de un determinado proceso aglutinador de los aspectos informativos y de negociación, que bien pudiera implicar el trámite de consultas preceptivas o la emisión de informes, permitiría una implicación positiva de los trabajadores a fin de que éstos pudiesen, no sólo tener un simple conocimiento del problema, sino también ofrecer su colaboración para solucionarlo y plantear nuevas propuestas frente a órdenes e instrucciones abusivas o arbitrarias³²⁶. Técnica, que como podrá intuirse, reclama del estamento empresarial una especial atención a la formación de los trabajadores para que puedan desplegar una importante labor en este ámbito. Ello no conduciría a la supresión de la conflictividad, pero sí a una disminución de los márgenes de oposición que se aprecian cuando entre empresario y asalariado existen diferencias valorativas en torno a la regularidad de la orden o instrucción dada. Pese a ello, las dificultades para articular estas medidas formales en la práctica no son pocas en un campo de actuación empresarial que a

³²⁴ Dicha posibilidad es abrazada formalmente en el 9º apdo. que añade al art. 64 ET la citada Ley 38/2007.

³²⁵ Una implicación de los trabajadores de este cariz actuaría en consonancia con la finalidad preventiva con la se concibe en la normativa comunitaria las figuras jurídicas de la información y consulta («para evitar la toma de decisiones empresariales dañosas para los trabajadores»). *Vid.* Considerando 7 y 8 de la Directiva /2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002.

³²⁶ Refiriéndose a la consulta representativa, indica DEL VALLE VILLAR que éste es un trámite que no conviene subestimar puesto que «reduce la “discrecionalidad” empresarial en cuanto la somete al tamiz de la opinión ajena». Así en «Los límites a los poderes del empresario...», cit., p. 193. Más escéptico se muestra LUQUE PARRA, M., *Los límites...*, cit., p. 144, cuando afirma que «“a priori” es discutible que con la intervención de los representantes de los trabajadores se reduzca la discrecionalidad empresarial, ya que en la mayoría de los supuestos el empresario seguirá manteniendo idénticas opciones en cuanto a la elección final de la decisión que pretenda imponer».

menudo requiere de la ejecución inmediata de la orden impartida y donde, piénsese en las pequeñas empresas menos burocratizadas, la transmisión de los mandatos se hace de manera informal y de modo directo, del dirigente al trabajador o trabajadores afectados. Conjuntamente, sobre la posibilidad de instrumentalizar mecanismos jurídicos de implicación de los trabajadores en las facultades de dirección pesa un riesgo que no es precisamente insignificante. Si estas figuras carecieran de una regulación sólida y nutrida por un contexto participativo eficaz, actuarían como respaldo a las decisiones patronales en lugar de conformar un contrapeso o criterio de contención del poder empresarial, disminuyendo ostensiblemente las posibilidades posteriores de contestación u oposición a las mismas.

Así pues, más viable sería defender la orquestación de ciertas reglas que otorguen de manera expresa a los agentes sociales la facultad de intervenir, no ya en el proceso de formación de la decisión, sino en un momento posterior efectuando un control sobre la corrección material de las órdenes e instrucciones dictadas por el empresario y puestas en cuestión por los receptores de las mismas. El art. 64.4, *c* ET recoge el derecho del comité de empresa a ser informado de las sanciones impuestas por infracciones muy graves, lo cual faculta a dicho órgano a exigir ser comunicado de la adopción, en el caso que aquí incumbe, de un despido disciplinario por desobediencia, sin que de ello pueda extraerse la apertura de un diálogo entre la empresa y los representantes de los trabajadores –diálogo que, a su vez, pudiera suponer la atribución, a estos últimos, de un papel como mediadores de los conflictos sustanciados con ocasión a la obediencia de determinadas órdenes e instrucciones que el trabajador haya considerado injustas³²⁷. De modo que, de acuerdo al esquema actual, la única técnica de control de la regularidad de los mandatos empresariales se reduce a la valoración que corresponde a la instancia judicial. No obstante, quede aquí dicho que el examen del mandato controvertido que pudieran llevar a cabo los órganos de representación, aun careciendo de fuerza vinculante, serviría, no ya para alterar la capacidad decisoria de la dirección empresarial, sino como valiosa orientación y apoyo, de la decisión de los órganos extrajudiciales, o de la del juez encargado de pronunciarse sobre la legitimidad de las decisiones impartidas que competen al empresario dentro de su potestad de mando.

2. Justificación

Como se ha tenido oportunidad de avanzar anteriormente, las órdenes, prohibiciones o, en definitiva, los mandatos empresariales que habrán de ser obedecidos

³²⁷ No pueden olvidarse, con todo, las previsiones del art. 68, *a* ET.

por la fuerza de trabajo, a salvo de lo que en su caso se pudiera prever en el convenio colectivo o acuerdo de empresa, no están sujetos a ningún requisito de forma y por tanto, la manera de expresión de los mismos es sustancialmente libre. Pues bien, la normativa legal, al igual que ha eludido exigir ciertos requisitos con relación a dicho aspecto, en lo que al ejercicio del poder directivo se refiere, tampoco ha impuesto ninguna exigencia en torno a la motivación que pudiera acompañar a las directrices de ordenación de la prestación y de la conducta del estrato laboral. Tal y como parece extraerse de la configuración legal de tal poder, el empresario no precisa justificar ni aportar razones que apoyen las decisiones directivas que en cada momento haya adoptado. Deteniéndome no obstante en esta observación, y sin pretender volver nuevamente sobre los criterios de legitimidad al que han de ajustarse las disposiciones directivas, hay que situar la discusión en la existencia (o en las posibilidades para su formulación) de un deber que exhorte al acreedor contractual a exponer o, más gráficamente, a dar a conocer los argumentos o presupuestos que han formado parte del proceso o *iter* lógico que mueve la adopción de concretas órdenes o instrucciones.

Con carácter previo, y bajo el propósito de llevar a cabo una aproximación desde la perspectiva de derecho comparado, es indefectible referirse a las aportaciones que se han sucedido en Italia donde esta cuestión ha suscitado un intenso debate entre los representantes más significativos de su doctrina. Puede comenzarse señalando que, dada la ausencia de referencias específicas en el derecho positivo, la mayor parte de la doctrina italiana ha sostenido el libre ejercicio del poder directivo empresarial sin que esté compelido el empresario en su actuación a motivar las razones que le mueven a optar por una u otra decisión, al margen, claro está, de las previsiones que al respecto pudiera contener el *contratto collettivo* y de las espontáneas concesiones que en esta línea realice el empresario³²⁸. En cambio, otros autores (en consonancia con la defensa del control interno al ejercicio del poder directivo y haciendo un claro paralelismo con la motivación y la transparencia de los criterios adoptados en la toma de decisiones que opera en el derecho administrativo)³²⁹, sostienen la presencia, también en el campo de las relaciones laborales, de un deber de coherencia, razonabilidad e imparcialidad de las decisiones provenientes de la autoridad jerárquica del empresario, ya actúe como ente público o privado³³⁰.

³²⁸ En este sentido, MIANI CANEVARI, F., «Il sindacato giudiziale sull'esercizio dei poteri privati dell'imprenditore», en *Dir.Lav.*, vol. I (1996), p. 148 o PERSIANI, M., «Diritto del lavoro e razionalità», cit., p. 32. Entre la jurisprudencia, por todas, *Cass.* 17 mayo 1996, núm. 4570.

³²⁹ *Vid.* en MARAZZA, M., *Saggio...*, cit., p. 279, una crítica a la posición de algunos autores que han defendido la existencia de estrechos ligámenes entre la motivación de los actos administrativos y la de los instrumentos al servicio de la dirección de la prestación asalariada.

³³⁰ PERULLI, A., *Il potere direttivo...*, cit., p. 239.

La adjudicación a los límites internos mencionados de una relevante función en la restricción de las prerrogativas de dirección, su configuración como pautas de control de la legitimidad de las órdenes e instrucciones, viene en muchas ocasiones de la mano de la atribución al empresario de una obligación relativa a la justificación de sus actos de ordenación. Entonces, se defiende que sobre el empresario, o sobre el personal que colabora con él en las tareas de dirección, pesa la carga de hacer cognoscibles los elementos que han sido tenidos en cuenta en el proceso que ha conducido a la ordenación, en uno u otro sentido, de la prestación del trabajador y de su comportamiento. En definitiva, se mantiene que la omisión de la correspondiente argumentación que ha de acompañar a cada acto de ejercicio del poder empresarial, entre los que se incluyen las órdenes e instrucciones, supone en sí misma un quebrantamiento de los principios de buena fe y corrección que también gravan la actuación del empleador.

Otras veces la doctrina italiana se ha mostrado reticente a admitir la sustanciación de límites al ejercicio del poder a través de los criterios relativos a la razonabilidad o imparcialidad de los mandatos y, sin embargo, coinciden con las posiciones anteriores en requerir del empresario la exteriorización de los motivos empleados en el proceso de dirección de las prestaciones singulares de trabajo. Y ello por un motivo bien distinto al antes apuntado: se entiende en este caso que la justificación formal de las decisiones adoptadas por la jerarquía empresarial en el ejercicio de sus facultades constituye el medio más apropiado para verificar que los límites externos que gravan el ejercicio del poder empresarial non han sido indebidamente sobrepasados.

Si el proceder directivo de la cadena de mando acompaña cada decisión de la correspondiente exposición de las razones que la impulsan, qué duda cabe, se estará facilitando la labor del juez que tenga como cometido determinar la legitimidad de una actuación directiva del empresario. Pero también proporcionará una inestimable ayuda al trabajador en ese momento previo que corresponde a la recepción de las indicaciones obligatorias relativas a su trabajo o comportamiento y a la valoración subjetiva en torno al correcto ejercicio que se espera del poder patronal. La exteriorización de los motivos que llevan a la concreción del contenido de las obligaciones laborales individuales aminora el riesgo que asume el trabajador cuando, fruto de una estimación personal de las directrices percibidas, intuye la irregularidad de las mismas y las incumple. Pese a lo impecable de este aserto, hay que hacerlo con todas las cautelas puesto que la insegura y a la par débil posición en la que se encuentra el asalariado que ofrece resistencia a un determinado mandato sólo se verá reducida si el empresario expone las verdaderas

causas que lo motivaron. Esto es, únicamente cuando la motivación es coherente y ajustada a las razones de fondo, de modo que el empleador no oculta su intencionalidad auténtica bajo el disfraz de un móvil sólo formalmente justificado.

En este debate se evidencian distintos argumentos que naturalmente transitan por direcciones opuestas. Desde las tesis tradicionales se descifra una oposición a todo intento de confinar las manifestaciones del poder directivo a tales condiciones de motivación puesto que dichos requerimientos supondrían una indebida burocratización del mismo o, expresado de otro modo, una excesiva e infundada contención del espacio de libertad jurídica del que dispone el empresario para ejercitar su poder discrecional. Otra posición apuesta por la instauración de un deber de justificación de las decisiones empresariales, no de aquellas relacionadas directamente con la estrategia económica de su empresa, sino de las que afecten a la posición jurídica del trabajador, principalmente, de las que restrinjan sus derechos³³¹. Ocupando una solución intermedia se emplaza la conformación de este deber como una obligación intrínsecamente limitada, advirtiendo que no impone al titular de las prerrogativas de mando, o a los que las ejercen en su nombre, el imperativo de acompañar cada una de sus decisiones de una motivación jurídica completa con objeto de dar cuenta de que su voluntad, en definitiva, de que las órdenes e instrucciones dadas, responden al desempeño correcto del poder directivo. Abundando en esta última línea, se debe subrayar que la práctica directiva, ontológicamente unilateral, no necesita de ningún tipo de autorización que tenga que acompañar a su ejercicio y tampoco tiene que aportar ninguna causa concreta que dé explicación del camino que ha adoptado la dirección de la empresa. Pero en la inteligencia de la teoría expuesta, nada impediría que los requerimientos atinentes a la motivación de las órdenes e instrucciones quedaran reducidos a un supuesto muy concreto: cuando se está enjuiciando judicialmente el ejercicio de dicho poder y existen suficientes sospechas de que la disposición patronal sobrepasa los confines del legítimo desempeño de las facultades de dirección. Es entonces cuando se estima oportuno que el empresario esté constreñido a justificar el sentido de su decisión. Sin embargo, el alcance de dicha motivación se limita a la demostración de la adecuación jurídica de la directriz empresarial puesta en cuestión y no a su oportunidad económica, organizativa o social³³². De modo que el juez únicamente podría entrar a valorar la licitud o ilicitud de la orden patronal o las posibilidades reales de su realización práctica.

³³¹ Sobre el tema, RODRÍGUEZ PIÑERO, M., «Poder de dirección...», p. 19.

³³² Así lo entiende ROMÁN DE LA TORRE cuando postula que la ordenación empresarial de la relación laboral no es «una facultad que debe justificarse en una causa concreta, sino que ciñéndose al ámbito legítimo del pacto, el empresario no precisa dar razón de por qué utiliza el trabajo en la forma que lo hace puesto que no hace sino ejercitar aquellas posibilidades jurídicas que el contrato mismo genera en ese sentido» (*Poder de dirección...*, cit., p. 108).

A fin de cuentas, lo cierto es que no existe una obligación positiva de ofrecer una motivación explícita de los instrumentos a través de los cuales se exterioriza el poder de dirección. A salvo, como es obvio, de lo que en su caso pudieran establecer los convenios colectivos al efecto o los acuerdos entre el empresario y trabajadores, pasando a integrar el correspondiente patrimonio contractual los compromisos conseguidos en este sentido. Las estrategias y maniobras internas que suscitan las diversas operaciones conducentes a la gestión de los activos de la empresa y la ordenación del trabajo pertenecen, de acuerdo a los propios presupuestos fácticos que originan tales poderes, a un espacio empresarial dominado por el titular de la organización empresarial y dado a conocer, posiblemente, a su equipo más cercano sin que pueda deducirse, a la vista de la configuración legal del poder de dirección bajo parámetros de supremacía y jerarquía, deber alguno que atribuya al empresario el cometido de dar explicaciones a cada uno de los destinatarios de las disposiciones imperativas de la dirección.

Sin embargo, considero oportuno destacar que esta regla general que exime al empresario de informar al trabajador de las razones que mueven sus órdenes no puede ser entendida en sentido absoluto y sin excepciones. Estimo acertadas las reflexiones de parte de la doctrina en torno al tema que se está abordando y que no tienen que ver con un control causal indiscriminado del ejercicio de las prerrogativas directivas, sino con la necesidad de que el empresario comunique los argumentos que han sido sopesados en sus decisiones cuando así le sea requerido por el trabajador ante aquellas más gravosas para sus derechos e intereses, frente a las disposiciones patronales impartidas bajo circunstancias especiales, o bien ante aquellas que no se avengan a la actuación directiva ordinaria de la empresa. Se trataría, en definitiva, de despejar cualquier sombra de duda en relación a la actuación patronal³³³.

³³³ En este sentido cabe traer aquí a colación la STSJ Castilla y León, 24 mayo 1995 (AS/ 2029), que resuelve la improcedencia del despido impuesto a un trabajador ante la negativa de éste a trabajar en la fecha inicialmente acordada para las vacaciones. En este caso, el empleador le comunicó que debía retomar sus funciones en el período de descanso que originariamente tenía reconocido y dicha orden se dio de forma intempestiva, justamente en los días previos a estadio vacacional, sin explicación alguna relativa a la ineludible necesidad de los trabajos o la perentoriedad de los mismos. Así las cosas, aboga el Tribunal por un «poder de dirección bien entendido, racionalmente ejercido y suficientemente explicado ante circunstancias especiales que le priven de cualquier atisbo de connotación de arbitrariedad que pudiera suponer la obstaculización al trabajador del ejercicio de sus derechos laborales». Primordial y principal carácter es predicable de la regularidad requerida *ex lege* a las órdenes e instrucciones del acreedor contractual, las cuales, si bien no precisan de una «cumplida justificación ante el trabajador de tal manera que logre su convencimiento», se precisa en la sentencia, «sí que en alguna medida le era exigible al empresario en el supuesto de autos un plus de actividad o de conducta respecto de la orden impartida ante la excepcionalidad de la circunstancia y la razonabilidad de la conducta opositora del trabajador, dado que las relaciones laborales han de desarrollarse conforme a las exigencias de la buena fe que en el supuesto concreto enjuiciado invitaba a una actitud dialogante o en cierta manera negociadora al menos de cara al ofrecimiento de un período o fechas alternativas del disfrute que se le negaba por la circunstancia sobrevenida». Solución semejante se aporta al supuesto resuelto en STSJ C. Valenciana, 8 mayo 1998 (AS/2236).

Precisamente una actuación en tal sentido sería la más ajustada a las directrices derivadas de la aplicación del principio de buena fe. No es nuevo el entendimiento de la buena fe como límite al poder de dirección y también como principio desde el cual pueden extraerse deberes empresariales que generan posiciones activas del trabajador. Esta idea conforma el punto de partida para atribuir al acreedor contractual deberes positivos relacionados con la puesta a disposición del asalariado de un determinado tipo de informaciones³³⁴. De hecho, desde hace tiempo son insistentes los pronunciamientos doctrinales en torno a la creciente repercusión del derecho a la información en el plano contractual, el cual es configurado como expresión del deber de buena fe que existe entre las partes y, en este caso, como instrumento de tutela de la parte más débil³³⁵. Extendiendo el alcance de este derecho no sólo hacia el conocimiento de las condiciones aplicables a la relación laboral entablada, sino también a las razones que promueven la adopción de concretas órdenes en uno u otro sentido, se lograría una mayor certeza y transparencia en relación al cumplimiento del elenco de obligaciones de las que, en virtud de su condición de contraparte contractual, el trabajador es titular. Lo cual le permitiría disponer de datos precisos y concretos sobre el desarrollo de las facultades de ordenación, constituyendo ésta una valiosa información tanto para el cumplimiento de los deberes como para el apropiado ejercicio de los derechos que le asisten³³⁶.

³³⁴ Vid. MONTOYA MELGAR, «Dirección y control...», cit., p. 129.

³³⁵ Así lo pone de relieve RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «Poder de dirección...», pp. 16-17.

³³⁶ GIL Y GIL, J.L., *Principio de la buena fe...*, cit., p. 219.

CAPÍTULO TERCERO

DESOBEDIENCIA JUSTIFICADA Y AUTONOMÍA DECISORIA DEL TRABAJADOR

I. PLANTEAMIENTO Y OBJETIVOS

De acuerdo a lo que hasta aquí se ha visto, concurren un conjunto de variadas fronteras, provenientes de diferentes fuentes, al ejercicio del poder empresarial de dirección. Pero del mismo modo que se ha podido constatar la existencia de aquéllas, no puede soslayarse el hecho de que la actuación directiva del empleador y sus colaboradores puede traer aparejada, y así lo demuestra la abundante conflictividad que tradicionalmente ha estado siempre presente en este ámbito, el empleo de vías de escape o de mecanismos dirigidos a eludir las imposiciones normativas y límites contractuales. A diferencia de lo que sucede con otros poderes empresariales (como pueda ser el disciplinario en caso, por ejemplo, de despido sin justa causa), el legislador no ha establecido cuáles serán las consecuencias inmediatas del uso extraviado o ilegítimo de las facultades de dirección. Para ser más exactos, el texto estatutario al definir la obligada observancia de las órdenes e instrucciones patronales, la circunscribe únicamente a los instrumentos de expresión de la dirección cuando el emisor se haya acogido a los requisitos que gravan el ejercicio de tales prerrogativas de mando. La expresión del legislador contiene un estándar de comportamiento de origen contractual de matriz claramente inconcreta, que puede llegar a provocar en sede judicial una aplicación elástica del imperativo legal en tanto que dicho control del respeto o violación de la exigencia normativa deberá hacerse por las instancias judiciales barajando una noción –la regularidad– de contenido visiblemente indeterminado.

No es desconocido que el concepto de poder de dirección y los límites que acompañan su ejercicio conforman una cuestión viva, sujeta a continuos cambios a medida que van evolucionando los criterios doctrinales y jurisprudenciales. Pero a su vez, y como quiera que este asunto ha merecido una especial atención de la doctrina científica desde los albores de la industrialización, y que la dinámica de las relaciones laborales ha generado múltiples conflictos jurídicos, en ocasiones de difícil solución, que tienen por objeto las confrontaciones entre los contratantes nacidas a resultas de la obediencia exigida al trabajador de acuerdo con el proceder directivo del empresario, unos y otros han hecho un loable esfuerzo por salvar la ambigüedad y el carácter variable que impregna el propio concepto de regularidad. Indagando en el contenido de

las directrices patronales, que son inherentes al devenir de la actividad de la empresa, se podrá convenir si éstas se ajustan o no a lo dispuesto en los instrumentos reguladores que acotan el poder en cuyo nombre se imparten.

Los límites impuestos a la concreción unilateral del débito laboral actúan a modo de parámetros de la obligatoriedad de los propios mandatos del empresario. Así, conviene recalcar que cuando las directrices imperativas del empleador entran en contradicción con las restricciones normativas y contractuales que ponen freno al ejercicio directivo en la empresa, tales órdenes no cuentan con el amparo del ordenamiento jurídico y, en consecuencia, pierden su carácter obligatorio dejando estéril la posición subjetiva del asalariado dependiente. La cuestión más difícil de resolver tiene que ver propiamente con los efectos que derivan de la eventual irregularidad que puede afectar a las directrices patronales. Específicamente, se generan dudas en torno a las siguientes cuestiones: si debe cumplir el trabajador la voluntad empresarial, expresión de sus facultades de dirección, a pesar de entenderla ejercitada ilícitamente, o cabe la desobediencia; si puede ser sancionado en caso de desoír una orden que él presumía ilegítima y que en opinión del juez debe reputarse legítima; y paralelamente, cuando la orden que el trabajador quebranta sea irregular pero, según el juez, la irregularidad no posee tal intensidad como para justificar una desobediencia, si podrá ser sancionado en base a tal incumplimiento.

Para dar respuesta a estas preguntas primeramente lo que hay que aclarar es si las decisiones empresariales que son fruto de un ejercicio extralimitado de sus facultades de dirección y que, por ende, son ilegítimas, han de merecer, asimismo, la calificación jurídica relativa a la ineficacia. Expresado de otro modo, si las órdenes contrarias a derecho quedan de por sí inhabilitadas para provocar una reacción en la posición subjetiva del trabajador (la cual habría de personificarse en la forzosa ejecución de la voluntad empresarial expresada) o si, por el contrario, la sola invalidez de la orden divisada unilateralmente por el trabajador no comporta la incapacidad intrínseca de la misma para generar en el empleado la obligación de acatarla, y ello porque únicamente cabe esperar tal conceptualización cuando el trabajador interpone una acción judicial contra dicha decisión patronal y el resultado es favorable a sus pretensiones. Afirmar la inexistencia de incumplimiento por parte del trabajador que se aparta de las indicaciones patronales irregulares supone dar un paso más allá en la medida en que entraña la aceptación de una justificación razonable de la negativa a cumplir con dichas órdenes e instrucciones dadas. Sin embargo, esta forma de enjuiciar las expresiones irregulares del poder de dirección y la conducta del trabajador resistente a las mismas presenta ciertos problemas que serán abordados a lo largo de las siguientes

páginas, todos ellos presididos, como se sabe, por la aceptación parcial de la misma en la doctrina y, sobre todo, en la jurisprudencia.

1. Diversas teorías en relación a la justificación de la desobediencia en el trabajo

La admisión de supuestos de desobediencia legítima y, por tanto, la ausencia de una infracción sancionable cuando la inobservancia de las directrices patronales se debe precisamente al carácter extralimitado o abusivo de las mismas, trae consigo la negación de la premisa sobre la que se asienta la teoría del *solve et repete*. Ahora bien, a diferencia de lo que podría parecer, la operación lógica no siempre discurre por cauces idénticos a los previamente señalados. La incompatibilidad entre las manifestaciones del poder de dirección y las restricciones jurídicas impuestas a su ejercicio no constituye un punto de discusión, las órdenes sobre el trabajo que vulneran algún límite asignado a su formación no merecen la protección del ordenamiento y son consiguientemente inválidas. El sucesivo eslabón de la cadena traerá consigo la ineficacia de las órdenes patronales siendo en este punto en el que la secuencia se rompe, pues no se advierte unanimidad en la concreción del sujeto que está llamado a constatar la irregularidad y actuar en consecuencia. Es decir, mientras que para unos es legítima la inobservancia de tales directrices cuando así lo determina el órgano judicial que conoce del asunto, previa demanda del asalariado ante la instancia competente (se concibe la invalidez como una declaración excepcional procedente del órgano judicial y, a la postre, este pronunciamiento constituye la causa extrínseca a la decisión patronal que porta la ineficacia de la misma)¹; otros se oponen a que sean únicamente los tribunales los que puedan portar la invalidez y, por consiguiente, la ineficacia del acto o directriz empresarial irregular. En este sentido, anteponiendo dicha irregularidad, se esgrime la propia configuración legal del deber de obediencia para declarar la ineficacia de la orden o instrucción, independientemente de quien aprecie dicha invalidez, pues tal estimación dependerá de quien se tenga que enfrentar en cada momento ante el proceder directivo del empresario y a la valoración del mismo.

De acuerdo a esta última teoría, siendo el trabajador el primer conocedor de la voluntad patronal, si repara en el defectuoso ejercicio de la autoridad conferida al empresario para disciplinar las prestaciones individuales de trabajo, podrá obrar conforme a tal apreciación y no sentirse obligado por el vehículo de expresión de la intencionalidad de la dirección patronal. Para ser más claros, no se discute que el

¹ En torno al régimen común de la invalidez e ineficacia de los actos jurídicos, patrimonio de la ciencia jurídica y de la teoría general del Derecho, *vid.* LUQUE PARRA, M., *Los límites...*, cit., p. 164. Singularmente, para una revisión de las distintas teorías en relación a la distinción entre ambas en la doctrina civilista me remito a LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La nulidad contractual. Consecuencias*, Tirant lo Blanch, Valencia 1995, pp. 24-27.

trabajador pueda considerar la legitimidad de las órdenes o instrucciones patronales puesto que, aun en los momentos en los que más ardientemente se ha defendido la doctrina del *solve et repete*, se ha abordado el problema de la eficacia o ineficacia de las disposiciones imperativas teniendo presente que el trabajador está preparado para hacer un juicio de valor previo sobre las indicaciones recibidas, pues sólo así será posible que éste impugne las mismas ante la jurisdicción social. Si no dudase de la regularidad de la actuación de su superior, esto es, si no enjuiciara la entidad y carácter de las instrucciones impartidas, no se plantearía acceder a instancias judiciales para ver reconocido su derecho. Lo que está en discusión, por tanto, es la necesidad de una convalidación externa que, además, sea anterior a toda actuación del estrato laboral que suponga un enfrentamiento con las líneas que marca la dirección empresarial para la gestión y ordenación del trabajo en la empresa.

En otras palabras, unas veces se ha considerado que la irregularidad de la orden comporta su invalidez y ésta la capacidad del receptor para resistirse a la misma, puesto que si así lo hace no está incumpliendo ninguna de las obligaciones inherentes a la relación laboral en la que se ve envuelta su prestación subordinada de trabajo. Si la expresión de la voluntad directiva del empleador no cumple con los requisitos que normativa y contractualmente demarcan su alcance impositivo, carecerá inevitablemente de naturaleza imperativa, siendo por tanto la contestación o réplica del empleado la derivación lógica de la naturaleza viciada del mandato empresarial. Otras veces, por contra, la regularidad de las órdenes e instrucciones primero habrá de ser puesta en duda por el trabajador, presentado después el conflicto ante el juez, emitiendo éste una valoración coincidente con la opinión previa del trabajador. Únicamente así el asalariado puede tener la certeza de la ilegitimidad del ejercicio del poder de dirección y, ahora sí, apartarse de aquella actuación o comportamiento que le era requerida por el trabajador.

Expuestos así los términos de la controversia, como se habrá podido percibir, las cuestiones que deberán tratarse no evocan ya la noción de regularidad o legitimidad del ejercicio patronal de la potestad de mando, sino remiten propiamente a un estudio de la noción y presupuestos de la desobediencia justificada y, especialmente, de la autonomía del trabajador para proteger por sí mismo los derechos que el ordenamiento jurídico le reconoce, en definitiva, su capacidad para decidir su actuación en cada una de las situaciones ante las que se enfrenta a directrices empresariales vulneradoras de tales derechos. El principal problema que han tratado de dirimir la doctrina científica y la jurisprudencia radica precisamente en los postulados de la desobediencia legítima. La tesis tradicional sobre la que se sustancia el *solve et repete* exclusivamente admite como

eximente de la no obediencia la declaración judicial que priva a la autoridad empresarial de la presunción de legitimidad –la cual, se advierte, alberga cada vehículo de expresión de la voluntad empresarial–². La rectoría del que es «dueño y señor» de la organización empresarial es inconciliable con la rebeldía de cualquiera de las personas que la integran.

De otra parte, el actual sistema de relaciones laborales no permite pensar en una obediencia incondicional que sobrepasa las lindes jurídicas dibujadas normativa y contractualmente. Las consecuencias no se dejan esperar en la esfera de las posibilidades de respuesta y la autonomía decisoria del trabajador subordinado. Pues en íntima conexión con la noción de la desobediencia legítima se hallan los medios de autotutela con los que puede llegar a contar en su haber el empleado y que constituyen, como se ha anticipado, el grueso del estudio de este apartado. Valga simplemente aquí anunciar que tanto en sede doctrinal como jurisprudencial se arguye con firmeza que la transgresión empresarial de las restricciones interpuestas al poder de dirección constituye el elemento que salvaguarda al empleado de sanciones frente a su desobediencia. No habiendo infracción, no corresponde castigo. Al margen, como veremos, de una cierta línea jurisprudencial que entiende inaplicable el despido disciplinario en caso de inobservancia de los mandatos irregulares dada la inexistencia del requisito de la culpabilidad³, parece más acertado considerar que la conducta del asalariado no es merecedora de penalización ya que no concurre un elemento indispensable: el incumplimiento de las obligaciones contractuales⁴. En definitiva, la doctrina ha cumplido inmejorablemente la función de desvelar que «la ilicitud de la orden de la empresa justifica la negativa a cumplirla por parte del trabajador»⁵. Apreciaciones en sentido contrario resultan ya insostenibles en el orden constitucional que envuelve el desarrollo de las relaciones laborales. El paso siguiente será abordar con valentía y sin ambages el reconocimiento y consolidación del derecho de resistencia del trabajador. Ello, sin embargo, no se aprecia con tanta claridad pues en el común de las veces se han evitado afirmaciones tajantes en este ámbito.

² Singular es la solución dada en la STS 8 mayo 1965 (RJ/4184) donde el Tribunal declara la improcedencia del despido motivado en la desatención por parte de un enlace sindical de las órdenes impartidas por su superior. En concreto, se le encomendaba desempeñar un trabajo cuando ya en otro conflicto anterior por similar causa la Delegación Provincial de Trabajo había resuelto que las tareas asignadas no se correspondían con la obligación contractual.

³ A título de ejemplo, SSTS 30 abril 1986 (RJ/2282), 23 abril 1996 (RJ/5143) y STSJ Castilla y León, 24 mayo 1995 (AS/2029). Con mayor detalle, GORELLI HERNÁNDEZ, J., «Deber de obediencia...», cit., p. 86.

⁴ Como señalan las STSJ País Vasco, 24 enero 1994 (AS/69); STSJ Navarra, 30 junio 1995 (AS/2274); STSJ Andalucía, 7 junio 1996 (AS/1759) y STSJ Madrid, 10 julio 2001 (AS/3724), «el deber (de obediencia) sólo surge cuando las facultades directivas se ejercitan de manera regular». O más expresivamente, «para que haya desobediencia ha de haber un deber previo de obediencia» (STSJ Navarra, 30 junio 1995, AS/2274).

⁵ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., «La indisciplina...», cit. p. 154.

2. Derecho de resistencia frente a mandatos irregulares de los superiores jerárquicos. Una declaración de intenciones

Como es fácilmente comprobable, no existe unanimidad cuando de lo que se trata es de identificar los instrumentos que permiten garantizar un reequilibrio entre las distantes posiciones de las partes el contrato de trabajo. En una relación marcada por el poder de negociación y gestión que ostenta el acreedor de la prestación y por la debilidad jurídica del deudor, las propuestas que desde el campo científico se han ido sucediendo a fin de atemperar dicha desventaja contractual han sido de lo más variadas siendo todas ellas, con mayor o menor amplitud, acogidas en sede normativa. Estoy haciendo referencia a la aplicación de las experiencias de democracia industrial que promueven una reconstrucción de la noción de subordinación a través de la intervención, más o menos intensa, de un contrapoder colectivo de los trabajadores como freno al poder empresarial; al reforzamiento de la formación teórica y profesional de los asalariados que acrecienta las oportunidades de éstos para reconquistar ciertos espacios que tradicionalmente han estado bajo el dominio del sujeto fuerte de la relación laboral⁶; e, incluso, a la revalorización propuesta en distintas sedes del principio de buena fe como límite también de las decisiones empresariales, circunstancia que elimina cualquier expectativa de obediencia ciega de los mandatos empresariales, la cual queda muy lejos del modelo imperante de relaciones laborales. Pero dejando a un lado las prerrogativas coordinadoras globales directamente relacionadas con la organización y gestión de la sociedad empresarial y de los activos personales que la conforman, han cobrado especial significación en los últimos años las reflexiones dirigidas a garantizar un cierto campo de proyección de la autonomía individual en el que el trabajador pueda abrigarse para protegerse del ejercicio indebido del poder empresarial de dirección. Es decir, no se trataría tanto de indagar en los frenos procedentes del texto constitucional o impuestos normativa y contractualmente al desempeño de dicho poder, sino de emprender un estudio de las posibilidades efectivas con las que pueda contar el deudor de la prestación para hacer valer los derechos que por dichas fuentes tiene reconocidos.

Sin perjuicio de lo señalado, como principio general cabe aducir que el ordenamiento jurídico laboral no sólo se ha propuesto el reconocimiento de un notable

⁶ En la cultura dominante de la empresa flexible cobra especial relevancia la demanda de un nuevo tipo de trabajador caracterizado por poseer una gran capacidad para ser polivalente en el ámbito profesional. Es previsible, de este modo, que el derecho a la formación (tanto en la vertiente de readaptación profesional continua como ocupacional) conquiste cotas de mayor proyección e importancia al ser determinante, también, en aras a la consecución de la estabilidad en el empleo. *Vid.*, al respecto, el RD 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo, desarrollado parcialmente por la Orden TAS 2307/2007, 27 de julio; Orden TAS 718/2008, de 7 de marzo y Orden TIN 2805/2008, 26 de septiembre.

elenco de derechos para intentar paliar la situación de sujeción jurídica a la que se encuentran sometidos los miembros asalariados de la plantilla. Junto a su proclamación jurídico-formal también se ha arbitrado un régimen funcional dirigido a garantizar que la efectividad de los mismos quede debidamente resguardada frente a cualquier injerencia y, específicamente, frente a aquellas que provienen de la autoridad consustancial al contratante fuerte de la relación de trabajo. Así las cosas, qué duda cabe de que la principal y más primaria actuación para hacer valer sus derechos es el acceso a la tutela de la jurisdicción social. Pero, del mismo modo, también ocupan un puesto destacado instrumentos jurídicos tales como la inderogabilidad de las normas laborales y la indisponibilidad de los derechos que de las mismas se derivan (art. 3.5 ET)⁷.

Es precisamente este último instrumento el que tiene como objeto la protección del trabajador, bien frente a los actos patronales que promuevan la abdicación de alguno de sus derechos, ya adquiridos o la mera expectativa de los mismos⁸, bien respecto de aquellos otros que supongan la propia renuncia en favor del empleador. De forma que lo que pretende la indisponibilidad no es el ejercicio positivo de los derechos subjetivos válidamente reconocidos a su titular, en este caso al trabajador, sino la persistencia de su contenido y alcance, dando por tanto la oportunidad al asalariado de decidir libremente si ejercitarlo o no⁹. Resumidamente, se trata de la articulación legal del clásico principio de la irrenunciabilidad de derechos por el trabajador, con el que se advierte la nulidad de los actos y decisiones del empresario que pretendan conseguir la cesión de los mismos para, así, asegurar su efectivo disfrute llegado el momento en que su titular decida hacer uso de ellos. En definitiva, la indisponibilidad, por su propia naturaleza, actúa como elemento limitador del poder empresarial en la relación laboral: dota a los derechos laborales –aquellos establecidos por disposiciones legales y reglamentarias de carácter imperativo y los reconocidos como indisponibles por convenio colectivo– de un cierto nivel de protección para ponerlos a cubierto del juego

⁷ Un pormenorizado análisis de ambos mecanismos puede verse en RAMOS QUINTANA, M.I., *La garantía...*, cit. Sintéticamente caber afirmar, en palabras de la autora, que «en realidad, se trata de dos fenómenos distintos, en la medida en que la inderogabilidad refleja el interés supraindividual para la realización del arreglo de intereses que la norma inderogable configura, mientras que la indisponibilidad de derechos tiene el fin más limitado de tutelar al trabajador frente a actos de disposición que le perjudiquen» (p. 39). Sobre este asunto había explicado OJEDA AVILÉS, A., *La renuncia...*, cit., p. 77, que «la inderogabilidad protege de la actividad jurídica privada al nacimiento y contenido de los derechos subjetivos que la norma imperativa asigna; la indisponibilidad, la subsistencia de éstos, evitando que el particular pueda despojarse de ellos (cuando es total), o hacerlo de alguna manera particularmente onerosa (cuando es parcial y se prohíbe, por ejemplo, la renuncia)». *Vid.*, también, BLASCO PELLICER, A., *La individualización de las relaciones laborales*, CES, Madrid, 1995, pp. 286-288 y PRADOS DE REYES, F.J. «Renuncia y transacción de derechos en el Estatuto de los Trabajadores», en *RPS*, núm. 127 (1980), p. 67.

⁸ Doctrina reiterada en la jurisprudencia a raíz de los pronunciamientos del Alto Tribunal en sentencias de 23 de junio de 1986 (RJ/3703) y 23 de marzo de 1987 (RJ/1656).

⁹ *Vid.* al respecto los comentarios efectuados por RAMOS QUINTANA, M.I., *La garantía...*, cit., especialmente en las pp. 21, 42 y 43.

de la autonomía de la voluntad (que en muchas ocasiones se traduce en la expresión del quehacer directivo del acreedor contractual)¹⁰.

Hechas estas consideraciones, desde otro plano es obligado hablar del *ius resistantiae*, no como un medio alternativo a las dos tradicionales técnicas de protección, sino como otro dispositivo más de garantía de los derechos de los trabajadores frente al ejercicio jurídicamente incorrecto del poder de dirección. Lo cierto es que éste, a diferencia de los instrumentos jurídicos anteriores, carece de una firme consagración en la norma legal pero constituye la secuencia lógica de la construcción normativa del espacio lícito de actuación del poder patronal de mando. Desde la consideración de los arts. 5, c y 20.2 ET a modo de cerco jurídico de la exigibilidad de las órdenes e instrucciones, el derecho de resistencia (o de réplica) brinda una garantía más allá de la protección que ofrece la inderogabilidad y la indisponibilidad de derechos. Ambos instrumentos comprimen la autonomía negocial de las partes a fin de amparar la debilidad contractual que afecta al trabajador. Sin embargo, en el campo de las relaciones laborales no sólo operan las reglas establecidas contractualmente sino que también encuentran espacio los actos y decisiones unilaterales de empleador, frente a los cuales la disciplina ha dispuesto todo un dispositivo de límites o restricciones¹¹. Y es precisamente a través del ejercicio del *ius resistantiae* como la normativa protectora que compone el ordenamiento laboral alcanzaría plenamente el objetivo que pretende cuando, al tiempo que le reconoce al empresario (en función de su condición de acreedor del trabajo subordinado) la titularidad de un poder jurídico capaz de incidir en la esfera jurídica del deudor, prevé los límites al ejercicio de tal poder o derecho de crédito.

A diferencia con lo que sucedía con el reconocimiento de la indisponibilidad de derechos operada en el art. 3.5 ET, aquí no se trata de impedir, propiamente, que los actos y decisiones jurídicas, propias o ajenas¹², restrinjan el ejercicio de derechos por el trabajador, ya sea decretando la transferencia, modificación o abrogación de los mismos, en suma, salvaguardando su subsistencia frente a la actuación privada. La proclamación de un derecho a desobedecer ciertas instrucciones patronales lo que pretende es amparar la conducta del deudor laboral que planta cara y ejerce una activa oposición frente a los mandatos que representan el ejercicio extralimitado del poder de

¹⁰ Sobre el ámbito material de la prohibición contenida en el art. 3.5 ET *vid.*, de nuevo, RAMOS QUINTANA, M.I., *La garantía de los derechos...*, cit., pp. 66-68.

¹¹ VALLEBONA, A., *Istituzioni...*, cit., p. 113.

¹² Siguiendo la doctrina de la STS 27 abril 1999 (RJ/4358), reflejada en otras posteriores (SSTS 28 octubre 1999, RJ/9105 y 6 febrero 2000, RJ/1606), la prohibición estatutaria no se refiere exclusivamente a los actos unilaterales de renuncia, «sino a los de disposición, que pueden ser también bilaterales».

dirección. Esto es, lo que se estará acometiendo, en realidad, es el reconocimiento de un derecho subjetivo. La atribución inequívoca de un derecho a rechazar las órdenes irregulares impartidas no se ciñe a la articulación de un veto o impedimento jurídico frente cualquier menoscabo de los derechos reconocidos por normas de derecho necesario, tanto estatales como colectivas, pues en verdad comporta la plasmación de una posición dinámica ofreciendo, de este modo, una cierta capacidad de iniciativa (no sólo defensiva) que ampara una resistencia real a observar las directrices patronales que lesionan dichos derechos, pero también que transgreden las fronteras contractuales del trabajo convenido.

II. LA DESOBEDIENCIA LEGÍTIMA Y EL *IUS RESISTENTIAE* EN LA JURISPRUDENCIA

En los orígenes de la disciplina iuslaboralista el poder empresarial apenas estaba limitado por un conjunto de normas legales que en ningún momento ponían en cuestión la clásica pretensión del empresario relativa a la obtención de la obediencia inmediata del trabajador. Es en este contexto en el que las opciones del trabajador quedaban reducidas a la observancia de las disposiciones imperativas empresariales o a la ruptura del vínculo jurídico que sustenta la relación laboral. Hoy en día tal descripción no se sostiene y, en supuestos específicos, evitando hacer una construcción general del empleo del derecho de resistencia, la jurisprudencia ha arbitrado, si bien parcialmente, este mecanismo jurídico que entorpecerá el genuino propósito del acreedor contractual: lograr la rauda e incontestada ejecución de las órdenes impartidas.

Descartada hasta la fecha la concreción legal de la obediencia debida y el requisito de la regularidad al que inexorablemente queda encadenada, y manifestada la insuficiente labor que ha venido desarrollando la negociación colectiva en este ámbito, la jurisprudencia ha llevado a cabo una tarea nada desdeñable a la hora de perfilar y disciplinar el ámbito del legítimo ejercicio del poder de dirección y el alcance de la obligación de obediencia del colectivo asalariado. Del mismo modo, tampoco existe una normativización general del ejercicio individual de la autoprotección y es hacia este punto donde debemos dirigir en este momento la mirada puesto que, al hilo de la democratización de las relaciones laborales, del advenimiento de una nueva ciudadanía en la empresa y de la ampliación de los derechos de contenido laboral, la jurisprudencia ha protagonizado una intervención de suma relevancia en esta materia. Teniendo presente, no obstante, desde la perspectiva empírico-pragmática o realista, que del quehacer jurisprudencial no ha derivado una interpretación única y unánime acerca de la

traslación de la regularidad exigible al campo de la réplica del trabajador receptor de los mandatos de la dirección.

Una parte no insignificante de la doctrina judicial pertenece al ámbito de los TSJ en resolución de los recursos de suplicación presentados frente a las resoluciones de los JS. Partimos pues de la constatación de un hecho significativo en este ámbito: en la práctica totalidad de las ocasiones que estas cuestiones han requerido la actuación de los jueces y tribunales, la valoración en torno a la extensión y alcance de la obediencia del trabajador presenta como común denominador el examen judicial del despido disciplinario impuesto por desobediencia, lo que nos conduce a dos tipos de observaciones que se solapan la una a la otra. La primera, y sin perjuicio de ulteriores especificaciones, que el enjuiciamiento del despido por desobediencia ha dado paso a lo largo de estos años a uno de los bloques de criterio más heterogéneo. Nos encontramos, como se habrá podido advertir, con una jurisprudencia amplia y diversa debida, entre otras razones, a la excesiva generalidad con la que aparece formulada esta causa de despido en la norma estatutaria, hecho que obligará al juez a concretar caso por caso la procedencia de la extinción unilateral del contrato a la vista de las circunstancias que en éste concurren.

Y, en segundo término, que tratándose ésta de una materia de difícil acceso a la casación para la unificación de doctrina dado el carácter singular que alberga cada decisión empresarial de despido enmarcada en un contexto individualizado, es patente la falta de uniformidad entre los criterios judiciales sobre la materia y la ausencia de una verdadera construcción jurídica de origen jurisprudencial en torno al derecho de resistencia del trabajador como criterio de legítima respuesta frente al ejercicio desviado del poder patronal de dirección. Sea como fuere, pese a que la justificación de la no obediencia del trabajador ha generado una tortuosa jurisprudencia y existan respuestas contradictorias a la pregunta tan directa y unívoca acerca de si el trabajador alberga el derecho subjetivo a inobservar la voluntad empresarial cuando ésta es expresión de un uso extralimitado de su poder directivo, sí contamos con ciertos criterios sobre el particular que han atajado las oscilaciones que presidieron durante años las posiciones adoptadas por los tribunales. Como suele acontecer frecuentemente, los pronunciamientos judiciales, más importantes por la doctrina que contienen que por los específicos problemas que resuelven, acogieron ampliamente hace ya algunos años el criterio que ha presidido el grueso de los estudios que sobre este tema ha emprendido la doctrina científica, española y comparada, cual es la configuración jurídica de la obediencia exigible al trabajador condicionada al ejercicio regular de las facultades de dirección.

Sirva únicamente apuntar, puesto que sobre esto se volverá más tarde, que las opciones que han barajado los profesionales del derecho laboral, tanto los teóricos doctrinales, como los operadores jurídicos del mismo, han ido monótonamente oscilando entre el cumplimiento obligatorio de las órdenes e instrucciones ilícitas hasta que se obtenga un pronunciamiento judicial que asevere su condición irregular; entre la aplicación parcial y condicionada del *solve et repete*; y entre el reconocimiento a la capacidad de oposición del trabajador a dichas disposiciones patronales a modo de autotutela individual. Qué duda cabe de que la propia visión de la disciplina y de la entidad de la subordinación y dependencia que califica la relación laboral tienen un papel protagonista en este ámbito, circunstancia que se deja entrever en las habituales aproximaciones al tema que se estudia, el cual, salvo en contadas y acreditadas ocasiones, ha permanecido desprovisto de un análisis sistemático y completo que ofreciera las explicaciones oportunas a la naturaleza y fundamentación de cada una de las opciones que ordinariamente se invocan.

1. Pervivencia actual de alguno de los postulados del principio *solve et repete*

No es desconocido que durante algunos años la figura del *solve et repete* constituyó el principal punto de referencia para calibrar el enfoque que otorgaba la jurisprudencia a la oposición ejercida por el trabajador respecto de las directrices empresariales y bajo esta premisa se presentan las siguientes reflexiones. A grandes rasgos puede decirse que dicho principio sanciona la subordinación incondicional del trabajador, la cual se halla en posición de preeminencia respecto de los límites impuestos al desempeño directivo de la contraparte. Esto es, lo que se viene a hacer cuando se aplica dicha construcción jurídica (importada desde postulados administrativos) en el campo de las relaciones laborales, es trasladar un principio del esquema funcional a la interpretación del alcance de los poderes empresariales, de tal suerte que éstos llegan a adquirir, con tal operación, tintes semipúblicos¹³.

¹³ Dentro del ámbito sancionador, el art. 57.2, *e* de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1956 impedía la interposición de recursos contra los actos de la Administración cuando no se hubiera procedido con carácter previo al pago o depósito de la cantidad correspondiente a la deuda reclamada. Este mismo requisito de procedibilidad se aplicaba en materia financiera respecto a la impugnación de los actos de gestión tributaria. Conforme a la tradicional desconexión entre legitimidad de la orden y su ejecución, el interés estatal se concebía en todo caso prevalente a los intereses particulares de los contribuyentes. El *solve et repete*, privilegio de la Administración y contrario al principio constitucional de tutela judicial efectiva (puesto que restringe la posibilidad de acceder a la jurisdicción e impugnar la multa a quienes no dispusieran de la liquidez o el crédito suficiente), se fue paulatinamente suavizando fruto de la labor del TS, haciendo posible la interposición del recurso antes de proceder al pago correspondiente, tras haber solicitado la suspensión de la ejecutividad del acto administrativo y, en algunos casos, haber garantizado la deuda. En concreto, consúltese la jurisprudencia contencioso-administrativa en sentencias, entre otras, de 27 de junio de 1984

Así, y con arreglo a la construcción teórica forjada por la jurisprudencia del TS y del suprimido TCT¹⁴, acogida también por algunos convenios colectivos y ordenanzas laborales¹⁵, este aforismo se consagra en un abundante número de pronunciamientos judiciales como el tamiz por el que conducir la búsqueda de soluciones al conflicto que sugiere la extensión del poder directivo y el consiguiente deber de obediencia del empleado. El poder conferido a un sujeto privado se presume corolario de la racionalidad más absoluta que mueve su actuación y capacidad electiva, a resultas de lo cual el ordenamiento jurídico tutela las decisiones por él tomadas¹⁶. Sus mandatos deben moverse siempre en el respeto de los límites que circunscriben tal poder aunque, paradójicamente, unas veces no son objeto de control salvo cuando son de imposible realización¹⁷ y otras, aun concluyendo la ilegitimidad de los mismos, se aduce que el trabajador en ningún caso podría haber entrado a juzgar las disposiciones impartidas¹⁸. Es decir, la jurisprudencia más clásica afirmaba que el deber de observar las directivas patronales no viene a menos por el carácter irrespetuoso o ilícito de los mandatos del superior jerárquico. En síntesis, se exige del empleado el cumplimiento categórico de las órdenes emitidas por el empresario, o la persona en quien haya delegado, al presumirlas acordes a los requisitos de legalidad. Si el trabajador estima que la orden o instrucción no se ajusta a un ejercicio regular del poder de dirección podrá impugnarla judicialmente con posterioridad a su efectivo cumplimiento¹⁹. De otro modo, la abierta

(RJ/4012); 24 de abril de 1985 (RJ/3897), 17 de enero de 1986 (RJ/53) y 29 de diciembre de 1986 (RJ 1987/1674).

¹⁴ Con gran exhaustividad, GARCÍA NINET, J.I., «El deber de obediencia...», cit., pp. 894-895, nota 213 y 914-915.

¹⁵ Ejemplos en CRUZ VILLALÓN, J., *Las modificaciones...* cit., p. 199, nota 246.

¹⁶ Subraya la STSJ Madrid, 10 noviembre 1994, (AS/4600) que «en principio y con presunción “iuris tantum”, la buena fe y el ejercicio regular de los derechos se presume existente en todo comportamiento».

¹⁷ SSTS 10 abril 1986 (RJ/1912) y 26 abril 1988 (RJ/3027). La jurisprudencia extranjera también se hizo eco durante largo tiempo de este principio. Especialmente reveladora resulta la sentencia de la *Corte di Cassazione* italiana de 16 abril 1988, núm. 3023, en *Giur.It.*, vol. I (1989), p. 102.

¹⁸ De este modo también lo había entendido la doctrina. *Vid.* PÉREZ LEÑERO, J., *Instituciones del derecho español del trabajo*, Espasa-Calpe, Madrid, 1949, p. 98, donde el autor sostiene que «alcanza este deber de obediencia a muchos casos de colisión entre lo ordenado por el empresario y lo legislado. La disciplina y seguridad económica así lo exigen, pues no se puede dejar al juicio o arbitrio del subordinado el interpretar o juzgar la ilicitud del mandato».

¹⁹ Son muchas las sentencias que a lo largo de estos años han hecho hincapié en que «el deber de obediencia no autoriza a desatender las órdenes de quien está investido en la empresa para darlas, ni siquiera so pretexto de la improcedencia de aquéllas, ya que es regla general, deducida de la normal subordinación jerárquica, la del acatamiento de la orden y la impugnación posterior en forma, si aquella no se ajusta a derecho» (STS 2 noviembre 1983, RJ/5563). Entre otros ejemplos jurisdiccionales de la más acabada construcción de este criterio pueden citarse las SSTS 20 enero 1981 (RJ/215), 12 febrero 1981 (RJ/701); 27 junio 1984 (RJ/3368) y 26 febrero 1985, (RJ/920). Entre los TSJ, cabe destacar la STSJ Cataluña, 28 octubre 1992 (AS/5161), la cual, recordando que el trabajador no puede erigirse en definidor de sus propias obligaciones (STS 8 abril 1983, RJ/1822), advierte a éste de que lo que no puede hacer es enfrentarse a una orden «que debe de presumirse legal en principio, por proceder de su empresario (...) para llegar a una ejecución arbitraria de su propio derecho, pues ello va en contra de los arts. 5 y 20 del Estatuto». En la misma línea, *vid.* STSJ C. Valenciana, 1 diciembre 1993 (AS/5362); STSJ

contestación a los mandatos, especialmente si se acompaña de una modalidad de comportamiento dirigido a oponerse públicamente a las prerrogativas patronales, constituirá una violación de su deber de obediencia y es susceptible de legitimar el despido del trabajador²⁰.

Al margen de la casuística pertinente al caso, con el objeto de evitar que situaciones de incertidumbre afecten negativamente a la gestión de la actividad productiva, se parte de que las decisiones del empresario son legítimas sin perjuicio de que el trabajador, si estima lo contrario, pueda acudir ante los tribunales para obtener el *restitutio in integrum* de los perjuicios que el acatamiento de tal decisión le haya podido ocasionar. Así no es extraño que la doctrina que se ha acercado al estudio de esta jurisprudencia haya convenido que se trata de una «presunción *cuasi iuris et de iure* de legitimidad de toda orden que del empresario provenga»²¹, pues aunque quepa probar la irregularidad de la misma, ello sólo será posible en un momento posterior y cuando ésta haya podido desplegar todos o parte de los efectos que le son propios. Como se puede observar, el *solvo et repete* toma en consideración la posición aventajada del empresario en la relación laboral y, en consecuencia, declara la ejecución inmediata de las órdenes patronales con objeto de evitar que su inobservancia pueda frustrar la consecución del fin productivo que haya sido fijado. Este es uno de los argumentos que tradicionalmente se han esgrimido para justificar la aplicabilidad de dicha regla, alzándose como premisa indispensable para asegurar el mantenimiento del «orden natural» y la disciplina en la empresa. De forma que la desobediencia del trabajador podría tener como respuesta el despido disciplinario que desplegará todos sus efectos extintivos por más que subsiguientemente fuese impugnado en sede judicial. No se trata simplemente de asegurar la asunción por parte del asalariado de las obligaciones nacientes del contrato (incluyendo una amplia gama de deberes cuyo cumplimiento es indispensable para asegurar su correcta ejecución), sino más bien, como se ha afirmado, de «impedir cualquier tipo de fisura en el poder de aquel que se impone como propietario de la

Andalucía, 10 mayo 1995 (AS/2071); STSJ Baleares, 29 julio 1995 (AS/2939); STSJ Cataluña, 30 mayo 1996 (AS/1671); STSJ Aragón, 25 noviembre 1998 (AS/4491); STSJ Navarra, 27 junio 2000 (AS/2740); STSJ, Asturias 22 diciembre 2000 (JUR/50314); SSTSJ Andalucía, 20 noviembre 2001 (JUR/54506) y 26 diciembre 2002 (AS/3953).

²⁰ La STCT 1 marzo 1978 (RTCT/1334) apuntaba que «el respeto a este principio “primero obedecer y luego reclamar” (...) resulta de todo punto imprescindible para el mantenimiento de la disciplina». Con algunas variantes, mantienen este mismo criterio las SSTs 26 noviembre 1977 (RJ/4624) o de 8 julio 1986 (RJ/3985) donde, sobre un problema de desplazamiento decretado unilateralmente por el empresario, el Tribunal señala que la conducta de réplica de la trabajadora «atenta no tanto a la disciplina, exigible en sí misma, como a la organización empresarial, integrada por cuantos la componen con un orden y equilibrio para el desarrollo de sus actividades, cuya rectoría corresponde al empresario, y que es incompatible con el arbitrarismo de cualquiera de las personas que la integran». Una útil revisión de la vieja doctrina del TCT y TS en GARCÍA NINET. J.I., «El deber de obediencia...», pp. 910-919; MONTOYA MELGAR, A., «El poder de dirección...», cit., pp. 586-588 y PEDRAJAS MORENO, A., «Traslados...», cit., pp. 385-388.

²¹ GARCÍA NINET. J.I., «El deber de obediencia...», cit., p. 915.

empresa»²². La segunda de las razones manejadas, quizás la de mayor consistencia jurídica, tiene que ver con la regla contenida en el art. 1256 Cc. Lo que, trasladado al ámbito que nos ocupa, vendría a traducirse en el impedimento de que el trabajador se convierta en el definidor de su deuda laboral y entre a valorar la regularidad de las órdenes de las que es receptor.

El contrato es un negocio bilateral que hace referencia a una dualidad de intereses contrapuestos que se ven conciliados en la celebración del pacto jurídico y, a raíz del mismo, se establece un sistema de derechos subjetivos y obligaciones. Ambas declaraciones de voluntad que concurren en el momento contractual se corresponderán con la existencia de prestaciones de carácter recíproco. En atención a uno de los principios informadores del derecho de la contratación, el de la igualdad, no puede dejarse el cumplimiento de los contratos al arbitrio de uno de los contratantes y, por ende, no cabe que ni el trabajador ni el empresario, unilateralmente, determinen la prestación debida por el trabajador. Sin embargo este dogma entra en crisis en no pocos momentos dada la desigualdad real y notoria entre acreedor y deudor que evidentemente concurre en el caso del contrato de trabajo, vínculo jurídico que además resulta definido en aras de la sumisión del dependiente a la voluntad empresarial. Es por lo expuesto por lo que podemos comentar que este planteamiento, basado en la concepción del asalariado como un mero ejecutor ciego de la voluntad patronal, peca de inconsciente. En primer lugar porque parte del desconocimiento del mentado desequilibrio entre las posiciones subjetivas que ocupan los contratantes y porque, a la postre, lo que sanciona es justamente lo que pretende evitar: que uno de los dos tenga la última palabra sobre la legalidad y el cumplimiento de las obligaciones laborales. En efecto, el *solve et repete* refuerza la posición de la parte fuerte del contrato en razón de su capacidad para requerir del trabajador un cumplimiento fiel e incondicional de sus mandatos directivos, siendo por tanto inevitable poner de manifiesto las claras reminiscencias de las tesis corporativas e institucionalistas que se vislumbran en la justificación jurisprudencial de la sujeción apodíctica del trabajador a la voluntad empresarial²³.

En resumidas cuentas, la observancia de este principio que constituye la traducción de la regla general «obedece primero y luego reclama» viene a excluir todo intento de valoración de los instrumentos de manifestación del poder directivo por

²² AGUILERA IZQUIERDO, R., *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la Jurisprudencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 1997, p. 128.

²³ Como se ha acertado a considerar, en el fondo, la idea que sirve como sostén del *solve et repete* es la satisfacción del interés empresarial y la singular concepción del empleador como único sujeto definidor del interés común que se cifra como elemento que aúna las respectivas pretensiones de empresario y trabajadores. Sobre estas cuestiones se remite a las reflexiones de CRUZ VILLALÓN, J., *Las modificaciones...*, cit., pp. 132-134 y 202 y ROMÁN DE LA TORRE, M^ºD., *Poder de dirección...*, cit., pp. 344- 347.

quienes resultan compelidos a su cumplimiento. Podría parecer que las categorías tradicionales para abordar el tratamiento de los negocios y actuaciones ilícitas (la nulidad, la invalidez o la ineficacia) obtienen en este espacio un nivel de inoperatividad, sea en la fase de expresión de la voluntad empresarial, sea en la de ejecución de la misma (puesto que esta última es inmediatamente consecutiva a aquélla). Pero no se trata precisamente de decretar la regularidad absoluta de toda decisión patronal, sino de impedir que unilateralmente el trabajador tutele los derechos que al mismo corresponden, y que se ven directamente afectados, hasta que se cuente con el respaldo a través de un pronunciamiento judicial que estime justamente aquello que el trabajador había apreciado. Como consecuencia de la sumisión personal implícita en esta teoría y, a la par, del hecho de que la salvaguarda de los derechos de los trabajadores quede enteramente supeditada al conveniente mantenimiento del orden y disciplina en el centro de trabajo, puede inferirse una ruptura del principio dinámico de igualdad que tiende a la progresiva erosión de los presupuestos que robustecen el desequilibrio entre las posiciones de los contratantes²⁴. Así, la virtualidad de los intereses del acreedor, afianzada en nombre de la formulación de dicho principio, pasa a ser síntesis de una posición de singular y fortalecida supremacía que vendría a ostentar el empresario respecto al deudor del trabajo.

Hay que decir, sin embargo, que el excesivo rigor del *solve et repete* en el campo de la praxis judicial ha quedado reducido en la actualidad a una aplicación mucho más moderada dando entrada, sin perjuicio de ulteriores especificaciones, a una articulación tímida de dicho principio alternada con una tesis más progresista que modera los planteamientos del *solve et repete* al admitir que la actitud de resistencia del trabajador no es merecedora de sanción cuando existen razones convincentes que la justifican. Al socaire de los planteamientos científicos más avanzados que comenzaron a despuntar en la segunda mitad del siglo pasado²⁵, una doctrina judicial, consolidada hoy en día, comenzó por proscribir en líneas generales la obediencia ilimitada del trabajador para, seguidamente, aceptar que la conducta de réplica del empleado actúe como muro de

²⁴ Vid. las consideraciones a la igualdad para criticar el viejo principio *solve et repete* de las que se hacen acopio RIVERO LAMAS, J., «Art. 20. Dirección y control de la actividad laboral», en AA.VV. (Dir. Monereo Pérez, J.L.), *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Comares, Granada, 1998, p. 313 y RODRÍGUEZ PIÑERO, M., «Obediencia debida y desobediencia justificada», en *RL*, núm. 2 (1988), p. 12.

²⁵ Por todos, CRUZ VILLALÓN, J., *Las modificaciones...*, cit., pp. 199-205; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *El poder disciplinario...*, cit., pp. 192-196; PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., «La indisciplina...», cit. p. 151; PÉREZ DEL RÍO, T., «La regularidad...», pp. 107-109; RODRÍGUEZ PIÑERO, M., «Un modelo democrático...», cit., pp. 15-17 y ROMÁN DE LA TORRE, M^ªD., *Poder de dirección...*, cit., pp. 343-376.

contención de concretas órdenes ilícitas o extralimitadas del empleador y bajo determinadas circunstancias²⁶.

Lo dicho, no obstante, no pretende desconocer que, salvo en contadas ocasiones como pueden ser los supuestos en los que se vea amenazada gravemente la vida o integridad del trabajador ante un riesgo susceptible de producción inmediata, el juez ha evitado a toda costa reconocer explícita y terminantemente la capacidad del trabajador para estimar la validez o no de los mandatos de la dirección de las empresas. Esto es, habitualmente la oposición del trabajador a los requerimientos empresariales ha de estar avalada no por una mera apreciación subjetiva de la ilicitud o abuso de la orden, sino por razones que convincentemente hagan alusión a una extralimitación manifiesta, firme, de tales mandatos a los derechos reconocidos en el concreto elenco normativo que sea de aplicación. No resulta extraño, por tanto, que el avance más significativo en este ámbito se produjera al dar entrada a la Magistratura para valorar las causas de la inobservancia de los mandatos cursados sin que esta última, por sí sola, pudiera servir ya para justificar la sanción o, en su caso, la extinción disciplinaria de la relación.

Quede simplemente enunciado, pues con posterioridad se volverá sobre este asunto, que el sistema de límites o restricciones que opera sobre la dirección empresarial (sin anular este poder al gozar, como es sabido, de legitimidad legal)²⁷ se inscribe en la senda que transita hacia una meta determinada, la de alcanzar un horizonte de equilibrio que posibilite la eficiente actuación del poder de dirección y al mismo tiempo garantice los derechos individuales y colectivos de los trabajadores. Sin embargo, y pese a las nobles intenciones de numerosos juristas que han abogado por la incorporación de los mecanismos precisos para racionalizar el juego de poderes y contrapoderes²⁸, con arreglo al criterio que aquí se estudia (asumido en el terreno dogmático durante un largo período de tiempo), el interés empresarial prevalece sobre los derechos del deudor, haciendo realmente difícil la democratización de las empresas y sus centros de trabajo. Y, lo que es más, desconoce la necesaria conexión entre la

²⁶ Ejemplo de ello lo constituye la STS 10 diciembre 1976 al señalar que no cabe una concepción del deber de obedecer en términos categóricos «que imponga el cumplimiento de cuantas órdenes o instrucciones se reciban en relación con el trabajo, puesto que el empresario tiene legalmente limitadas sus atribuciones».

²⁷ En palabras de ALONSO OLEA, «la facultad de dar órdenes sobre el trabajo y la de mantener la coordinación de esfuerzos en la tarea productiva si, como es lo normal, en ésta participa una colectividad de trabajadores, forzosamente a alguien ha de ser reconocida, cualquiera que sea el régimen de producción»: *Introducción al Derecho del Trabajo*, cit., p. 524.

²⁸ «Convertir al trabajador subordinado, al súbdito de la economía de la empresa de las sociedades industriales en un ciudadano libre en la empresa –que no enajena su dignidad y libertad personales porque cada día, cada minuto, consiente en reiterar un compromiso de cooperación social– es un ideal que es preciso traducir sin tregua en leyes eficaces y realistas», RIVERO LAMAS, A., *Limitación...*, cit., p. 141.

posibilidad de sancionar un incumplimiento laboral y la regularidad de la orden o instrucción emitida por el empresario, contemplada, pese a ello, con firmeza en una consolidada jurisprudencia. Como se ha indicado, «los tribunales, a través del principio del *solve et repete*, hacen surgir una obligación para el trabajador, que carece de fundamento alguno, operación, de otro lado, contraria a todos los principios que rigen el derecho de obligaciones y contratos, insostenible desde el principio de igualdad y contradictoria con la afirmación legal (...) de que sólo el ejercicio “regular” del poder de dirección puede hacer nacer la obligación de obedecer»²⁹.

1.1. A medio camino entre el reconocimiento del derecho de resistencia y la negativa a convenir la calificación unilateral de la decisión empresarial

El abandono del régimen corporativo se plasma particularmente en la actual configuración del ordenamiento jurídico, orientado hacia concepciones de fondo enteramente antagonistas respecto a aquéllas del precedente sistema. Como ya se ha evidenciado anteriormente, la imposición de la regularidad como requisito insalvable de legitimidad del ejercicio del poder directivo supuso un verdadero salto cualitativo en la articulación de los derechos y obligaciones en el seno de la relación laboral³⁰. La disciplina iuslaborarista daba continuidad, así, a la técnica legislativa de tipo garantista que constituye su objeto. Y ello a través de un refuerzo añadido a los límites que ponen freno a la esfera de acción del empresario. Sin embargo, tal avance, en no pocas ocasiones, se ha mostrado en la práctica más nominal que real puesto que la interpretación judicial no ha llegado a dotar de una adecuada relevancia a los justos términos en los que ahora aparece configurada legalmente la potestad de mando empresarial.

El punto de partida de estos avatares, hemos dicho ya, lo constituye la adopción en la jurisdicción social de la teoría del *solve et reptete*. Lo cual no significa que haya ocupado tal destacada posición en solitario ya que como segundo elemento es dable citar la doctrina del *ius resistentiae*, imbricada si bien en un estrecho espacio puesto que sus posibilidades de actuación han quedado notoriamente cercenadas por mor de ciertas manifestaciones jurisprudenciales producidas al efecto. Este último planteamiento, reivindicado por la doctrina desde hace tiempo³¹, conlleva necesariamente la asignación

²⁹ PÉREZ DEL RÍO, T., «La regularidad...», p. 108.

³⁰ Son muchos los autores que han defendido que la invocación a la regularidad traía consigo la abrogación legal del *solve et repete* y la reconducción de la obediencia debida del trabajador a lo pactado (por todos, CRUZ VILLALÓN, J., *Las modificaciones...*, cit., en especial, p. 204).

³¹ Singularmente expresivo resultaba CREMADES, B.M^a, *La sanción disciplinaria...*, cit., p. 199, cuando indicaba que el empleador «si se excediera de lo ordenado, al solicitar del trabajador un servicio ajeno a su categoría profesional o algo ilegal o contrario a la dignidad humana, se encuentra éste disciplinariamente justificado para negarse a obedecer. Es más, puede, incluso, estar obligado a negarse».

al trabajador de la facultad para valorar personalmente las indicaciones provenientes del empresario y decidir no llevarlas a cabo en caso de que las considere ilícitas. Se infiere, precisamente, de todo lo anterior, el rechazo a la existencia de una presunción de legitimidad de las órdenes del empresario. Esto es, se aventura un criterio más acorde al diseño legal del deber de obediencia que lleva a que el trabajador no se vea forzosamente sujeto a los mandatos contrarios a la corrección jurídica a la que, en virtud de los arts. 5, c y 20.2 ET, se debe el poder de dirección. Los distintos resultados que ofrecen el principio del *solve et repete* y el derecho de resistencia quedan claramente visibles a la hora de determinar la procedencia de la sanción que se pueda imponer ante un incumplimiento de las órdenes del empresario y, especialmente cuando se opta por el castigo de mayor gravedad, el despido. Si bien, en el primer caso, la réplica del trabajador se estima una transgresión de un deber contractual y, por tanto, conducirá a la declaración de procedencia, con independencia de que la orden empresarial cumpla o no los requisitos de regularidad que operan *ex lege*, la solución en el supuesto de que el tribunal aplicase el *ius resistentiae* sería justamente la inversa.

En este sentido y al margen de su formulación fáctica y jurídica, parece no existir excesiva dificultad en admitir este derecho como criterio moderador de la obligación de acatar las órdenes empresariales, hecho aceptado ampliamente en el ámbito científico-doctrinal. Aparecen posturas que, sobre este asunto, no dudan a la hora de reconocer al empleado la capacidad para autotutelar sus propios intereses aunque, como se pondrá de manifiesto seguidamente, existan discrepancias en torno a la extensión de dicha competencia. Y tal diversidad de criterios también encuentra reflejo en los pronunciamientos judiciales, no en vano poco a poco se diluyen las anteriores concepciones que abogaban por la identificación de los mandatos empresariales con imposiciones *manu militari* dando cabida, en su lugar, a planteamientos de rechazo de la obediencia omnímoda del deudor de la prestación³². Lo cierto es que la perspectiva de enjuiciamiento ha cambiado. Se puede observar cómo en la mayor parte de los casos se reconduce el debate a la necesaria corrección jurídica de la actuación empresarial (aunque lo dicho no traiga consigo, de forma generalizada, la consolidación jurídica de

Más cercanos en el tiempo, GARCÍA NINET, J.I., «El deber de obediencia...», cit., p. 895 y ROMÁN DE LA TORRE, M^aD., *Poder de dirección...*, cit., pp. 368-377.

³² Ya en los años ochenta se perciben importantes sentencias en esta dirección :

– «la pertinencia de la aplicación de esta doctrina (*solve et repete*) ha de decidirse teniendo en cuenta las particularidades del caso concreto de que se trate, que imponen una precisa aplicación de una cierta sanción a una cierta infracción, por lo que no siempre es posible seguir la regla general» (STS 20 mayo 1980, RJ/2210).

– «Los requisitos necesarios para que resulte procedente la aplicación de la grave medida de despido (...) que las órdenes e instrucciones que emita se encuentren dentro del marco de sus atribuciones y en consonancia con la legalidad. De ahí que si el empresario se excede de los límites de autoridad que tiene marcados por las normas legales puede el trabajador desobedecer legítimamente sus órdenes sin incurrir en infracción» (STS 15 octubre 1982, RJ/6173).

la legitimidad del comportamiento desobediente de los trabajadores que se encamina a resguardar sus derechos e intereses de la ilícita agresión empresarial como, por otra parte, cabría esperar).

Y es que después de una jurisprudencia vacilante –en la que primeramente se vino a reconocer que la legitimidad de la orden patronal se presume relegando los juicios de valor sobre la misma a los que lleve a cabo el poder judicial cuando, una vez satisfechos debidamente los exhortos del superior jerárquico, el trabajador haya acudido a la jurisdicción y haya solicitado del juez *a quo* que emita opinión acerca de la acomodación a los requerimientos de legalidad de las órdenes o instrucciones en cuestión–, el TS y las reiteradas interpretaciones de los TSJ han matizado lo dicho con anterioridad al admitir una cierta intervención subversiva del trabajador, si bien supeditándola a la concurrencia de determinadas circunstancias excepcionales, de suerte que muchas veces éstas se contemplan verdaderamente con tal severidad que a éste no le quedará más que acatar las directrices patronales aun estimando que sobrepasan las fronteras de lo permitido por el requisito normativo de regularidad. Es de notar, en realidad, que en el panorama jurídico actual coexisten en el mismo espacio de reflexión judicial los postulados que conforman el armazón sustancial del *solve et repete* y un tímido reconocimiento al ejercicio del derecho de resistencia del asalariado, confinado, este último, a determinados casos que la jurisprudencia ha individualizado. De hecho, a resultas de las agudas críticas que recibió este principio³³, procedentes también de otras disciplinas y de otros ordenamientos jurídicos, el TS no alude ya de forma expresa al mismo (no así los TSJ)³⁴ pero, aunque no lo haga de forma explícita, la solución que se aporta en estos casos sigue contando en su mayoría con las premisas que sustentan la aplicabilidad del *solve et repete*, repetidas a modo de tópicos estáticos en la estructura argumental de la jurisprudencia actual aunque nuevos aires soplen al abrigo del contexto constitucional vigente. Se trata de la operatividad general u ordinaria de la presunción de legitimidad de los mandatos patronales y de la imposibilidad de que el trabajador se erija en definidor de sus propias obligaciones.

³³ Como afirmó PÉREZ DEL RÍO, «desde una óptica de la legalidad ordinaria e incluso de “constitucionalidad” es “insostenible”, trasnochada y contraria a las tendencias manifestadas en otros países europeos» («La regularidad...», cit., p. 95). De manera similar, GORELLI HERNÁNDEZ, J., «Deber de obediencia...», cit., pp. 79-80; MONTOYA MELGAR, A., *El poder...*, cit., p. 253; PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. «La indisciplina...», cit., p. 151; RODRÍGUEZ PIÑERO, M., «Obediencia debida...», cit., p. 12 y ROMÁN DE LA TORRE, M.D., *Poder de dirección...*, cit., pp. 353-355.

³⁴ Entre las más recientes, pues la lista sería particularmente extensa, SSTSJ, C. Valenciana, 25 abril 2006 (JUR 2007/272591) y 19 diciembre 2006 (JUR 2007/112984); STSJ, País Vasco 2 mayo 2006 (AS/786) y 29 enero 2008 (JUR/174715); STSJ Extremadura, 19 diciembre 2006 (JUR 2007/ 60285); STSJ Cantabria, 5 diciembre 2007 (AS 2008/726); STSJ Islas Baleares, 17 diciembre 2007 (AS 2008/758) o la STSJ La Rioja, 9 septiembre 2008 (AS/2373).

Particularmente esta segunda observación se repite con insistencia en múltiples sentencias, empleada para reprimir los intentos del trabajador por alejarse de lo prescrito por la dirección, o simplemente como cliché aunque no encuentre traducción en la resolución final del conflicto. La razón que se esgrime y que sustenta el mentado alegato viene a hacer hincapié en el rol institucional que ocupa la libertad de empresa en la formulación constitucional de la economía de mercado vigente. Una vez reconocida la trascendencia de la estructuración jerárquica de las unidades productivas al hilo del bosquejo económico y social que la Norma Suprema reconoce, es doctrina judicial reiterada que la emisión de juicios de valor sobre la legalidad de las órdenes e instrucciones dadas es una misión vedada que no le corresponde en absoluto al trabajador. Únicamente cuando éste tenga la certeza de que la actuación patronal sobrepasa ciertos límites a su ejercicio, contemplados en el común de las veces taxativamente y ligados a circunstancias excepcionales, se legitima al deudor para comportarse conforme a tal apreciación e inobservar el mandato en cuestión.

1.2. Excepciones a la ejecutoriedad de los mandatos empresariales: el estrecho margen de actuación del *ius resistentiae*

Para situar el asunto es oportuno recordar que es regla ya cerrada, tras un debate zanjado, que la coercitiva exigencia de las órdenes patronales no es ilimitada, sino que el poder de dirección, causa mediata del correlativo deber de obediencia del empleado, no puede alcanzar más que a los extremos que cuentan con el amparo normativo y guardan directa relación con el trabajo comprometido en el contrato. Ahora que la consecuencia inmediata de tales consideraciones, la primacía del criterio de regularidad sobre la ejecutividad de la orden, no se admite de forma generalizada. Los tribunales han preferido rehuir afirmaciones rotundas o concluyentes sobre un posible derecho de autotutela de los trabajadores y han optado en el común de las veces por adoptar un tono moderado. A decir verdad, más que asentar la virtualidad de un *ius resistentiae* ante la concurrencia de un cúmulo de circunstancias, lo que se hace es partir del *solve et repete* (sin tan siquiera mencionarlo muchas veces pero perceptible en la interpretación del orden y la disciplina imprescindibles en los centros de trabajo) para descartar su aplicación en específicos supuestos³⁵.

³⁵ Muy ilustrativa resulta la recopilación de los pronunciamientos judiciales más significativos que se han hecho eco de estas excepciones al *solve et repete*. Consúltense, por todas, las referencias citadas por CRUZ VILLALÓN, J., *Las modificaciones...* cit., p. 201; FABREGAT MONFORT, G., «La posición del trabajador ante las órdenes empresariales ¿ius resistentiae o solve et repete?», en *Revista de treball, economia i societat*, núm. 27 (2003), notas 20 y 21; GARRIGUES GIMÉNEZ, A., «Obediencia debida...», cit., pp. 45-54; MUÑOZ CAMPOS, J., «La desobediencia y indisciplina, causas de despido en la jurisprudencia de la Sala de lo Social», en *REDT*, núm. 26 (1986), pp. 277-300; PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., «La indisciplina...», cit. pp. 151-155 y PÉREZ DEL RÍO, T., «La regularidad...» cit., p. 107.

Lo cierto es que la sustitución de la tesis de la obediencia absoluta por la de la obediencia justa no se hace con contundencia hasta la aprobación de la CE y el ET, textos ambos que recogen con firmeza los derechos y garantías que amparan al trabajador. Pese a la tenaz persistencia en la doctrina judicial del principio del *solve et repete* a lo largo de la segunda mitad del s. XX, se observan rescatables pronunciamientos que ya en esta época alumbraban un significativo y esperanzador cambio de aires. Uno de los primeros pasos para mermar dicho principio jurisprudencial se da en la STCT 12 enero 1982 (RTCT/26) que exige que la observancia de los mandatos patronales no provoque un «perjuicio difícilmente recuperable» para que la actitud desobediente del trabajador pueda ser calificada como causa de despido³⁶. En esta línea se añade que la irregularidad del mandato patronal «excusa su incumplimiento sin necesidad de acatar e impugnar (...) como es norma general por la presunción “*iuris tantum*” de la legitimidad de las órdenes empresariales» puesto que, se entiende, la conducta del trabajador que se aparta de lo prescrito ilegítimamente por el empresario resulta el remedio más efectivo para posibilitar la real protección de los derechos del asalariado. Esta doctrina no tuvo el eco deseado y pronunciamientos judiciales muy posteriores siguen hablando sin ambages del conocido aforismo y de su operatividad, bien absoluta, bien matizada, frecuentemente no en atención a la vulnerabilidad de la posición subjetiva del trabajador sino a la naturaleza de la orden dada. Por lo demás, hoy puede comprobarse como, tras algunos supuestos en los que la improcedencia del despido se achaca al propio criterio gradualista³⁷, se ha instalado en la jurisprudencia

³⁶ En otros casos, sin embargo, se previene de que la oposición decidida a las instrucciones del empresario es del todo reprochable, no por el perjuicio económico o por la lesión al renombre social que se le pueda ocasionar al empresario, sino porque afecta negativamente al vínculo nacido del contrato de trabajo. Precisamente, afirma la STSJ Asturias, 10 septiembre 1999, (AS/2673) que «la relevancia jurídica de la desobediencia no se conecta al perjuicio que de ella pueda seguirse para el empresario, sino al vínculo personalísimo nacido del contrato laboral, cuyo mantenimiento requiere la continua persistencia en las conductas de ejecución». La propia desobediencia, se ha dicho, sin que sea preciso la existencia «de un dolo específico, ni menos el que se produzca un daño concreto o cuantificable», basta para justificar el despido. En esta línea, STSJ Cataluña, 17 marzo 1994 (AS/1282).

³⁷ Teniendo presente las referencias a la gravedad y culpabilidad de la desobediencia, se enjuicia implícitamente el contenido de la voluntad empresarial, no para atribuir la condición de justificado al comportamiento del empleado sino, advirtiéndole de que éste es reprochable, para eximirle de la máxima sanción al no reunir éste tales requisitos. Concretamente la STS 19 febrero 1990 (RJ/1111) estimó que la negativa de una trabajadora a cumplir con el requerimiento de desempeñar una ocupación que no correspondía a su categoría profesional no era merecedora de la gravedad que el despido disciplinario *ex art. 54 ET* exige para ser procedente, sorteando así el Tribunal cualquier formulación sobre un derecho subjetivo a la desobediencia en estas ocasiones. En esta línea también pueden citarse las SSTS 19 octubre 1983 (RJ/5103), 28 marzo 1985 (RJ/1406), 5 marzo 1987 (RJ/1336), 26 mayo 1987 (RJ/3879), 2 junio 1987 (RJ/4101), 29 enero 1988 (RJ/71) y 27 junio 1988 (RJ/5472). Entre los TSJ, cabría destacar la STSJ Cataluña, 2 septiembre 2004 (AS/2883) que sentencia la improcedencia del despido de un trabajador, delegado sindical, que rechaza desempeñar una actividad impropia de su categoría profesional. De hecho, existía un informe de la Inspección de Trabajo donde se reprochaba a la empresa que obligara al personal de la categoría profesional del demandante a la realización de tareas correspondientes a una categoría inferior. Así, bajo la consideración de éste y otros extremos, el Tribunal acuerda que la actuación incumplidora del trabajador no estaba justificada (pues la decisión patronal no era abusiva ni

una posición intermedia que excusa la oposición o resistencia en ciertos casos, más o menos excepcionales, asentados sobre la incorrección jurídica que constituye atribuir a la actitud de discrepancia del asalariado la condición de incumplimiento contractual cuando las circunstancias que lo rodean se ajustan a unos supuestos concretos que se explicitan³⁸.

Sustancial es el avance protagonizado por otra corriente jurisprudencial que reposa en la idea de la «necesaria justificación de la desobediencia»³⁹. Justamente, se recalca que «si el empresario se excede de los límites de autoridad que tiene marcado en las normas legales puede el trabajador desobedecer legítimamente sin incurrir en infracción»⁴⁰. Se sientan de este modo las bases para la aceptación de una construcción judicial más avanzada y congruente con los principios constitucionales. Buen ejemplo de ello son las rotundas palabras de la conocida STS 7 marzo 1986 (RJ/1277) al apuntar que el ejercicio irregular y lesivo del poder empresarial de dirección no sólo salva la conducta desobediente de toda sanción sino que conduce a que la oposición del trabajador cristalice en un «uso de sus derechos legítimos»⁴¹. Sin embargo, es menester destacar que a pesar del singular avance de esta doctrina no se produjo un giro definitivo de los argumentos jurídicos empleados para resolver este tipo de conflictos que se pueden plantear entre a quien le corresponde ordenar la actividad productiva y quien es destinatario de dicha actividad de dirección.

manifiestamente ilegal) pero no era merecedora de despido pues al no reunir el requisito de gravedad demandado en tales supuestos. Asimismo, la STSJ Galicia, 20 diciembre 2003 (AS/400), descarta la gravedad habilitante del despido disciplinario por desobediencia ante la conducta de una trabajadora que comunica por escrito a la dirección su negativa a continuar prestando un servicio que, de acuerdo al convenio de aplicación, era de carácter voluntario. La STSJ Andalucía, 5 febrero 2008, sentencia que las órdenes de trabajo impartidas excedían del objeto del contrato aunque fundamenta la improcedencia del despido por desobediencia, no tanto en tales hechos, sino en la aplicación del criterio gradualista en virtud del cual el incumplimiento del trabajador no constituiría una indisciplina sancionable con el despido. En relación con las facultades organizativas, la STSJ Extremadura, 8 octubre 2003 (AS 2004/126) declaró la improcedencia de un despido de un trabajador que se había opuesto a prestar servicios en domingo, modificación de la prestación decretada por razones de urgencia, alegando motivos personales comunicados previamente por escrito. El Tribunal, sin poner en entredicho la decisión novatoria, estimó injustificada tal medida disciplinaria por aplicación de la doctrina gradualista. *Vid.* también la STSJ Andalucía, 7 mayo 2002, (JUR/79110). Hay que destacar, asimismo, que éste fue el criterio seguido por aisladas sentencias previas a la restauración democrática para cuyo análisis se reenvía a GARCÍA NINET, J.L., «El deber de obediencia...», cit., p. 916.

³⁸ Advierte la STSJ Madrid, 7 mayo 2002 (AS/2042) que «no estamos ante una desobediencia en el trabajo (...) sino ante una orden ajena al mismo (...) que excede de las facultades de dirección de la empresa (...) y si el mandato dado no se inserta en el núcleo de las facultades que la ley atribuye a la empresa huelga cualquier argumentación que pretenda justificar el despido acordado».

³⁹ En palabras de RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «Obediencia debida...», cit. p. 14.

⁴⁰ STS 9 junio 1987 (RJ/4312).

⁴¹ Esta sentencia marcó un antes y un después en la interpretación del art. 5, c y 20.2 ET y a ella le dedica su estudio PÉREZ DEL RÍO, T., «La regularidad...», cit., pp. 95-120.

El criterio compartido ampliamente por los tribunales es aquel que se asienta sobre la regla del «obedece primero y luego reclama» para marcar las excepciones a la misma, confiriendo un cierto margen de actuación al *ius resistentiae* de los trabajadores, pero sin que éste último llegue a erigirse en un criterio de resolución alternativo de los posibles conflictos que pudieran plantearse en el seno de las empresas⁴². La introducción de tales posiciones más moderadas en las instancias judiciales lo que provoca es la inversión de los factores empleados para valorar la conducta incumplidora del trabajador. De la constatación del incumplimiento de una orden que se presume legítima y, por tanto, ejecutiva, se ha pasado a la estimación en primer lugar de la concurrencia o no de los concretos supuestos que hacen que la regla del *solve et repete* quiebre⁴³. Ahora bien, tal y como se verá inmediatamente, la teoría que impide al

⁴² Ésta precisamente ha sido la técnica empleada también en otros ordenamientos jurídicos cercanos al nuestro. Así, el italiano retiene que «il lavoratore non può sindacare il merito delle disposizioni impartite dall'impreditore in ordine al modo con il quale deve adempire le prestazioni lavorative (...) nè può rendere una prestazione diversa da quella richiestagli legittimamente e pretendere per essa la retribuzione» [Cass. 14 diciembre 1983, núm. 7381, en *Giust.Civ.*, vol. I (1984), p. 3110]. Ahora que este deber de obedecer cede allí donde el poder directivo sobrepasa los límites puestos a su ejercicio. En concreto, el trabajador podrá desatender las órdenes e instrucciones patronales cuando el mandato sea contrario a la dignidad de la persona [Cass. 9 abril 1993, en *Mass.Giur.Lav.*, núm. 4307 (1993), pp. 426-431, con nota de GRAGNOLI, «L'uso di abbigliamento informale ed il potere disciplinare del datore di lavoro»], al derecho a la intimidad, la propia imagen y a no ser discriminado [Pret. Milano, 12 enero 1995, en *Giust.Civ.*, vol. I (1995), con nota de PERA, G., «La minigonna negli ambienti di lavoro»] o lesivo de derechos constitucionales reconocidos al trabajador [Pret. Milano, 29 noviembre 1980, en *Not.Giur.Lav.* (1981), p. 292]; de imposible cumplimiento o ilícito [Cass. 14 diciembre 1983, núm. 7381, en *Giust.Civ.Mass.* vol. 11 (1983). También Cass. 21 noviembre 1981, núm. 6213 y 16 abril 1988, núm. 3023]; imponga un comportamiento *contra legem* [Cass. Penale 30 mayo 1989, en *Mass.Giur.Lav.* (1990), p. 470 y Cass. Penale. 22 febrero 1990, en *Not.Giur.Lav.*, (1991), p. 319]; la realización de una prestación nociva dado el incumplimiento por parte del empleador de su obligación de garantizar la seguridad y salud de los empleados [Cass. 26 enero 1994, núm. 774, en *Mass.Giur.Lav.* (1994), p. 508, con nota de MASSART, «Licenziamento disciplinare per rifiuto di utilizzare la maschera protettiva»]; o comporte el desarrollo de tareas ajenas a las que le corresponden al trabajador de acuerdo al negocio contractual suscrito [Cass. 8 junio 1999, núm. 5643, recuerda que «ciascuna parte contrattuale può pretendere e deve fornire soltanto le prestazioni previste nel contratto; ne consegue che, da un lato, i superiori gerarchici non possono richiedere prestazioni che siano chiaramente escluse dal contratto medesimo e che, dall'altro, il lavoratore –che non voglia attendere l'esito del giudizio in sede sindacale o giudiziaria– ha diritto di rifiutare prestazioni di tale tipo, correndo il rischio, conseguente a tale comportamento, di essere successivamente ritenuto responsabile di inadempimento qualora venga eventualmente accertata la legittimità dell'ordine disatteso»].

Por otra parte, la *Cour de Cassation* francesa ha legitimado el *ius resistentiae* del trabajador ante cualquier orden «*disproportionnée ou injustifiée*» [Vid. sobre esto, MAZEAUD., A., «La modification substantielle du contrat de travail résultant d'une sanction disciplinaire», en *Dr.Soc.*, núm. 1 (1991), p. 18]. Específicamente, la jurisprudencia determina que la desobediencia está justificada cuando la orden es impartida por quien no tiene competencia para ello, es vejatoria, inmoral o bien es incompatible con las cláusulas del contrato celebrado o con la naturaleza del trabajo que el asalariado se comprometió a ejecutar. Muy especialmente, con acopio de la doctrina judicial sobre el alcance del deber de obediencia en Francia y los supuestos permitidos de *ius resistentiae*, DESPAX, M., «L'évolution du rapport de subordination», en *Dr.Soc.*, núm. 1 (1982), pp. 13-15.

⁴³ Tales circunstancias, desde luego, no son insignificantes pues han conducido a que determinados sectores afirmen que la doctrina judicial del *solve et repete* resulta más aludida que aplicada quedando muy debilitada y en buena parte vacía de contenido. En esta dirección se ha señalado que al admitirse ciertos supuestos ante los que la desobediencia resulta justificada, se niega la operatividad de dicha presunción y el propio *solve et repete* pierde todo su sentido. Así RODRÍGUEZ PIÑERO, M., «Obediencia debida...», cit., pp. 12 y 14.

trabajador juzgar la admisibilidad de la orden empresarial ha ido gradualmente perdiendo fuerza a medida que se han ampliado las causas del *ius resistentiae*.

Partiendo de la incapacidad del trabajador para definir unilateralmente sus obligaciones gran número de pronunciamientos judiciales admitieron la desobediencia frente a un concreto grupo de órdenes del empresario. Ante la lógica de que no cabe que éste se autoerija en «definidor de sus propias obligaciones contractuales»⁴⁴, en un primer momento se piensa que sólo desaparece el deber de acatamiento respecto de los mandatos del empresario cuando posean marcada arbitrariedad⁴⁵, un carácter vejatorio⁴⁶ o comporten «riesgos inminentes para el operario»⁴⁷. Mas poco a poco se fueron abriendo paso en la doctrina jurisprudencial nuevas salvedades que se circunscribieron a los casos de notorio y objetivo abuso del derecho⁴⁸; transgresión «grave y manifiesta» de la legalidad⁴⁹; clara discriminación; supuestos en los que la orden impartida afectase a derechos irrenunciables del trabajador sobre los cuales está absolutamente excluida la disponibilidad⁵⁰; mandatos que impusieran la realización de actos inmorales o prohibidos en las normas penales⁵¹ o bien atentasen contra los derechos fundamentales

⁴⁴ Entre otras muchas, SSTTS 27 junio 1984 (RJ/3368), 9 julio (RJ/5125) y 3 diciembre 1987 (RJ/8819); 26 abril (RJ/3027), 10 mayo (RJ/3589) y 14 octubre de 1988 (RJ/7815).

⁴⁵ STS 28 noviembre 1989 (RJ/8276). Asimismo, *vid.*, STSJ Extremadura, 20 diciembre 1994 (AS 4782); STSJ Madrid, 13 febrero 2002, (JUR/141307) y STSJ Galicia, 30 noviembre 2005 (JUR/80030).

⁴⁶ Así se desprende de las SSTCT 28 octubre 1982 (RTCT/5802) y 12 julio 1983 (RTCT/6797). Señala la STSJ Castilla y León, 26 marzo 2001 (AS/2203) que la conducta del trabajador «es reveladora de una grave indisciplina y desobediencia a las órdenes dadas por el empresario, sin que esas órdenes atenten contra su integridad o dignidad profesional, por lo que no se le puede atribuir el “*ius resistentiae*” que invoca en el recurso, sino que debió cumplirlas». Por lo demás, exige que la orden sea «gravemente atentatoria para dignidad» la STSJ Islas Baleares, 28 febrero 2005 (JUR/117487). Asimismo *vid.* las SSTSJ C. Valenciana, 1 junio 1999 (AS/4837) y 7 marzo 2000 (JUR/250421).

⁴⁷ El TS tiene declarado en sentencias de 24 octubre 1985 (RJ/5206) y 2 febrero 1987 (RJ/747), que del trabajador se requiere la asunción de la orden o instrucción dictada «salvo que la misma pueda comportarle riesgos inminentes o devenga ilegal o atentatoria a su dignidad». En la misma dirección existen abundantes pronunciamientos de los TSJ. Cabe citar, sin ánimo de exhaustividad, las SSTSJ Andalucía, 11 febrero 1992 (AS/671), 27 abril 1992 (AS/2197), 18 mayo 1993, (AS/2293), 20 abril 1993, (AS/2079) y 27 diciembre 2000 (AS/3322); STSJ Canarias, 7 mayo 1993 (AS/ 2257); SSTSJ Cataluña, 28 octubre 1992 (AS/5160), 3 diciembre 1996 (AS/4950), 8 enero 1998 (AS/156); 17 agosto 2000 (AS/3145); 10 diciembre 2001 (AS 2002/683) y 30 julio 2004 (AS/2785); STSJ Canarias, 26 marzo 1996 (AS/213); SSTSJ Extremadura, 22 febrero 1993 (AS/619), 16 enero 1997 (AS/592), 9 febrero 1998 (AS/5152) y 20 enero 1999 (AS/348); STSJ C. Valenciana, 22 noviembre 2005 (AS 2006/1274); STSJ Asturias, 29 junio 2007 (JUR/292658).

⁴⁸ STSJ Extremadura, 16 enero 1997 (AS/592); STSJ Castilla la Mancha, 17 abril 2002 (JUR/239440). Plásticamente exige la STSJ Castilla y León, 8 marzo 2007 (AS/1487) que la directriz impartida por el empresario sea «totalmente contraria a las mínimas exigencias que corresponden a toda persona humana».

⁴⁹ Entre otras muchas, SSTCT 21 octubre 1983 (RTCT/8725), 29 abril 1983 (RTCT/3695), 27 junio 1984 (RTCT/3368); SSTTS 15 octubre 1982 (RJ/6173), 8 julio 1986 (RJ/3985), 29 enero 1987 (RJ/298) y 25 junio 1987 (RJ/4636).

⁵⁰ STCT 25 octubre 1983 (RTCT/8785); SSTTS 24 abril 1984 (RJ/ 2121), 7 marzo 1986 (RJ/1277) y 21 septiembre 1987 (RJ/6225).

⁵¹ SSTTS 15 octubre y 21 diciembre de 1982 (RJ/6173 y 7882). La STSJ La Rioja, 30 noviembre 1994 (AS/4337) se enfrenta a un despido disciplinario impuesto por la negativa de una trabajadora (cajera

del trabajador⁵² y los casos de «desobediencia técnica»⁵³. El incumplimiento de los mismos constituirá, como se dijo, «un mecanismo de defensa frente a una actuación empresarial “invasiva” o “expansionista” y, en cualquier caso, ilícita, por transgresora de la esfera de intangibilidad jurídica del trabajador»⁵⁴. Ahora que, la continúa referencia de la jurisprudencia a la notoriedad de la ilegalidad de las órdenes patronales, a la naturaleza ostensible o palmaria que ha de albergar el abuso de la conducta del empleado o de su arbitrariedad, no hace sino reflejar la permanente desconfianza judicial hacia la capacidad de valoración del trabajador. Únicamente cuando la irregularidad está fuera de dudas por su evidencia o abultada antijuridicidad y cuando el cumplimiento de lo ordenado traiga consigo un «perjuicio negativo irreparable»⁵⁵ (sin que quepa reducir el referido concepto al ámbito puramente material o económico pues lo que está en juego es el quehacer directivo y la organización productiva de la empresa)⁵⁶, se ampara el enjuiciamiento que ha llevado a cabo el trabajador y se admite que actúe en consecuencia⁵⁷.

Estos contados supuestos de exculpación del trabajador se amplían en algunas ocasiones. Así las cosas, llega a decaer el deber de obediencia inherente a su condición de deudor de la prestación laboral también ante la simple ilegalidad, flexibilizando aquéllas exigencias que requerían que ésta fuera grave e irrefutable. Buena muestra de ello lo encontramos en algunas sentencias de los TSJ, concretamente hay que destacar la STSJ Galicia, 1 octubre 1993 (AS/4238) que comienza plasmando los planteamientos más tradicionales para, posteriormente, dar el *iter* argumentativo un vuelco al reconducir el debate hacia el análisis del contenido de la orden patronal. Resulta plenamente admisible, decreta, la resistencia «frente a órdenes que excedan del ejercicio regular de la dirección y en los supuestos de órdenes peligrosas, ilegales, abusivas, o más simplemente, en todos aquellos casos en que la negativa se presente razonable»⁵⁸.

de supermercado) a solicitar a los clientes que pasan por su caja que enseñen el bolso. Declara el Tribunal que la orden dada queda fuera del amparo jurisdiccional puesto que, en primer lugar, no guarda relación alguna con el trabajo que desarrolla la empleada y, sobre todo, porque no se le puede obligar a la realización de una conducta «que entra de lleno en la dinámica de la falta o delito de coacción, cuya única diferencia depende de la importancia o trascendencia de la conducta intimidatoria».

⁵² Frente a un mandato contrario al derecho a la libertad sindical se pronuncian las SSTS 19 febrero 1985 (RJ/664) y 6 abril 1987 (RJ/2349).

⁵³ *Vid.* STS 25 abril 1991 (RJ/3387).

⁵⁴ GARRIGUES GIMÉNEZ, A., «Obediencia debida...», *cit.*, p. 45.

⁵⁵ Expresión empleada por la STSJ Castilla La Mancha, 2 diciembre 2003 (AS/1832); STSJ Cataluña, 26 abril 2006 (AS/2425) y STSJ Extremadura, 19 diciembre 2006 (JUR 2007/60285).

⁵⁶ Así, STSJ Aragón, 20 mayo 2002 (AS/2077).

⁵⁷ Acogiendo la doctrina de la STCT 18 octubre 1988 (RTCT/6356), *vid.* la STSJ C. Valenciana, 22 mayo 1992 (AS/2397); STSJ Extremadura, 22 febrero 1993 (AS/619); SSTSJ Canarias, 30 noviembre 1993 (AS/4783) y 18 octubre 1994 (AS/3987).

⁵⁸ Aluden a la simple ilegalidad, sin otros calificativos, por todas, las SSTSJ Galicia, 19 abril 1994 (AS/1770), 29 octubre 1994 (AS/ 3930), 16 abril 2002 (JUR /166190), 18 abril 2005 (AS/1565); SSTSJ Cataluña, 16 octubre 2000 (AS/882), 20 febrero 2001 (AS/1580), 16 marzo 2001 (AS/2023), 30 julio 2004 (AS/2785) y 7 junio 2007 (JUR/301783); SSTSJ Madrid, 14 julio 2003 (AS/3586), 21 julio

A este tenor, paulatinamente se ha ido admitiendo como desobediencia legítima el rechazo del trabajador a someterse a las órdenes para desempeñar funciones no pactadas o que no correspondan a la categoría o grupo profesional en el que se circunscribe el puesto de trabajo que ocupa el trabajador⁵⁹. Y lo que es más importante, numerosos pronunciamientos añaden como cláusula de cierre que procede la resistencia frente a otros supuestos análogos a los anteriormente mencionados⁶⁰. Casos, eso sí, que «razonablemente» facultan la negativa a obedecer las órdenes de la empresa⁶¹, amén de que es el trabajador quien tiene que acreditar la concurrencia de una causa de justificación en su actuación pues, se dice, no bastan las «apreciaciones subjetivas o la mera introducción de dudas sobre la corrección de la orden impartida»⁶². En síntesis, es criterio comúnmente aceptado que «la desobediencia no puede minimizarse al amparo de una duda, siquiera sea razonable»⁶³.

Sucedee, no obstante, que las circunstancias singulares que convierten la desobediencia del trabajador en actuación permitida no llegan a cubrir todos aquellos casos que se alejan del ejercicio regular del poder directivo. Si bien el TS ha sido meridianamente contundente cuando la decisión patronal es susceptible de causar un

2005 (AS/2299), 15 abril 2007 (AS/1989); STSJ Extremadura, 31 diciembre 2003 (JUR/168559), 19 diciembre 2006 (JUR 2007/60285) y STSJ País Vasco, 11 abril 2006 (AS/1635). No obstante, en recientes pronunciamientos se vuelve a traer a colación que el *ius resistentiae* sólo procede cuando la irregularidad del ejercicio del poder directivo empresarial sea grave y manifiesta (STSJ Galicia, 11 febrero 2003, AS/2617) o cuando se trata «de órdenes o instrucciones antijurídicas o manifiestamente irregulares, que constituyan un supuesto de arbitrariedad o abuso manifiesto» (STSJ Cataluña, 28 julio 2006, JUR/107468). Particularmente rotunda es la STSJ La Rioja, 16 mayo 1996 (AS/1499) cuando circunscribe el derecho de resistencia del trabajador únicamente en supuestos de órdenes «radicalmente viciadas de ilegitimidad», precisando que dicha calificación es reservada por nuestros tribunales «para aquellas que atentan manifiestamente al orden penal, peligrosas con grave riesgo para la salud o integridad física del trabajador, con manifiesto y objetivo abuso de derecho o con derivación de irreparable perjuicio o grave daño para la integridad o dignidad personal del trabajador». En idéntico sentido, las SSTSJ La Rioja, 4 mayo 1999 (AS/2091), 10 diciembre 2002 (AS/1448); SSTSJ Madrid, 10 diciembre 2002 (AS/1448) y 3 junio 2003 (JUR/262884) y STSJ, Andalucía, 11 febrero 2004 (JUR 2005/78745). Por otro lado, vuelve a requerir una ilegalidad «clara, evidente, patente y descubierta» la STSJ Islas Baleares, 28 febrero 2005 (JUR/117487).

⁵⁹ Afirma la STSJ Valencia, 1 julio 1999 (AS/4837) que «las órdenes e instrucciones del empleador han de estar en consonancia con lo que es el núcleo de prestación laboral realizada por el trabajador, y por tanto, si se excede de los límites que le vienen marcados por el llamado “ius variandi”, el deber general de obediencia queda debilitado».

⁶⁰ Declara el TS en sentencia de 8 junio 1982 (RJ/3942) que el trabajador puede desobedecer legítimamente sin incurrir en infracción si «concurren circunstancias de peligrosidad, ilegalidad u otros análogos que razonablemente justifiquen la negativa». Igualmente, los tribunales ordinarios han acogido de forma generalizada esta doctrina. Últimamente en STSJ C. Valenciana, 13 mayo 2005 (JUR/195801); SSTSJ La Rioja, 26 septiembre 2006 (AS 2007/584) y 14 septiembre 2007 (JUR/354622).

⁶¹ La STS 10 mayo 1988 (RJ/3589) habla de genéricas «razones poderosas que justifiquen la negativa». Asimismo, se ha entendido como un caso análogo a los que se han citado, por ejemplo, aquella conducta en la que el trabajador «no tiende directamente a vulnerar los designios emanados de la facultad directiva de la patronal, sino a proteger los propios derechos ante un ejercicio irregular de esta función» (STCT 8 enero 1987, RTCT/165).

⁶² SSTSJ Castilla-La Mancha, 6 julio 2006 (JUR/270189) y 26 octubre 2006 (JUR 2007/85081).

⁶³ SSTS 23 octubre 1984 (RJ/1608); 26 abril 1985 (RJ/1926); 8 julio 1986 (RJ/3985); 21 julio 1986 (RJ/4528); 25 junio 1987 (RJ/4636); 21 septiembre 1987 (RJ/ 6225) y 14 octubre 1988 (RJ/ 7815).

menoscabo a la dignidad del trabajador⁶⁴ o es lesiva de su derecho a la vida y a la integridad física⁶⁵, no se ha manifestado tan magnánimamente cuando la orden o instrucción patronal no llega a límites tales de dañar derechos fundamentales de los trabajadores o no alcanza el alto grado de arbitrariedad o irregularidad comúnmente exigido⁶⁶. Es por esto por lo que a día de hoy no puede decirse que la regla del *solve et repete* no sea de aplicación por quien le corresponde enjuiciar el conflicto en sede jurisdiccional⁶⁷. Ésta continúa estando operativa pues se alza como criterio general en los casos que no puedan verse integrados en las excepciones enunciadas. De hecho, esta reticencia de los tribunales a reconocer ampliamente un derecho de resistencia, la obstinación por reiterar en la actualidad los ya anticuados asertos en torno a la imposibilidad de que el trabajador pueda ser árbitro de sus propias obligaciones y la supervivencia de ciertas premisas evocadoras del *solve et repete*, conducen en no pocas ocasiones a enrevesadas afirmaciones argumentales intrínsecamente contradictorias. Es decir, declarando que se presume *iuris tantum* que las órdenes sobre el trabajo son legítimas «sin perjuicio de impugnarlas si las cree lesivas o abusivas», se llega a inferir a continuación que el *ius resistentiae* opera (no ya sólo frente a órdenes de contenido delictivo o cuyo incumplimiento entrañe riesgo grave e inminente), sino también frente a los mandatos patronales «que sean fruto de la arbitrariedad, capricho o abuso empresarial»⁶⁸. Como se puede deducir del texto que se reproduce, las más novedosas concepciones de la obediencia debida y la progresiva expansión del ámbito legítimo en el que puede manifestarse la resistencia del trabajador no son compatibles con las viejas afirmaciones ligadas a la teoría del «cumple ahora y luego reclama».

Ahora bien, cierto es que, pese a perpetuarse el mismo esquema interpretativo, frecuentemente «el control judicial se centra en el enjuiciamiento de la “resistencia” a la orden y su propia motivación más que en la presunción de legitimidad y consecuente

⁶⁴ SSTS 21 septiembre 1987 (RJ/6229) y 9 octubre 1989 (RJ/7133).

⁶⁵ Resume la doctrina jurisprudencial sobre el deber que obliga al operario a la observancia de la orden cuando ésta viola las reglas de seguridad, ponga en peligro la vida o integridad física o sea lesiva de la dignidad del trabajador, la STSJ Canarias, 11 marzo 1997 (AS/663).

⁶⁶ En ocasiones se habla de manifestaciones de un poder arbitrario «fuera de toda lógica (...) que rebasa todos los límites organizativos y de dirección que corresponden al empresario a tenor del art. 20 ET» como la razón justificativa de la resistencia del trabajador (así en STSJ País Vasco, 28 octubre 2003, JUR/272079).

⁶⁷ Buena muestra del proceder argumental de los tribunales la encontramos en la STSJ Galicia, 18 abril 1996 (AS/1960), la cual apunta que «las órdenes del empresario tienen que entrar dentro del círculo de atribuciones del empresario por razón del contrato de trabajo; pero siendo así, las órdenes se presumen legítimas y ello engendra el deber correlativo del trabajador de obedecerlas, salvo que exista una causa de justificación para la desobediencia (clásicamente: aquellas órdenes en que concurren circunstancias de ilegalidad, peligrosidad o que afecten a la dignidad del trabajador), es decir, que salvo en tales supuestos o análogos, la regla es la obediencia a las órdenes de trabajo, sin perjuicio de impugnarlas si se creen lesivas o abusivas, porque otra cosa sería convertir al trabajador en definidor de sus propias obligaciones».

⁶⁸ STSJ Galicia, 20 diciembre 2003 (AS/400); STSJ Cataluña, 2 septiembre 2004 (AS/2883) y STSJ Extremadura, 2 junio 2006 (JUR/211739).

exigibilidad de la instrucción impartida»⁶⁹. Este es, sin duda alguna, el avance más significativo de la doctrina judicial iniciada a raíz de la promulgación de la CE y que aún sigue siendo mayoritaria. Se admite como posibilidad que la insubordinación del trabajador hacia las órdenes dadas pueda estar plenamente justificada en atención a las concretas circunstancias concurrentes⁷⁰ y, al hilo de lo dicho, el tribunal tendrá que entrar a valorar si la desobediencia del obligado por la orden está incluida en una de las excepciones que el TS ha señalado. Sólo cuando se descarta tal integración se le podrá imputar al trabajador dicha resistencia puesto que se entiende, exclusivamente en este momento, que debía haber observado las directrices impartidas a salvo de interponer *a posteriori* la correspondiente reclamación. Desde luego, en la medida en que se aceptan como eximentes del deber de obedecer la presencia de coyunturas determinadas, se está admitiendo conjuntamente la posibilidad de que el trabajador decida de antemano que una orden es irregular por lo que podrá ser inobservada. He aquí otro de los avances singulares en este ámbito aunque, como se ha señalado, no se tolere de forma generalizada. De modo cumulativo, tales circunstancias que quedan al margen del contrato de trabajo son las siguientes:

A. Mandatos patronales lesivos de los derechos fundamentales del trabajador

Sin pretender volver a lo que anteriormente se expuso, considero oportuno destacar que la protección de los derechos fundamentales arbitrada por el TC tuvo importantes repercusiones en este ámbito ya que se erigió en adalid de los medios de resistencia individual frente al ejercicio extralimitado del poder de dirección. Su proyección en el ámbito de las relaciones individuales de trabajo supuso un inestimable punto de partida al reconducir el deber de obediencia al marco jurídico que le es propio⁷¹. De modo que para hacer efectiva la defensa de los derechos subjetivos consagrados en el texto constitucional, el Tribunal cubrió bajo el manto de la legítima desobediencia la negativa de los trabajadores a acatar las órdenes e instrucciones susceptibles de provocar un menoscabo vedado en alguno de estos derechos⁷². Y en

⁶⁹ BAYLOS GRAU, A., «La autotutela del trabajador frente a las extralimitaciones del poder de dirección del empresario», en AA.VV. (Coords. Cabeza Pereiro, J., Lousada Arochena, J.F. y Movilla García, M.), *Las limitaciones...*, cit., p. 38.

⁷⁰ Tal desobediencia goza de «carta de naturaleza» puesto que encuentra justificación en la concurrencia de determinadas circunstancias. Así, PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., «La indisciplina...», cit., p. 151.

⁷¹ RODRÍGUEZ PIÑERO, M., «Contrato de trabajo y autonomía del trabajador», en AA.VV. (Dir. Cruz Villalón, J.), *Trabajo subordinado...*, cit., p. 31.

⁷² Afirmaban las SSTC 90/199, Fj. 6º y 87/1998, Fj. 3º (doctrina reiterada recientemente en la STC 168/2006, Fj. 8º) que los poderes empresariales «se encuentran limitados en su ejercicio no sólo por las normas legales o convencionales que los regulan, sino también por los derechos fundamentales del trabajador, constituyendo un resultado prohibido el de su utilización lesiva de aquéllos. Tan elemental premisa no se exceptúa en los supuestos en que el empresario no está sujeto por la norma a causas o procedimientos en su actuación, antes al contrario, opera si cabe con más intensidad en tales casos por

coherencia con este espíritu de interpretación, el TC dejaba sentado en innumerables ocasiones que la vulneración de un derecho fundamental es tomada en consideración, junto al examen pormenorizado del principio de proporcionalidad, con independencia de que la actuación del sujeto activo, en este caso el empresario, no sea deliberada, maliciosa o negligente. Lo verdaderamente destacado en este ámbito es el nexo causal que ha de existir entre la actuación patronal ilícita y el hecho dañoso sobre el derecho del trabajador sin que en los términos del análisis sean decisivas otras cuestiones como pudiera ser la intencionalidad del sujeto activo. Así pues, la respuesta del trabajador no se ve coartada por la pretensión que motivaba la decisión empresarial puesto que la obediencia o no a los mandatos únicamente se hace depender del potencial resultado lesivo de la decisión patronal.

Como podrá preverse, son muy abundantes los pronunciamientos judiciales que se han hecho eco de esta postura⁷³ y se cifran en varias las consideraciones que podemos realizar en torno a la doctrina reinante, bien encaminada pero a todas luces insuficiente. Sin pretender entrar a analizar cada una de los eventuales mandatos directivos que podrían implicar la infracción de los derechos de los trabajadores contemplados en la CE, considero oportuno traer aquí a colación alguna de las muestras más significativas, en este caso, de directrices patronales ilegítimas por cercenar la eficacia de derechos constitucionales, en primer término, de protección colectiva. Tomando como ejemplo el poder de dirección ejercicio a fin de limitar el derecho de huelga, se debe hacer una particular mención a la STC 80/2005, de 4 de abril donde, muy resumidamente, el Tribunal estima parcialmente la demanda presentada por CCOO y UGT sobre tutela de libertad sindical y derechos fundamentales y declara vulnerado el

cuanto en ellos el empleador puede, virtualmente, ocultar con más facilidad las verdaderas razones de sus decisiones».

⁷³ Muy conocida es la STC 99/1994, de 11 de abril, al constituir la primera sentencia en la que se alude al principio de proporcionalidad como medio idóneo para calibrar el conflicto entre poderes patronales y derechos fundamentales. En este supuesto el Alto Tribunal acordó que la razón alegada por el trabajador que se negaba a que su imagen fuera captada fotográficamente (deshuesador de jamones) gozaba de virtualidad para justificar la desobediencia a las órdenes recibidas por su superior, por considerar que dichos mandatos no obligaban a someterse a intromisiones ilegítimas en su derecho a la propia imagen. Tras constatar que el trabajador no tenía asignada ninguna tarea, ni explícita ni implícitamente, relacionada con la labor que el empleador le encomendaba, estima el Tribunal que el vínculo contractual originario no ofrece cobertura suficiente para la orden dada. Con este condicionante básico, añade la sentencia que «no basta con que la orden sea, *prima facie*, legítima; es preciso acreditar una racionalidad específica en la que la restricción del derecho del trabajador, no instrumental para el efectivo desarrollo de su tarea, sea, verdaderamente, la única solución apreciable para el logro del legítimo interés empresarial» (Fj. 7º). Otro significativo ejemplo lo encontramos en la STC 292/1993, de 18 de octubre, donde se ampara la negativa de un delegado sindical a comunicar al empresario, tras reiteradas exigencias al respecto, los nombres de los afiliados que formaban parte de la sección sindical. En el Fj. 6º el Alto Tribunal recuerda que el poder de dirección y gestión de la empresa «tiene como límite infranqueable el respecto a los derechos fundamentales de los trabajadores, de sus representantes o del propio sindicato», de modo que, concluye, las órdenes del empleador constituyen una lesión de la libertad sindical y de la libertad ideológica de los trabajadores afiliados al sindicato.

derecho de huelga. Del relato de los hechos se extrae que, convocada en una empresa dedicada a la fabricación de grúas y material de elevación, la empleadora determinó unilateralmente cuántos y cuáles de los trabajadores conformarían los servicios de seguridad y mantenimiento. Primeramente se había intentado conseguir un acuerdo con el Comité de empresa pero no había dado sus frutos por considerar los representantes de los trabajadores que la propuesta hecha por la empresa era excesiva, decidiendo finalmente el empresario tomar por sí solo tal determinación. Las sentencias en instancia y en suplicación entendieron que la actuación de la empresa no podía entenderse como ilícita o abusiva. La sentencia citada, por el contrario, repara en que el derecho de huelga, al igual que el resto de los derechos fundamentales, no es ilimitado pero sí hay que reconocerle un carácter preeminente frente a otros derechos constitucionales, como pueda ser el derecho al trabajo y el derecho a la libertad de empresa que reciben una tutela inferior como ha sido declarado en incontables ocasiones⁷⁴. En cuanto respecta al fondo del asunto, el Tribunal entiende que el número de trabajadores designados para ocupar los servicios de seguridad fue superior al necesario para cumplir con la finalidad que se persigue, hecho que ya coarta indebidamente el ejercicio del derecho de huelga. Pero, más importante aún, las tareas que se les encomendó a los trabajadores afectados en nada tenían que ver con mantener la seguridad de las personas, bienes e instalaciones de la empresa sino que, por el contrario, se dirigieron a mantener en lo posible el funcionamiento del centro de trabajo, procediendo así en realidad a lesionar el derecho fundamental invocado⁷⁵.

⁷⁴ En esta dirección es importante citar la STC 123/1992, de 28 de septiembre, que desgranó las relaciones que se entablan entre el derecho de huelga y las facultades empresariales de movilidad (que la sentencia incluye como una de las manifestaciones del poder de dirección) cuyo fundamento sitúa la sentencia en el derecho a la libertad de empresa del 38 CE. La sentencia (en la comparación del derecho de huelga y la libertad de empresa) señala que «la preeminencia del primero produce, durante su ejercicio, el efecto de reducir y en cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en vida vegetativa, latente, otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar todas su capacidad potencial» y añade que «tal sucede con la potestad directiva del empresario» pues «el ejercicio de tal facultad cuando se utiliza como instrumento para privar de efectividad a la huelga, mediante la colocación de personal cualificado (en algún caso, con título universitario) en puestos de trabajo con una calificación mínima, deja inermes a los trabajadores manuales». No hay duda, por tanto, de la protección que ha pretendido ofrecerle la doctrina del constitucional al derecho de huelga frente a cualquier actuación empresarial que en el ejercicio de sus prerrogativas pretendiera restringir los efectos de esta medida de presión con la que legítimamente cuentan los trabajadores. Volvemos aquí al manido tema de los límites que confinan los derechos de ambas partes de la relación contractual donde, como ya se vio, la regla general que viene aplicando la jurisprudencia tiene presente que toda limitación que cualquier poder empresarial pudiera imponer al disfrute de un derecho fundamental ha de ser interpretada de forma restrictiva.

⁷⁵ Tomando como punto de partida la doctrina sentada en la conocida STC 11/1981, de 8 de abril, donde se afirma la constitucionalidad parcial del artículo 6.7 del RDLRT, el Tribunal entiende que en el caso enjuiciado se está violando uno de los contenidos esenciales del derecho de huelga, cual es el de producir una perturbación de la actividad productiva mediante la cesación del trabajo, dado que «la demandada, al determinar los servicios de seguridad y mantenimiento (...), lo que persiguió fue eliminar al máximo tal alteración en su normal desenvolvimiento, consiguiendo que los puestos que consideraba imprescindibles para ello estuviesen ocupados por los trabajadores, que siguieron realizando las funciones típicas de los mismos» (Fj. 4º).

Pues bien, si partiendo de este pronunciamiento quisiéramos determinar cuáles son las posibilidades de actuación del trabajador en un supuesto concreto –cuando en caso de huelga es designado al singular arbitrio del empresario para ocupar el día fijado su puesto de trabajo y cumplir así con los servicios de seguridad y mantenimiento y, siguiendo con las conjeturas, el patrono se sirviera de su poder de dirección para destinar un número excesivo de empleados a tales fines para encomendar a los afectados tareas que en nada tienen que ver con garantizar que las personas y bienes de la empresa no sufran ningún daño–, habría que volver a plantear la existencia de un poder que amparase al trabajador para llevar a cabo una valoración personal de la regularidad o la legitimidad de las decisiones directivas sabiendo, como se conoce de antemano, que este *ius resistentiae* es frecuentemente aludido en sede jurisprudencial pero no siempre termina por ser dotado de efectividad real en el caso concreto. Para encuadrar oportunamente esta cuestión y sin detenerme en las decisiones que puede adoptar el comité de huelga en relación al cumplimiento de los servicios que hubiera fijado la dirección empresarial, resulta oportuno señalar que el trabajador se topa, como en tantas otras ocasiones, ante una difícil decisión que le puede conducir a acatar las órdenes recibidas a sabiendas de la ilicitud de la directriz empresarial, con el fin de asegurar la pervivencia de su puesto de trabajo, o bien a incumplir las mismas y a exponerse al trato de rigor que pueda adoptar el empresario como sanción ante tal comportamiento.

Solución más fácil tendría en caso de que el comité de huelga hubiera decidido presentar una demanda para obtener el amparo judicial y el pronunciamiento relativo a la licitud o no de la actuación empresarial llegase en los días previos a la jornada convocada para la huelga. En caso de que esto no sucediera y el trabajador inobservara las disposiciones del empresario por entenderlas irregulares, su conducta podría ser concebida como incumplimiento contractual si posteriormente, en opinión del juez, la actuación empresarial era ajustada a derecho y, subsiguientemente, acarrear la pérdida del empleo si su conducta es considerada grave y culpable. Con todo, tanto si el empresario ha fijado unilateralmente los servicios de prevención –tratando de imponer a toda costa su criterio al comité de huelga o ni tan siquiera recabando la opinión del mismo a fin de alcanzar el acuerdo necesario–, como si los cometidos a los que se destina a los trabajadores afectados se apartan de aquellos que establece la normativa aplicable en este ámbito, la actuación empresarial no puede sino calificarse como contraria al derecho fundamental que la Constitución pretende garantizar, por tanto, la solución que debe darse es, justamente, la que la jurisprudencia ha dado en tantos otros casos: no existe deber de obedecer cuando el titular del poder no lo ejerce

regularmente⁷⁶. A su vez, condicionar las posibilidades de actuación del trabajador a lo que finalmente decidan los jueces supone en la mayoría de los casos posponer la tutela del ejercicio del derecho fundamental, el de huelga o cualquier otro, a momentos en los que la medida de presión que diseña la CE ya ha perdido todo su efecto⁷⁷. No hay que olvidar, además, que estos derechos constitucionales son de carácter irrenunciable para su titular, de modo que podría considerarse que la actuación del trabajador de autotutela de su derecho fundamental constituye también un loable acto de defensa del orden público constitucional. Sin embargo, en este supuesto, como en tantos otros, se elude un aserto tajante que atribuya al empleado la posibilidad de estimar la constitucionalidad de la orden impartida y le salvaguarde de cualquier sanción si, de buena fe, erró en su valoración.

En otro orden de cosas, dentro del estudio del singular mecanismo individual de protección jurídica que constituye el *ius resistentiae* frente a los actos lesivos de los derechos fundamentales, insoslayable resulta la referencia a la legítima desobediencia contemplada en caso de que las órdenes e instrucciones patronales degraden o causen un daño a la dignidad del trabajador, pues interesa reparar en que otros bienes jurídicos referenciados constitucionalmente que se pudieran ver afectados por la actuación ordenadora y directiva del empleador se entroncan con la tutela y respeto de la dignidad humana en su faceta de valor inherente al individuo e inspirador del entero sistema de derechos fundamentales⁷⁸. Sin que se vea afectado el principio de autoridad y disciplina como mecanismo al servicio del beneficio empresarial, el modelo de relaciones laborales imperante reconoce al trabajador su condición de ciudadano y la virtualidad de este mismo en la empresa, lo que conduce necesariamente al deber que tiene el ente

⁷⁶ GONZÁLEZ BIEDMA, E., «Los servicios de seguridad y mantenimiento en la empresa durante la huelga», en *RL*, vol. I (1990), p. 358, hace hincapié en que solamente el trabajador puede servirse del *ius resistentiae* en caso de ilegalidad manifiesta. Señala RIVERO LAMAS que en tal caso «se crea una presunción de ilegalidad, que exime del deber de obediencia al trabajador y al comité de huelga del deber de garantizar el funcionamiento de aquellos, por incurrir el empresario en una actitud radicalmente excluida, como contraria a la Constitución» [«Infracciones y sanciones laborales y regulación del derecho de huelga: criterios jurisprudenciales y proyectos de reforma», en *AL*, vol. I (1993), p. 22]. Sin embargo, ambos autores expresan sus dudas sobre la posibilidad de resistir cuando en el nombramiento patronal no se halla tacha de notoria irregularidad. En caso, p. ej., de que «hubiera existido algún defecto en la negociación referida a qué servicios debían designarse, o cuando hubiera hecho prevalecer su opinión tras el desacuerdo con el comité y ante la inexistencia de una declaración judicial al respecto, fijando unos servicios que se pudieran considerar excesivos».

⁷⁷ Éste sería un terreno idóneo para aprovechar las virtudes propias de los instrumentos de autocomposición y solución extrajudicial de los conflictos como vía para dirimir las controversias surgidas entre la dirección de la empresa y el comité de huelga (art. 4, c ASEC IV, BOE 14 de marzo de 2009). Así lo sostienen PALOMEQUE LÓPEZ, M.C y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, cit., p. 447. Tales consideraciones se intuyen igualmente en MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, cit., p. 399.

⁷⁸ Sostiene GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J.J., *Seguridad e higiene...*, cit., p. 221, que «el respeto a la dignidad de la persona del trabajador ha de servir, pues, de norte para guiar, en último extremo, la tutela de los derechos fundamentales del trabajador en la relación de trabajo, y especialmente, los derechos a la vida, a la integridad física y a la salud».

empleador de respetar la dignidad y el resto de derechos fundamentales del asalariado en el lugar de trabajo⁷⁹. Piénsese que el conjunto de los derechos humanos, incluidos, como no, los derechos económicos y sociales, «se presentan como una emanación del reconocimiento del principio de dignidad»⁸⁰. De modo que cualquier análisis del conflicto jurídico que pudiera surgir entre el ejercicio del poder de dirección y los derechos fundamentales de la persona debe llevarse a cabo en coherencia y coordinación con el tratamiento jurídico que hayan de recibir las órdenes e instrucciones atentatorias de la dignidad. Dicho lo cual cabe recordar que la práctica jurisprudencial, a grandes rasgos, ampara el comportamiento contestatario del trabajador que se enfrenta al cumplimiento de un mandato patronal susceptible de reportarle un daño difícilmente reparable para su dignidad personal.

Sentada esta premisa inexcusable, al entrar a valorar las posibilidades de autotutela del trabajador frente a conductas indeseables del empresario que menoscaban la dignidad y otros derechos fundamentales inespecíficos, resulta inevitable hablar de las conductas de acoso en el trabajo. A resultas de una sensibilidad social cada vez más acentuada, la jurisprudencia se ha mostrado más terminante en este ámbito, admitiendo la desatención de los requerimientos imperativos, así como de las principales obligaciones contractuales, llegando incluso a dar cabida a la interrupción de la prestación de servicios en supuestos de especial amenaza para la integridad del trabajador⁸¹. Resultaría cuanto menos un tanto ocioso decir aquí que las actuaciones constitutivas del acoso de naturaleza sexual⁸² y, sin mayores especificaciones, el hostigamiento psicológico en la relación laboral (denominado *mobbing* adoptando la terminología anglosajona o siendo más precisos, por lo que aquí concierne, el *bossing*) que hace referencia al tipo genérico de conducta ofensiva para la persona, sistemática y malintencionada, que ya no persigue el violentar la libertad sexual del trabajador sino, como se asevera comúnmente, minar la autoestima, la dignidad y la reputación personal

⁷⁹ Como tienen declarado nuestros jueces y tribunales, «ninguna persona, ni desde luego el empresario, puede menoscabar (la dignidad humana) en aras a un supuesto ejercicio del poder de dirección y control» (STSJ Castilla la Mancha, 14 abril 2005, JUR/123065).

⁸⁰ SASTRE IBARRECHE, R., *El derecho al trabajo*, Trotta, 1996, Madrid, p. 186

⁸¹ Vid. SEMPERE NAVARRO, A., y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., *El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi, Cizur Menor, 2001, pp. 49-50.

⁸² Las conductas atentatorias de la indemnidad sexual del trabajador son especialmente reprimidas por el ordenamiento laboral a raíz de la reciente LOIEMH –que da nueva redacción al apdo. e del art. 4.2 ET y al apdo. g del art. 54.2 ET–, aunque sea preciso tener en cuenta que este tema está particularmente entrelazado con la punición penal de tales conductas (art. 184 CP). En esta ocasión el legislador ha pretendido incorporar de forma específica al ordenamiento la protección frente al acoso sexual como uno más de los derechos laborales pese a que, en realidad, éste tenga cabida dentro de la tutela de las categorías jurídicas básicas de la igualdad y la dignidad. De hecho ya la propia descripción legal del acoso sexual y acoso por razón de sexo se hace concreta alusión al propósito atentatorio contra la dignidad de la persona o a la efectiva lesión de la misma como la característica que permite definir al comportamiento verbal o físico que conforma tales actos concebidos en todo caso como discriminatorios (art. 7.1 y 2 LOIEMH).

y profesional del trabajador, son de todo punto censurables y jurídicamente reprobables. Sin embargo, lo que se pretende poner de relieve, a falta de un análisis más detenido, es que en este contexto problemático se ponen en marcha los cauces previstos en la normativa en vigor y los instrumentos impulsados por una significativa doctrina jurisprudencial para prevenir la persecución laboral, reparar los bienes constitucionalmente infringidos y sancionar administrativa o penalmente la conducta hostigadora.

El empresario ha de adoptar ante este tipo de situaciones una actuación de índole positiva, estando obligado a promover las medidas que sean oportunas a fin de impedir y corregir tales conductas, de tal suerte que un ambiente de trabajo libre de acoso quede efectivamente restablecido. Y particularmente, cuando es el empresario el agente causante de la agresión, verá condicionado el conjunto de sus facultades por ciertos límites negativos al ejercicio de tales prerrogativas y en especial de las de naturaleza directiva. Por lo que aquí interesa, cuando la agresión psicológica se produce dentro del ámbito a que alcanza la potestad de mando patronal (y sorteando el estudio de las formas de tutela colectiva inscrita en el marco de la oportuna intervención de los órganos de representación de los trabajadores), se ha coincidido en afirmar que caben fórmulas de tutela individual como la impugnación del acto o decisión constitutiva de hostigamiento, la interposición de la acción tendente a la cesación de la actividad recurrente y prolongada de acoso o la extinción indemnizada de su contrato a través del art. 50 ET. Conjuntamente, como había reivindicado la doctrina científica⁸³, el cuerpo de doctrina judicial también se ha hecho eco de un derecho a resistir frente a tales conductas sutiles y perversas. Y en esta línea se acepta como uno de los supuestos exceptuados de la aplicación universal del «cumple y reclama», en atención, sin lugar a dudas, del entorno intimidatorio, hostil, humillante y degradante en el que se desenvuelve la relación subordinada de trabajo⁸⁴.

⁸³ Hablan de un derecho a resistir o *ius resistentiae* ante comportamientos de acoso moral o psicológico en el trabajo, por todos, MOLINA NAVARRETE, C., «Una “nueva” patología de gestión en el empleo público: el acoso institucional (*mobbing*)», en *Diario La Ley*, vol. 7, ref. D-270, pp. 11-12 y VALLEJO DACOSTA, R., «El acoso sexual y acoso por razón de sexo: riesgos de especial incidencia en la mujer trabajadora», en *RL*, núm. 5 (2007), p. 35.

⁸⁴ Subraya el TSJ del País Vasco, en sentencias de 14 de mayo de 2002 (AS/2457), 6 de abril de 2004 (AS/1076), 6 de julio de 2004 (AS/2059) que «en la concepción occidental el trabajador ante todo es persona, y cualquier relación que se establezca con él parte de este “prius” indisponible, de tal manera que cualquier hegemonía, predominio o prevalencia se contempla dentro de los simples y secundarios parámetros de organización en el trabajo, teniendo en cuenta que éste no es un fin en sí mismo (...). De ahí el que cuando la relación laboral tiene tal empuje que incide no sólo en las relaciones personales, extrañas al trabajo, sino en la misma integridad del trabajador, se ha desbordado de forma ostensible la relación del trabajo, superándose los umbrales de lo permisible, para alcanzar las cotas de la llamada racionalidad de la sin razón, invadiéndose la órbita de la vivencia personal, y de las vinculaciones que se tienen fuera del trabajo. Pero, todavía, cuando esa presión, hostigamiento, degradación y humillación del sujeto llega a motivar un desequilibrio intelectual, distorsionando la salud, y rompiendo los mecanismos de defensa, desubicando a la persona, cuando ello acontece, ya hace mucho tiempo que se han

Por lo demás, es indudable que el acoso moral afecta de manera particularmente intensa a la integridad y salud de la víctima, causando importantes efectos negativos en su estabilidad emocional y psíquica, amén de variadas enfermedades psicosomáticas. Y que ocasiona, al tiempo, una violación intolerable de la dignidad del trabajador envuelto en dicha situación⁸⁵. A lo dicho hay que sumar la instrumental vulneración de otros derechos y bienes jurídicos percibidos como fundamentales en nuestra Carta Magna: el derecho a la intimidad, el honor y la propia imagen (art. 18.1 CE), a la libertad de expresión y comunicación (art. 20.1 CE), a la igualdad y a no sufrir discriminaciones (art. 14 CE). Y, desde un punto de vista general, no conviene obviar que la productividad y la eficiencia en el trabajo se verán igualmente resentidas. Pues bien, frente a las órdenes e instrucciones denigrantes u ofensivas que generan violencia en el entorno del trabajo y provienen del empleador o de los que ejercen el poder patronal por delegación, el trabajador lesionado ostenta el derecho de autoproteger personalmente su integridad psíquica o moral. Lo dicho puede comportar la desatención de una orden concreta del empresario cuando la misma dé muestras de un trato degradante y violento alguno de los derechos inherentes a la personalidad del trabajador que conforman, como razona el TC, «proyecciones de núcleos esenciales de la dignidad» (STC 194/94, de 28 de junio).

A mayor abundamiento, junto a esta dimensión constitucional, el *mobbing* es ciertamente un tema de salud y prevención, hecho que faculta la utilización de los específicos mecanismos de tutela que la normativa preventiva proporciona. Así, es dable subrayar que cuando sea necesario para salvaguardar la salud psico-física del trabajador implicado, en los casos en los que el acoso esté atravesando una fase particularmente intensa y el riesgo profesional de naturaleza psicosocial reúna los requisitos individualizados legalmente, procederá la paralización inmediata de los trabajos o tareas encomendadas y el abandono de su puesto de trabajo sin que sea dicha conducta constitutiva de un incumplimiento laboral a tenor, como es sabido, de lo dispuesto en el art. 21.2 LPRL. No es ésta una medida de tutela excepcional, más al contrario, entiendo que el instrumento jurídico de autoprotección aplicable en virtud del citado precepto de la legislación sobre prevención de riesgos laborales tiene en este

sobrepasado todas las referencias que limitan los contornos del contrato de trabajo, por lo que una conducta así difícilmente puede encuadrarse dentro del art. 20 ET».

⁸⁵ En el art. 26.2 de la Carta Social Europea adoptada en Estrasburgo y revisada el 3 de mayo de 1996 se indica, bajo la rúbrica «Droit à la dignité au travail»: «En vue d'assurer l'exercice effectif du droit de tous les travailleurs à la protection de leur dignité au travail, les Parties s'engagent, en consultation avec les organisations d'employeurs et de travailleurs: à promouvoir la sensibilisation, l'information et la prévention en matière d'actes condamnables ou explicitement hostiles et offensifs dirigés de façon répétée contre tout salarié sur le lieu de travail ou en relation avec le travail, et à prendre toute mesure appropriée pour protéger les travailleurs contre de tels comportements».

ámbito una singular trascendencia, pues las conductas de agresión u hostigamiento psicológico, con independencia de que terminen por manifestarse en una patología o daño psíquico evaluable médicamente (hecho que dependerá no sólo de la severidad con la que se manifieste el acoso sino, muy especialmente, de la subjetividad y vulnerabilidad de la víctima)⁸⁶, dan lugar a una real y efectiva presión sobre el trabajador, a un «sufrimiento emocional» continuado y tendencioso que, por sí mismo, en el común de las veces, ya supone un riesgo grave e inminente para la integridad psico-física y moral de la persona afectada, capaz además, en determinados supuestos, de poner en peligro la integridad física de terceras personas o compañeros de trabajo. Aunque sobre esto me detendré en otro momento, valga ahora simplemente anunciar que tal comportamiento de oposición o resistencia perdurará hasta que razonablemente pueda convenirse la finalización de la conducta agresora del superior jerárquico o del propio empleador.

B. Órdenes que impliquen peligrosidad en su ejecución

Indiscutible resulta que el ejercicio del poder de dirección que atenta contra la seguridad en el trabajo merecería estar incluido en el apartado anterior pues nos movemos en la órbita del ejercicio del poder directivo que lesiona un derecho fundamental, en este caso, el derecho a la vida y a la integridad psicofísica. Sin embargo, la práctica jurisprudencial viene desde hace años dotando de autonomía y sustantividad a la resistencia frente a las órdenes cuya ejecución coloca al trabajador

⁸⁶ Aunque un gran número de pronunciamientos judiciales del orden social han encumbrado la constatación de lesiones psíquicas o físicas como uno de los elementos constitutivos del acoso laboral [por todas, SJS Madrid, núm. 33, 18 junio 2001 (AS/1667); STSJ País Vasco, 26 febrero 2002 (AS/2932); SSTSJ Andalucía, 11 marzo 2003 (JUR/136591) y 24 febrero 2005 (AS/1204); SSTSJ Madrid, 20 marzo 2003 (AS/3244) y 17 mayo 2004 (AS/2165); STSJ Murcia, 22 diciembre 2004 (AS/3423); SSTSJ Galicia, 30 marzo 2003 (JUR 2004/56870), 4 noviembre 2003 (AS 2004/657), 27 enero 2005 (AS/268) y 20 octubre 2006 (AS 2007/2129)], entiendo que es el atentado a la dignidad del trabajador consecuencia directa de la actividad de hostigamiento la circunstancia que define este fenómeno, pues no se puede supeditar la real y efectiva protección de la que debe ser merecedor el trabajador que es víctima de tales conductas a la capacidad que éste manifiesta para tolerar o resistir la situación en la que se encuentra y relegar la adopción de medidas garantes de su seguridad al momento en que se revela una determinada dolencia descrita clínicamente. Así, también, lo ha defendido CAVAS MARTÍNEZ, F., «Derecho de la prevención y nuevos riesgos profesionales», en *AS*, vol. V (2005), pp. 554-555; SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. y GIL Y GIL, J.L., «El acoso psicológico...», cit., pp. 809, 813 y 821 o SERRANO OLIVARES, R., *El acoso moral en el trabajo*, CES, Madrid, 2005, pp. 42-44. También RUIZ CASTILLO, M^a M., «La vertiente jurídica del acoso moral en el trabajo: una aproximación al panorama actual», en *RL*, núm. 10 (2004), p. 35, quien sostiene que no es elemento esencial del tipo jurídico del acoso moral la presencia de un deterioro o daño a la salud, sino su puesta en peligro, admitiendo el grado de tentativa. Una posición intermedia adopta MARTÍNEZ BARROSO, M^aR., *Riesgo psicosocial en el sistema de protección social*, Laborum, 2007, p. 144, donde afirma que lo decisivo para la calificación del acoso moral es la efectiva repercusión del hostigamiento permanente en el estado de salud del trabajador «aunque únicamente curse con ansiedad o somatizaciones, sin necesidad de que se haya manifestado un auténtico estado depresivo y, por tanto, sin que exista una patología acreditable por sometimiento a tratamiento médico».

ante el riesgo de sufrir un daño o perjuicio en su salud, la de compañeros o terceros, de modo que las sentencias que abordan estas cuestiones contemplan éste como uno de los específicos supuestos de legítima desobediencia o, en puridad, como excepción admitida de la aplicación general del *solve et repete* y, valga en este momento solamente apuntarlo, es esta doctrina judicial la que, con algunas variaciones, acoge la LPRL en el art. 21.

Y es que, no hay que olvidar que, como premisa inicial, la jurisprudencia más clásica exigía un cúmulo de condicionantes para poder aplicar esta causa como elemento justificativo de la desobediencia del trabajador. En concreto, la «existencia objetiva del riesgo»⁸⁷; la gravedad del mismo (de intensidad suficiente como para poner en gran peligro la salud del trabajador); el carácter inevitable (o bien, de ser evitable, que no se hubieran adoptado «los mecanismos necesarios para ello, con infracción de las normas existentes»); «que el trabajador haya comunicado su decisión motivadamente al empleador» y, finalmente, como cláusula de cierre: «que sea riesgo distinto al que comporta forzosamente el desempeño de la profesión»⁸⁸. Dicho esto y a la luz de una importante doctrina constitucional, dejando al margen ciertas ramas de la actividad en las que el puesto de trabajo entraña un riesgo conocido por el trabajador que lo asume voluntariamente en el contrato, el ámbito de protección del art. 15 CE se extiende a los casos en los que la incolumidad física y moral del trabajador se vea afectada por decisiones patronales que materialicen un ataque a su vida o integridad psico-física, así como por cualquier «intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular» (SSTC 120/1990, de 27 de junio, Fj. 8º y 119/2001, de 24 de mayo, Fj. 5º). Si bien es cierto, no obstante, que el Constitucional ha precisado que la tutela que proporciona el art. 15 de la Norma de más alto rango jerárquico de nuestro ordenamiento no es identificable con una especie de cobertura constitucional frente a cualquier manifestación del poder empresarial que, apriorísticamente y en abstracto, pudiera estar desaconsejada por ser perjudicial para la salud, entendida, como se ha visto, en el sentido más amplio.

A diferencia de lo que pudiera parecer, no se trata exclusivamente de amparar el derecho a la salud del trabajador reconociendo la invalidez del mandato impartido una vez que la lesión se haya consumado. Precisamente, ante estos casos la posición asentada del Alto Tribunal⁸⁹ se inclina por la oportunidad de ofrecer al trabajador una protección *ex ante* en lugar de la protección *ex post* que eventualmente hubiera podido

⁸⁷ Sin que valgan las meras apreciaciones subjetivas no avaladas por razones convincentes. Así lo había previsto la STS 11 marzo 1966 (RJ/2051).

⁸⁸ SSTCT 28 junio 1978 (RTCT/4547) y 12 enero 1982 (RTCT/26).

⁸⁹ Entre otras, SSTC 221/2002, de 25 noviembre, Fj. 4º y 220/2005, de 12 de septiembre, Fj. 4º.

obtener tras el reconocimiento judicial de los hechos por él alegados fruto de la aplicabilidad del principio del *solve et repete*. En concreto, tal y como se deduce de la fundamentación contenida en las últimas sentencias⁹⁰, el doble factor que resulta decisivo a la hora de determinar si la orden o instrucción empresarial afecta al ámbito protegido por el art. 15 CE (y, por tanto, determina su nulidad a la vez que legitima la respuesta contestataria e insubordinada del trabajador) se compone de lo siguiente: a) la relevancia de la contingencia, requiriéndose un riesgo o peligro *grave* para la salud; b) la posibilidad cierta o potencial de que ésta pueda llegar a materializarse. Así podrá concluirse que constatada la existencia de un riesgo de tales características, enjuiciado *ad casum*, la inobservancia por parte del asalariado del mandato recibido no cabe sino ser calificado como un supuesto de desobediencia legítima puesto que ante dichas circunstancias se desencadena la tutela constitucional aunque la lesión a la salud del trabajador no se haya consumado⁹¹.

La toma de postura del TC, a fin de cuentas, no entra a valorar exactamente si una orden de trabajo puede generar algún tipo de perjuicio o menoscabo en la salud del trabajador ya que, se entiende, no todo mandato o directriz imperativa del empleador que se muestra mala para la salud puede situarse dentro de la cobertura del citado precepto constitucional. Por ello, el ámbito de actuación del derecho de resistencia y, por ende, la capacidad del trabajador para tutelar individualmente su integridad, queda circunscrito a un contexto determinado: a la concurrencia de un ambiente laboral o condiciones de trabajo que provocan un riesgo de severas magnitudes y de producción inmediata. Más al contrario, las órdenes peligrosas que no reúnan las condiciones de gravedad e inminencia no justifican la negativa del trabajador a acatar una orden pues lo que procede, advierte una discutible doctrina jurisprudencial, es instar en vía judicial la declaración del riesgo que provoca el cumplimiento de la decisión patronal y la adopción de las medidas oportunas para la protección del trabajador⁹².

Por ello, cuando un número considerable de sentencias de los tribunales ordinarios emplean una fórmula abierta refiriéndose simplemente a las «circunstancias de peligrosidad», a la existencia de «riesgos evidentes»⁹³, a la aceptación de un derecho

⁹⁰ Por su claridad, *vid.* las SSTC 119/2001, de 24 de mayo (Fj. 6º); 5/2002, de 14 de enero (Fj. 4º); 62/2007, de 27 de marzo (Fj. 3º) y 160/2007, de 2 de julio (Fj. 2º).

⁹¹ Subraya en este sentido BAYLOS GRAU, A., «La autotutela...», cit., p. 46, que «el acto de retorsión del empresario con respecto a la negativa del trabajador a prestar sus servicios no puede ser calificado sino como nulo, nulidad que traduce la prohibición de “perjuicio alguno” que incorpora la ley y que, en el caso de que se tratara de un despido, la nulidad está referida a la violación del derecho fundamental del trabajador a la vida y a la salud laboral».

⁹² STS 28 noviembre 1989 (RJ/9182). Acoge este planteamiento la STSJ Madrid, 19 febrero 1998 (AS/506).

⁹³ SSTSJ Cataluña, 8 enero 1998 (AS/156); 13 octubre 1999 (AS/3345) y 3 diciembre 1999 (AS/3974); SSTSJ Castilla y León, 18 septiembre 2000 (JUR/17586) y 9 octubre 2000 (JUR/22206).

de resistencia para negarse a desarrollar la prestación de trabajo «en condiciones que suponen una amenaza para su seguridad» o que puedan «poner en peligro su vida e integridad física y la de sus compañeros»⁹⁴, podría parecer que la jurisprudencia está dejando una puerta de acceso al reconocimiento, como supuesto de legítima desobediencia, de todos aquellos supuestos de peligro en los que el riesgo no goce de las condiciones de gravedad e inminencia antes expuestas y preceptuadas en el art. 21 LPRL. Sin embargo, hoy por hoy, las tesis mantenidas por nuestros jueces y tribunales aportan escasos argumentos que sirvan de apoyo a una opción más abierta y omnicomprendiva de todo riesgo para la salud del trabajador como circunstancia habilitante de la inobservancia lícita de las disposiciones patronales, puesto que, como es fácilmente comprobable, cuando los pronunciamientos judiciales se refieren escuetamente a la situación de peligrosidad, habitualmente, no están enjuiciando un supuesto en el que la salud de los trabajadores se vea comprometida por el ejercicio extralimitado de la autoridad del empleador, sino que se enuncia únicamente a modo de cláusula de estilo, recopilando párrafos procedentes de sentencias anteriores del TS, incluso del TCT, como parte de la argumentación general de la desobediencia justificada. Por el contrario, cuando los tribunales se hallan ante la desatención de órdenes que implican un riesgo para la salud del trabajador, rara vez rechazan la existencia de un incumplimiento contractual por parte del deudor que se enfrenta a una orden gerencial que «pueda situar al trabajador en el trance de arriesgarse a sufrir un daño –físico o moral– *de importancia*»⁹⁵ o le suponga «un riesgo *nada despreciable* para su salud»⁹⁶ (sin mayores exigencias pero empleando expresiones que dejan traslucir, como se ve, grandes dosis de ambigüedad e imprecisión que no hacen sino recargar la incertidumbre que atenaza al trabajador en tales situaciones), si bien, a menudo, en el análisis de dichos mandatos patronales entran en juego los requisitos que el legislador ha individualizado en el texto legal dedicado a la prevención de riesgos laborales. Con lo cual, no queda más que afirmar que es la posición más restrictiva en torno a esta cuestión la que goza de mayor alcance en la actualidad en nuestro ordenamiento.

A mi parecer, cuando se limitan las posibilidades de autotutelar la propia salud e integridad a la existencia de un riesgo grave, probable e inminente, se está identificando indebidamente lo que habría de constituir uno de los supuestos generales de justa desobediencia (la apreciación razonable de un peligro para la seguridad del asalariado) con lo que, a mayores, constituye en realidad la institucionalización de un derecho ante circunstancias excepcionales y de especial gravedad que ampara, no sólo la mera

⁹⁴ STSJ Cataluña, 11 enero 2005 (AS/545).

⁹⁵ STSJ La Rioja, 30 noviembre 1994 (AS/4337).

⁹⁶ STS 29 enero 1987 (RJ/298).

desatención de una concreta orden patronal, sino la más amplia paralización de la actividad productiva que lleva a cabo el trabajador, posibilidad jurídica de significativas consecuencias para el proyecto empresarial y la realidad económica singular en la que la prestación de servicios se desenvuelve, sostenida, además, por la importante garantía preceptuada en el apdo. 4 del art. 21 LPRL⁹⁷. La justa separación de ambos casos y la atribución al trabajador de la capacidad para autoprotegerse de las decisiones patronales que encierren cierto peligro para su persona se antojan más acordes, en primer término, en el plano jurídico-político, con el objeto de progreso y promoción social que inspira nuestra Ley Fundamental, y desde una perspectiva técnico-jurídica, con el grado de tutela que ha de dispensarse a la vida y salud del trabajador correspondiendo con la trascendencia que el reconocimiento de tal derecho trae consigo.

Al hilo de lo inmediatamente apuntado y viéndose aquí envuelto un derecho primario como es el de la salud, estimo necesario reparar en que éste debe primar a la estrategia directiva e intereses productivos de la empresa. Como simple anotación me referiré al caso italiano donde con carácter previo a la promulgación del art. 14 del *D.Lgs.* 626/1994 (actual art. 44 del *D.Lgs.* de 9 de abril de 2008, núm. 81)⁹⁸ ya se admitía, de forma consolidada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, la legitimidad de la desobediencia del trabajador a las órdenes que imponen la realización de una prestación lesiva para la salud o que se tenga que desarrollar en condiciones de peligro. Y ello a través del empleo de conocidas construcciones civilísticas de autotutela privada como reacción apropiada a la desatención por parte del empresario de

⁹⁷ Esta distinción ya se puede percibir en DIÉGUEZ CUERVO, G., «Sobre la obediencia...», cit., p. 96, pues para justificar la no obediencia recalca, como razones distintas y con explícita referencia a la jurisprudencia del TC, que «los trabajos peligrosos pueden ser desobedecidos» y, además, que «no hay por qué obedecer las órdenes que supusieran para el trabajador un “peligro grave e inminente”». Esta diferenciación también en DÍAZ MOLINER, R., *Derecho de prevención de riesgos laborales*, Dijusa, Burgos, 1998, pp. 463-465 y GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J.J., *Seguridad e higiene...*, cit., pp. 292-294.

Nuestros tribunales habían mostrado en épocas anteriores mayor generosidad al reconocer un *ius resistentiae* del trabajador a las órdenes empresariales cuando, sin ulteriores especificaciones, concurrían circunstancias de peligrosidad u otros motivos sólidos y consistentes que justificasen la negativa, como, por ejemplo, la ausencia de medidas de seguridad [SSTS 2 octubre 1973 (RJ/3591), 12 noviembre 1976 (RJ/1071), 3 abril 1978 (RJ/1353) y 30 mayo 1978 (RJ/2141)]. Dentro de la jurisprudencia italiana cabe citar la sentencia *Tribunale Siena*, 27 noviembre 2002, núm. 113, en *Riv.Giur.Lav.*, núm. 2 (2003) p. 581, con nota de SCIORTINO «Omissione di cautele antifortunistiche e astensione dal lavoro», donde se descarta que se esté ante un supuesto de *ius resistentiae* ex art. 14 *D.Lgs.* núm. 626/94 (análogo al art. 21.2 LPRL) pues falta el requisito de la inmediatez, si bien, no obstante, se estima legítima la actuación del trabajador que se niega a cumplir la prestación requerida en aplicación de la *eccezione di inadempimento*, dado que el empleador había violado las disposiciones normativas relativas a la protección de la seguridad y salud en el lugar de trabajo.

⁹⁸ La aprobación del *D.Lgs.* 81/2008, el 1 de abril de 2008, por el Consejo de Ministros, responde a la delegación que previamente se contenía en el art. 1 Ley 3 de agosto de 2007, núm. 123, la cual emplazaba al Gobierno a que en un plazo de nueve meses desde la entrada en vigor de la misma se aprobase un Texto Único para reordenar las principales normas vigentes en materia de seguridad y salud en los lugares de trabajo (*DPR* 547/55, *DPR* 164/56, *DPR* 303/56 o *D.Lgs.* 626/1994) e introducir ciertas modificaciones con objeto de mejorar significativamente las condiciones de trabajo y minimizar las posibilidades de exposición al riesgo laboral.

su obligación de garantizar un ambiente de trabajo seguro sin que, a la par, se haya restringido tal actuación a los supuestos en los que la orden de trabajo genere un riesgo revestido de los caracteres de probabilidad, inmediatez y gravedad que acabamos de señalar⁹⁹. Las razones que tradicionalmente han permitido explicar el comportamiento del trabajador contrario a los mandatos de sus superiores van, desde la aplicación en estos supuestos del principio *inadimplenti non est adimplendum* en vía de autotutela (atendiendo al incumplimiento por parte del empresario del deber de seguridad que le impone el art. 2087 c.c.)¹⁰⁰, a la asignación del carácter de «no debida», en tanto ajena al contrato, a la concreta prestación que induce a una razonable preocupación sobre un riesgo en la propia seguridad y salud del asalariado destinatario de la directriz. Un sector de la doctrina, adhiriéndose a esta última tesis, recalca que la ausencia de condiciones de seguridad convierte a la prestación acordada, no en imposible en sentido técnico, pero sí en «inexigible» pues el interés del trabajador a conservar intacta su vida, integridad o salud prevalece sobre aquél del empleador relativo a la ejecución del trabajo. En este caso, la mora del acreedor («senza motivo legittimo»), constituye el andamiaje argumental que sostiene esta construcción doctrinal en tanto que la necesaria orquestación por parte del empresario de un ambiente de trabajo libre de todo peligro resulta perfectamente reconducible a su posición de acreedor de la prestación laboral. Esto es, la omisión de las debidas medidas de seguridad concretizan una situación de *mora accipiendi* en virtud de la cual el deudor contractual estará facultado para incumplir su respectiva obligación (art. 1206 c.c.)¹⁰¹. Sea como fuere, a la luz de la

⁹⁹ *Tribunale di Agrigento*, 11 junio 2002 [con nota de PASQUARELLA, V., «Autotutela del lavoratore e licenziamento ritorsivo», en *Riv.It.Dir.Lav.*, vol. I (2003), pp. 114-118] subraya que «è legittimo il comportamento del lavoratore che rifiuta la prestazione lavorativa come reazione all'inadempimento da parte dal datore di lavoro degli obblighi contrattuali in materia di sicurezza, posti a tutela della salute del lavoratore stesso, anche in applicazione del principio *inadimplenti non est adimplendum*». Vid. también *Cass.* 13 septiembre 1991, núm. 9569, *Riv.it.dir.lav.*, vol. II (1992), p. 921, según la cual el trabajador puede legítimamente rechazar la prestación conservando el derecho a la retribución si el empresario no asegura en el trabajo un temperatura mínima.

¹⁰⁰ Advierte SMURAGLIA, C., *La sicurezza del lavoro e la sua tutela penale*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 60: «se il datore è tenuto a fornire un ambiente salubre e sicuro e se risulta già evidente che le condizioni ambientali sono invece non sane e pericolose, il lavoratore può reagire rifiutando la prestazione (art. 1460 c.c)». Así, también, en BIANCHI D'URSO, F., *Profili giuridici della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Jovene, Napoli, 1980, p. 88; GHERA, E., «Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato», en *Le sanzioni nella tutela del lavoro subordinato, Atti del VI Congresso Nazionale di Diritto del Lavoro*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 30; NICOLINI, G., *Tutela delle condizioni di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1991, pp. 74-45; SPEZIALE, R., *Mora del creditore e contratto di lavoro*, Cacucci, Bari, 1992, pp. 128-131; SUPPIEJ, G., «Il diritto dei lavoratori alla salubrità dell'ambiente», en *Riv.It.Dir.Lav.*, vol. I (1988), p. 445 y VALLEBONA, A., *Tutele giurisdizionali...*, cit. p. 132.

¹⁰¹ Al respecto, me remito a las reflexiones de MONTUSCHI, quien sostiene que es legítima la negativa del trabajador a desarrollar las funciones requeridas en condiciones de inseguridad, siendo este rechazo un efecto de la mora en la que incurre el empresario al no proporcionar los niveles de seguridad adecuados. Textualmente, la prestación de servicios, «debe svolgersi in condizioni di sicurezza, altrimenti non è neppure deducibile nel contratto stante la sicura illicittà dell'oggetto (...). Con l'ulteriore corollario che, mentre è legittimo il rifiuto pregiudiziale dei lavoratori ad eseguire la prestazione in condizioni di insicurezza ed è loro garantita la conservazione della retribuzione a causa della *mora accipiendi* nella quale versa il datore che non ha provveduto alla necessaria cooperazione creditoria, permane integro il diritto a pretendere, anche in via giudiziaria, l'adempimento del dovere ex artt. 1453, 2087 c.c. a motivo

aplicabilidad de dichas técnicas de autotutela de matriz contractual, la gran mayoría de la doctrina tradicionalmente ha venido defendiendo que el rechazo del trabajador a desempeñar las tareas contratadas en condiciones de peligrosidad o insalubridad no constituye una infracción contractual sancionable.

Finalmente es dable señalar que en nuestro ordenamiento, con independencia del tipo de riesgo que tenga que afrontar el receptor de una orden patronal peligrosa, ha constituido una cuestión escabrosa la justificación de la resistencia cuando lo que se toma en consideración es el cumplimiento por parte del empleador de sus obligaciones específicas en materia de prevención de riesgos laborales. Y ello porque en algunos supuestos los tribunales se han negado a estimar procedente la conducta desobediente del trabajador basada en motivos de salud cuando el acreedor contractual había atendido debidamente los deberes impuestos por la normativa correspondiente¹⁰². En otras ocasiones, por contra, de acuerdo a una lógica jurídica más convincente, la posición de los jueces y tribunales hace compatible el ejercicio de un derecho de resistencia cuando se ve afectado un bien esencial del trabajador (como es su salud e integridad) con el respeto por parte del empresario de las reglas y condiciones que le imponen las normas preventivas¹⁰³.

C. Referencia única a la ilegalidad como causa justificativa de la desobediencia

La principal aseveración de la que partir es la de que «las órdenes e instrucciones que emita el empresario deben encontrarse dentro del marco de sus atribuciones y en consonancia con la legalidad»¹⁰⁴. Como ya se puso de relieve, el proceso por el que ha discurrido la configuración jurisprudencial de la noción, alcance y eficacia de la desobediencia legítima se ha dejado sentir en numerosas sentencias. Y desde la cicatera alusión a los derechos irrenunciables como causa prácticamente exclusiva de la no obediencia, se ha ido avanzando a la par que la interpretación del resto de supuestos admitidos como eximentes del incumplimiento contractual del asalariado. De tal suerte que en la actualidad es comúnmente aceptado que cualquier

dell'accertata esistenza di una posizione soggettiva di credito, nonché di un diritto ad eseguire la prestazione di lavoro che è strumentale rispetto all'accrescimento della capacità professionale e al conseguente sviluppo della carriera dei lavoratori stessi nell'ambito dell'unità produttiva» (en *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, 3ª ed., Angeli, Milano, 1989, pp. 72, 75-76). De acuerdo, BALLETTI, E., *La cooperazione del datore all'adempimento dell'obbligazione di lavoro*, Cedam, Padova, 1990, p. 53; GHEZZI, G., *La mora...*, cit., p. 31. Entre los pronunciamientos de la *Corte di Cassazione*, sentencia de 13 septiembre 1991, núm. 9569, con nota de FRANCO, M., «Impossibilità della prestazione di lavoro e rischio d'impresa», en *Riv.It.Dir.Lav.*, vol. II (1992), p. 921.

¹⁰² De nuevo, la STSJ Aragón, 20 mayo 2002 (AS/2077).

¹⁰³ En esta línea, *vid.* SSTS 14 junio 1988 (RJ/1988) y 27 julio 1988 (RJ/6257) y STSJ Galicia, 20 febrero 1997 (AS/318).

¹⁰⁴ STS 20 mayo 1980 (RJ/2210).

mandato que desatienda los límites normativamente impuestos, legal, reglamentaria o convencionalmente, al ejercicio del poder patronal de dirección, aun careciendo de rango constitucional, o vulnere derechos reconocidos por estas vías, podrá ser legítimamente desobedecido.

Tempranamente dentro de la «ilegalidad» o «antijuridicidad» como causas justificativas de la desobediencia la jurisprudencia admitía las órdenes que implicaban la comisión de ilícitos o actos inmorales y, asimismo, el ejercicio del poder patronal que comportaba la transgresión grave y manifiesta del derecho. En un primer momento los tribunales acudían a este supuesto de forma muy excepcional, interpretándolo de modo muy restrictivo. Cuando la actuación empresarial se encuadraba en el ejercicio del poder empresarial de variación o de modificación sustancial de condiciones de trabajo, sólo se accedía a la conceptualización de desobediencia legítima cuando la ilicitud de la orden era formal¹⁰⁵. Expresándolo con mayor claridad, cuando el empresario o sus delegados no habían observado alguno de los requisitos procedimentales impuestos normativamente para el desarrollo ordinario de la facultad patronal envuelta¹⁰⁶. Ciertamente es además que en alguna ocasión se consideró que el no cumplir una orden radicalmente ilegal «no puede nunca considerarse como causa de la máxima pena laboral cual es la del despido», si bien, en clara contradicción con el orden constitucional entonces ya vigente, abrigando lo que no es más que un ejercicio de un poder privado no *secundum ius*, añaden que lo que pudiera corresponder sería, en estos casos, otra inferior¹⁰⁷.

Más tarde los tribunales comenzaron a analizar si la orden emitida era lícita desde el punto de vista material, si bien ciñendo tal calificación a las órdenes contrarias

¹⁰⁵ Vid. LÓPEZ TARRUELLA, F., «Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo», en AA.VV. (Dir. Borrajo Dacruz, E.), *Comentarios a las leyes laborales*, Edersa, Madrid, 1994, Tomo I, vol. 2, pp. 329-330.

¹⁰⁶ Al respecto, vid. SALA FRANCO, T., «El ingreso al trabajo, la clasificación profesional y la ordenación del trabajo en la empresa», en Durán López, F.; Montoya Melgar, A. y Sala Franco, T., *El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades del empresario*, MTSS, Madrid, 1987, pp. 77-79. Por otro lado, el TS en sentencia de 13 noviembre 1987 (RJ/7866) entiende que el despido de un trabajador es improcedente puesto que el incumplimiento a éste imputado (el cual había continuado realizando su jornada laboral ordinaria, pese a que ésta había sido modificada por el empleador) se presentaba frente a una decisión patronal que carecía de la aprobación de la autoridad laboral antes exigida, previo informe de la Inspección de Trabajo, infringiendo claramente el art. 41 ET. De igual modo, una vez llevada a cabo la reforma estatutaria, la STSJ Extremadura, 16 enero 1997 (AS/592), en un caso de modificación de jornada, estima que pese a que se trataba de una medida que no precisaba autorización alguna, sí debía de haberse fundado en razones técnicas, organizativas o de producción y, además, tendría que haber sido comunicada al trabajador con una antelación mínima de treinta días, hecho que justifica la negativa del trabajador a desarrollar sus funciones a lo largo de la nueva jornada impuesta.

¹⁰⁷ STS 13 noviembre 1987 (RJ/7866).

a la legalidad penal, constitutivas de falta o delito tipificado por el CP¹⁰⁸, posteriormente ampliada al resto de las ramas del derecho¹⁰⁹. Precisamente, no son pocas las que declaran oponible el *ius resistentiae* cuando la orden recibida sea «totalmente contraria a las mínimas exigencias laborales»¹¹⁰ o esté «en abierta contradicción con las disposiciones legales vigentes»¹¹¹ ya que, como es de sobra conocido, el ejercicio de la facultad de mando tiene necesariamente que orientarse a la defensa de unos fines legítimos y no a la consecución de cualquier interés. Se entiende, en este sentido, que la inobservancia de las órdenes de contenido ilegal no sólo es una facultad a disposición del asalariado, sino también una obligación ya que el cumplimiento de las mismas le podría llevar a tener que asumir su responsabilidad en determinados casos¹¹². Dejando dicho, no obstante, que la ilegalidad «no puede fundamentarse en una hipotética variación de jornada u horario ni en la imposición de horas extraordinarias»¹¹³ cuando ello sea producto de las propias características de la actividad empresarial o circunstancias productivas del sector en cuestión.

Resumiendo, es dable estimar la ilegitimidad de las órdenes que sobrepasan el modelo normativo de referencia y que, por tanto, no generarán en el destinatario de las mismas la consecuente obligación de obediencia¹¹⁴. Y ello no sólo cuando se trata de mandatos empresariales que dirigidos al trabajador le induzcan a desarrollar una conducta o una actividad *contra legem*, ni únicamente cuando la ilegalidad está revestida de las referidas connotaciones de gravedad y notoriedad, pues también se considera justificada la desobediencia a los mandatos conculcadores de los derechos reconocidos a los empleados mientras que la tendencia claramente dominante en la

¹⁰⁸ En este sentido es contundente la doctrina. Entre las primeras aportaciones, destáquese MONTOYA MELGAR, A., *El poder...*, cit., p. 248; PÉREZ BOTIJA, *Curso de Derecho del Trabajo*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1960, p. 183 y PÉREZ LEÑERO, J., *Instituciones...*, cit., p. 98.

¹⁰⁹ MONTOYA MELGAR, A., *El poder...*, cit., p. 250, indica que el trabajador puede desatender las órdenes e instrucciones que requieran la realización por parte del empleado de «una conducta civilmente ilícita o inmoral, siempre que la ilicitud y la inmoralidad sean manifiestas y de índole grave».

¹¹⁰ STSJ C. Valenciana, 17 diciembre 2004 (JUR 2005/66783) y STSJ Cataluña, 20 febrero 2001 (AS 1580). En este último caso el Tribunal ampara la decisión de un trabajador (menor de edad, con categoría profesional de aprendiz) de oponerse a una orden de desplazamiento que suponía un exceso de jornada, pues advierte que la decisión extintiva se acordó tras un irregular «en cuanto que “ilegal”» ejercicio de sus facultades directivas.

¹¹¹ SSTS 17 febrero 1967 (RJ/1477) y 20 de mayo de 1980 (RJ/2210).

¹¹² MONTOYA MELGAR, A., «Nuevas dimensiones jurídicas...», cit., p. 37.

¹¹³ STSJ Galicia, 19 abril 1994 (AS/1770); SSTSJ Cataluña, 16 octubre 2000 (AS 2001/882) y 20 febrero 2001 (AS/1580).

¹¹⁴ El art. 6 RD 1331/2006, de 17 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos, apartándose de la parquedad con la se acostumbra a limitar legalmente el ejercicio del poder de dirección, indica que «los titulares de los despachos, en el ejercicio de su poder de dirección, no podrán dar órdenes o instrucciones ni encomendar asuntos a los abogados que trabajan en los despachos que impliquen la realización de actividades que sean legalmente incompatibles, o que vulneren las obligaciones que legalmente tienen los abogados de no actuar en defensa de intereses en conflicto o de guardar el secreto profesional».

actualidad hace mención a la ilegalidad a secas para identificar el tipo de ilegitimidad que atenaza a cada singular mandato patronal, teniendo presente, principalmente, que la identificación de esa notoriedad o evidencia anteriormente requerida adolece de una gran complejidad pues, como se ha indicado, «puede ser una cuestión relativa»¹¹⁵. De acuerdo con lo expuesto, el trabajador podrá entablar un juicio de valor en torno al ajuste o adecuación de las directrices recibidas con la normativa vigente aunque, con frecuencia, se le prevenga que ha de tener la conciencia segura de la ilegalidad de la orden.

Entre los pronunciamientos judiciales se encuentran no pocos ejemplos de la aplicación de este criterio conforme al cual el incumplimiento de la norma justifica la resistencia del asalariado. Resulta interesante, a estos efectos, la STSJ Madrid, 5 marzo 2002 (AS/1664), dictada con ocasión del despido de un trabajador, decisión empresarial motivada por las ausencias al trabajo del dependiente que disfrutaba de una reducción de jornada por cuidado directo de sus padres de avanzada edad. Tras un período de tres meses durante los cuales la empresa consiente el desempeño de la actividad productiva contratada en el turno elegido por el trabajador (constituyendo este hecho, por tanto, un acuerdo tácito al respecto), se produce la unilateral revocación por la dirección empresarial del turno que hasta dicho momento había venido aplicándose sin que, a la postre, el trabajador se reincorporara al horario que inicialmente tenía asignado y acatase la voluntad patronal referida al desempeño de la actividad productiva en el nuevo horario.

Pertenece a los lugares más comunes la afirmación de que el conjunto de reformas legislativas en el camino de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, recepción de algunas de las más relevantes disposiciones del Derecho internacional y comunitario de Trabajo, han pretendido alentar una real y pacífica avenencia de la vida familiar y laboral. Como se sabe, en virtud del derecho *ex lege* que el reconoce el art. 37. 5 y 6 ET, el trabajador podrá reducir su jornada y concretar el horario en el que tendrá lugar la prestación de los servicios. El empleador, a su vez, no puede negarse a tal concesión ni oponerse a los términos en los que el empleado pretenda poner en práctica el derecho que le confiere la norma. Sin perjuicio, no obstante, de la resolución de las posibles discrepancias surgidas entre ambos a través la jurisdicción social por el procedimiento del art. 138 bis LPL¹¹⁶. Pues bien, la referida

¹¹⁵ En palabras de NAVARRO AMARO, S., «Una concepción desfasada del deber de obediencia del trabajador», en *AS*, vol. III (2004), p. 2872.

¹¹⁶ Técnica legislativa que matiza el derecho que se concede sin ambages en el primer párrafo del apdo. 6 y que ha sido en varias ocasiones reprobado por la doctrina. Por todos, consúltese, SEMPERE NAVARRO, A.V., «La Ley Orgánica de Protección contra la violencia de género. Aspectos laborales», en *AS*, vol. 5 (2005), pp. 984-986.

sentencia, sobre la base de la calificación de este derecho como «innegable», «inaplazable» e «inmodificable» al albur del empresario, entiende que la empresa obró de mala fe al permitir primero la realización del trabajo en la jornada elegida por el empleado para a continuación pasar a modificar unilateralmente la misma y proceder al despido del trabajador por no acudir al trabajo en el horario fijado por ésta. Ante tales hechos, el TSJ sostuvo que el trabajador no incurrió en desobediencia al no atender los requerimientos de la dirección empresarial. Estando por tanto justificadas las inasistencias del asalariado y tropezando el empresario en un supuesto de discriminación, el despido se consideró nulo conforme a la redacción dada por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, al art. 55.5 ET. Sin duda, un supuesto éste de legítima inobservancia a las órdenes empresariales por parte del trabajador fácilmente trasladable a los supuestos derivados del ejercicio de sus derechos, ya vengan reconocidos por la norma o de forma contractual.

D. Órdenes e instrucciones que desbordan la prestación pactada

De sobra es conocido que el deber de obediencia del trabajador nace del contrato de trabajo, lo que habilita para mantener que queda fuera del amparo jurisdiccional y de su inmediata y coercitiva exigencia toda directriz patronal que pretenda extender su alcance más allá de los extremos que guarden directa relación con el trabajo y la prestación acordada en la relación contractual¹¹⁷. Por ello, estamos de acuerdo con los tribunales cuando anuncian que es ilegítima «toda pretensión empresarial encaminada a obtener una actividad laboral ajena a la pactada»¹¹⁸, procediendo a tildar de irregulares o improcedentes los mandatos que rebasen el contenido, lugar o modo de la prestación encomendada. Se debe tener en cuenta, a este respecto, que la construcción estatutaria de la relación de trabajo se sustenta sobre la base de una relación genuinamente contractual y, como no puede ser de otro modo, el trabajador ha de contar con un instrumento de protección de sus derechos e intereses que garantice que el intercambio económico sobre el que se asienta la relación se lleve a cabo en los exactos términos en los que fue pactado cuando se suscribió el negocio contractual o en aquéllos resultantes de las modificaciones amparadas por el desempeño lícito de las facultades novatorias

¹¹⁷ En este sentido cabe destacar la STS 29 junio 1990 (RJ/5543) en la que se declara improcedente un despido decretado ante la negativa operada por el trabajador a entregar a la empresa el plan de trabajo que poseía por razón de pertenecer a una asociación profesional. Determina la sentencia que sólo cabe exigir el acatamiento de una orden patronal cuando ésta «se mueva dentro de la competencia empresarial sin invadir relaciones ajenas a su ámbito de dirección».

¹¹⁸ STCT 5 noviembre 1982 (RTCT/6050). De forma similar, enseña la STS 16 diciembre 1985, (RJ/4309), reiterándolo la STS 26 mayo 1987 (RJ/3879) que «cae fuera del incumplimiento del deber de respetar las órdenes del empresario, que han de serlo, como se señala en el precepto, en relación con el propio trabajo encomendado, y consecuentemente siempre con el principio general del que dimana aquella inexcusable obligación del contratado de que las órdenes o instrucciones impartidas al mismo lo sean mediante el ejercicio regular de facultades directivas».

prescritas legalmente y atribuidas al acreedor. En esta línea, conocidos pronunciamientos judiciales han destacado que si el mandato patronal afecta «al contenido sustancial» del contrato «puede el trabajador desobedecer legítimamente sus órdenes sin incurrir en infracción»¹¹⁹, o sin tantos titubeos, que «teniendo en cuenta que se le han encomendado (al empleado) tareas que no le correspondían, su oposición está justificada»¹²⁰. Así y a pesar «de que el normal desarrollo de la actividad en la empresa exige un hábito de obediencia en los trabajadores a las órdenes recibidas y dadas por el empresario a los representantes en la regular actividad de la empresa», ello no comporta que el trabajador esté obligado al cumplimiento de la orden recibida cuando ésta deba considerarse ilícita, por contravenir el acuerdo suscrito, al referirse «a un trabajo ajeno al contrato y no justificado por especiales circunstancias»¹²¹. En definitiva, bajo esta concepción ciertamente extendida en la doctrina jurisprudencial, la presunción de legitimidad de las órdenes sobre el trabajo se limita al mandato amparado por los servicios debidos conforme al contrato y el convenio aplicable, dado que entender lo contrario «supondría, desde una perspectiva constitucional, pervertir el contenido del vínculo contractual»¹²².

Tema de gran controversia ha venido constituyendo la imposición empresarial de horas que exceden de la jornada de trabajo pactada con el trabajador. No hace muchos años algunos tribunales ordinarios se hacían eco de la doctrina más tradicional y dejaban sentado que «no exonera de responsabilidad ni la aminora, la circunstancia de que pudiera haber de fondo una disconformidad en la realización de horas extraordinarias y en la definición e interpretación de las obligaciones derivadas de lo pactado en convenio, pues como se ha dicho de ello sólo puede derivarse el legítimo ejercicio de las pertinentes acciones laborales o cualquier otra de tipo sindical previstas

¹¹⁹ STCT 13 abril 1983 (RTCT/ 3092).

¹²⁰ STSJ Madrid, 16 abril 2007 (AS/1989).

¹²¹ SSTS 28 diciembre 1981 (RJ/9281) y 28 diciembre 1989 (RJ/9281). No obstante, esta doctrina no es del todo pacífica y algunos pronunciamientos judiciales modulan su aplicabilidad. Así la STSJ Aragón, 16 diciembre 2002 (AS/3939), mantiene la obediencia absoluta al declarar procedente el despido de una trabajadora que se niega a realizar las tareas que se le habían encomendado por no corresponder a su categoría profesional ni a la prestación pactada en el contrato. Las razones que se esgrimen son, en primer lugar, que la trabajadora venía realizando dichas funciones desde el inicio de la relación laboral sin que hasta el momento hubiera manifestado su oposición. La sentencia se hace eco de una caduca tendencia jurisprudencial acogida en ocasiones por el TCT según la cual de la asunción de funciones que no se ajustan a lo pactado en el convenio se presume el consentimiento tácito del trabajador sobre la novación del contrato, integrándose dichas funciones en las obligaciones contractuales a las que tiene que hacer frente el empleado en su condición de parte de la relación laboral. Y como segundo motivo, que de la ejecución de las mismas no se deriva quebranto o perjuicio alguno, «trascendental e irreparable», para los intereses de la asalariada. Circunstancia que contrariamente a lo que se entiende por el ámbito legítimo del poder directivo podrá, en aplicación de un criterio absolutamente desafortunado, extender el campo de disponibilidad empresarial más allá de los propios confines que lo sujetan. Parecer diametralmente opuesto en la STSJ Madrid, 14 julio 2008 (JUR/291546).

¹²² STSJ Cataluña, 2 septiembre 2004 (AS/2883) y STSJ Extremadura, 2 junio 2006 (JUR/211739).

en la legislación laboral»¹²³. En consonancia con lo expuesto, la jurisprudencia en ocasiones ha declarado que el asalariado no puede desatender las labores encomendadas por su superior pues a ello resulta compelido por mor de su deber de obediencia, diligencia y colaboración, sin perjuicio, se añade, de ulteriores reclamaciones al respecto¹²⁴. Interpretación ésta que desvirtúa lo dispuesto en el art. 35.4 ET cuando determina que la realización de horas extraordinarias será voluntaria y, por tanto, toda orden que asigna un trabajo más allá de la jornada, careciendo de la anuencia del trabajador, debiera reputarse extraña a la potestad regular empresarial. Más acorde con el espíritu del texto legal se muestran otros pronunciamientos que califican de abusiva «la imposición empresarial de horas extras indebidas»¹²⁵. Y es que no puede soslayarse que hoy por hoy los convenios colectivos pueden contener cláusulas de prolongación de la jornada, las cuales, en realidad, vengan determinadas por la voluntad unilateral de la empresa¹²⁶. Pero en ausencia de las mismas el despido disciplinario aplicado como retorsión a la negativa del trabajador a realizar horas extraordinarias ha de entenderse improcedente. A tenor de lo indicado, salvo en los casos en los que se trate de «prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes» (art. 35.3 ET)¹²⁷, la resistencia a superar la jornada pactada no llega a ser un incumplimiento contractual del deudor ya que falta la imputabilidad y, por ende, dicha conducta no ha de ser merecedora de sanción¹²⁸.

E. Órdenes legales pero abusivas

Inciden nuestros tribunales en que los empleados están compelidos a cumplir los mandatos transmitidos por sus superiores en el ejercicio de su poder de dirección. Ahora

¹²³ SSTSJ Cataluña, 22 junio 2000 (AS/2961), 11 abril 2002 (JUR/173077), 30 julio 2004 (AS/2785) y 7 junio 2007 (JUR/301783).

¹²⁴ STS 9 diciembre 1985 (RJ/6075).

¹²⁵ Vid. STS 8 mayo 1986 (RJ/2506); STS 9 junio 1987 (RJ/4312); STSJ Madrid, 24 septiembre 1992 (AS/4475) y STSJ País Vasco, 10 febrero 1994 (AS/735).

¹²⁶ El art. 29 del Acuerdo General para las empresas de transporte de mercancías por carretera (BOE, 29 de enero de 1998) recalca que los trabajadores están obligados «a realizar las horas extraordinarias necesarias para finalizar los trabajos de conducción, entrega o reparto y recogida, mudanza, preparación de vehículos y de la documentación de los mismos que estén iniciados antes de finalizar la jornada ordinaria de trabajo, con el límite máximo legalmente establecido. Tales horas extraordinarias tendrán la condición de estructurales». De acuerdo a lo aquí prescrito, la STSJ C. Valenciana, 23 enero 2007 (AS/1238) otorga la calificación de procedencia al despido de un trabajador, conductor de camiones de gran tonelaje, que abandonó el servicio por suponer un exceso de su jornada laboral del trabajador. Por su parte, el Informe sobre «La negociación colectiva en España en 2006, 2007 y 2008» ha puesto de manifiesto que sólo el 8,6% de los trabajadores están sujetos a cláusulas convencionales que prevean la obligatoriedad de realizar horas extraordinarias.

¹²⁷ Vid. RIVERO LAMAS, J., «Art. 20...», cit., p. 318.

¹²⁸ A esta conclusión llega sin ambages la STSJ Asturias, 22 diciembre 1995 (AS/4598), al sentenciar que la negativa del trabajador «a cumplir una orden irregular que le impone realizar horas extraordinarias no previstas en el convenio ni aceptadas por el trabajador, no equivale a desobediencia puesto que dicha orden excede de las facultades normales de la empresa y ello determina que el despido deba ser calificado de improcedente».

bien, no se espera que la observancia de las disposiciones directivas se haga de manera absoluta e indiscriminada. Se encuentra supeditada a un proceder patronal regular, y como ya se ha visto en otro momento del presente estudio, el mismo no envuelve ni la arbitrariedad ni el abuso de derecho. Si las decisiones tomadas con voluntad de que el trabajador adopte un determinado comportamiento o desarrolle una concreta actuación son fruto de una desviación consciente de los objetivos y de la función del poder atribuido al empleador para dirigir su empresa no habrán, entonces, de provocar una reacción en la esfera subjetiva del deudor contractual. El hecho de que el empresario con su actuación no haya rebasado los límites externos del contenido de su poder no comporta forzosamente la regularidad de su proceder directivo pues el actuar del empleador puede ser torticero al pretender hacer un uso desmedido de su derecho de crédito o perseguir fines contrarios al ordenamiento jurídico. Es lugar común que no puede llevar sus intereses más allá de lo que le permitiría su posición jurídica. Dicho de otro modo, el empresario no puede enarbolar sus potestades directivas para alcanzar un fin distinto o desviado de aquel que el ordenamiento jurídico ampara¹²⁹. Sin embargo, como es frecuente en la jurisprudencia, la discrepancia que puede llegar a manifestar el trabajador en relación al carácter abusivo o meramente ocurrencial del mandato recibido (el cual, por sí mismo, ya implica «un alejamiento consciente de los márgenes ordinarios de ejercicio del poder de dirección»¹³⁰) únicamente le habilita para negarse a acatar lo prescrito cuando el abuso se percibe, una vez más, de forma manifiesta y no cuando se trata de una directriz simplemente abusiva pues este último supuesto queda encerrado en el ámbito de disposición empresarial¹³¹. Esto es, indican textualmente algunas sentencias que el deudor contractual puede desobedecer en caso de que la voluntad empresarial expresada en un concreto mandato «sea abusiva en extremo»¹³².

F. Otros supuestos análogos

Como prescribe el art. 1272 Cc, «no podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles», aseveración también aplicable cuando lo que está en juego no es

¹²⁹ En este punto, simplemente recordar que el art. 7.2 Cc declara que «la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso». Ahora bien, tal y como afirman DIEZ PICAZO, L y PONCE DE LEÓN, «El abuso del derecho...», cit., pp. 204 y 207, el daño no es un elemento configurador o esencial de esta técnica jurídica aunque enuncia un tipo específico de la misma. Por tanto, no es siempre preceptiva la indemnización.

¹³⁰ BAYLOS GRAU, A., «La autotutela...», cit., p. 47.

¹³¹ Señala la STS 8 mayo 1986 (RJ/2506) que «el abuso del derecho ha de resultar manifiesto de las circunstancias que lo determinan, es decir las subjetivas de intención de perjudicar o de falta de un fin serio y legítimo, o las objetivas de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho».

¹³² Últimamente, STSJ C. Valenciana, 19 diciembre 2006 (JUR 2007/112984) y STSJ Castilla y León, 8 marzo 2007 (AS/1487).

la contratación inicial de una actividad productiva por sí imposible, sino la obediencia a mandatos patronales técnicamente disparatados o aquellos que encomiendan tareas cuya ejecución sea irrealizable o de una dificultad insuperable¹³³. Pues bien, como en la órbita laboral han mantenido algunos autores, ésta constituye una razón encuadrable en la vaga cláusula jurisprudencial relativa a las circunstancias análogas que eximen al empleado de acatar la voluntad que su superior jerárquico ha manifestado¹³⁴. Conviene señalar, no obstante, que cuando los tribunales se han inclinado por esta opción, la inviabilidad que define a las tareas encomendadas (debida a causas personales del trabajador asignado, en atención a las circunstancias que le rodean, a su aptitud profesional y física, o a la naturaleza de la tarea encomendada) ha de ser fruto de una valoración objetiva pues, se estima, las apreciaciones subjetivas en este ámbito son insuficientes¹³⁵.

Igualmente, una línea de pensamiento jurisprudencial, manejando cuidadosamente el criterio desgranado en sede doctrinal, ha coincidido en incluir en esta referencia la desatención de órdenes carentes de eficacia o utilidad¹³⁶ y, con mayor profusión, los supuestos de desobediencia técnica¹³⁷. Haciéndome eco de la distinción contemplada desde hace tiempo por la doctrina más autorizada, son dos las vertientes desde las que se puede analizar la conocida como desobediencia técnica¹³⁸. Desde un plano subjetivo quedaría aquí encerrada la conducta del trabajador que rehuye la asunción de la orden impartida al considerar que la misma vulnera los límites de carácter técnico o científico de su buen hacer o *lex artis* y su cumplimiento podría dar lugar a un descrédito profesional¹³⁹. Y sobre el mismo la doctrina puso tradicionalmente el acento para reducir la operatividad de este supuesto al ámbito de actuación de los trabajadores intelectuales o aquellos altamente cualificados como únicos habilitados

¹³³ Vid. MÉNDEZ HOLGADO, J., «Criterios jurisprudenciales sobre la desobediencia e indisciplina y las ofensas como causa de despido disciplinario», en *REDT*, núm. 94 (1999), p. 298.

¹³⁴ Vid. PÉREZ DEL RÍO, T., «La regularidad...», cit., p. 111. Al respecto ya indicaba DIÉGUEZ CUERVO, G., «Sobre la obediencia...», cit., p. 95, que el trabajador puede rehusar el cumplimiento de órdenes o instrucciones de ejecución difícil o arriesgada, «siempre que se trate de dificultades o riesgos no propios ni habituales de la profesión del trabajador».

¹³⁵ STCT 23 junio 1983 (RTCT/ 6041). Continúa esta sentencia diciendo que «el trabajador debe intentarlo, previa exoneración de toda responsabilidad profesional, si la tarea resulta de complejidad desproporcionada a los conocimientos exigibles» para la realización de las labores pactadas en el contrato.

¹³⁶ La STSJ Andalucía, 12 febrero 1996 (AS/1120) indica que en tales casos dicha inobservancia «sólo supone una desatención o incorrección formal».

¹³⁷ La STSJ Andalucía, 29 mayo 2000 (AS/4660) sentencia que el trabajador no tiene la obligación de acatar los mandatos emitidos por un órgano empresarial incompetente, los que sean abusivos, impongan «conductas antijurídicas, nocivas o técnicamente inoportunas». Vid., también, CRUZ VILLALÓN, J., *Las modificaciones...* cit., p. 201 y MONTOYA MELGAR, A., *El poder...*, cit., p. 251-254.

¹³⁸ Vid. GARCÍA NINET, J.I., «El deber de obediencia...», cit., p. 896.

¹³⁹ Vid. STSJ Castilla La Mancha, 12 mayo 1993 (AS/2456).

para quebrar la disciplina de la empresa¹⁴⁰, aunque hoy deba entenderse más acertada una interpretación no tan estricta que incluya también a otros profesionales que, sin gozar de un puesto en escalas superiores o una titulación específica, ostenten cualquier tipo de capacitación técnica, ya sea en el ámbito teórico como práctico, conforme a la cual podrán acogerse a la desobediencia técnica para negarse a cumplir las indicaciones imperativas que atenten contra los deberes de corrección de su especialidad o profesión y sean susceptibles de ocasionar daños en los intereses legítimos de la empresa o de terceros, pero también a su propia dignidad o libertad profesional. Y es que, precisamente, no es dable desconocer que la segunda de las vertientes posibles, la objetiva, se refiere a la oposición del trabajador en atención a las eventuales consecuencias perjudiciales o resultados dañosos que podrían derivarse de la observancia de órdenes e instrucciones recibidas. No se puede negar que son los profesionales titulados quienes con mayor frecuencia se verán envueltos en este supuesto, ahora bien, al albur de la sumisión debida por el trabajador, no es defendible que tenga que hacer dejación de los principios éticos, técnicos o científicos adquiridos a lo largo de su preparación técnica, sea ésta de mayor o menor grado profesional, se trate de un trabajador manual o intelectual¹⁴¹.

No cabe duda de que esta materia es difícil de calibrar pues entra en juego la valoración de aspectos objetivos relacionados con la adecuación y corrección funcional de las órdenes empresariales, pero también consideraciones de carácter personal que obligan a tener en cuenta las aptitudes que muestra el deudor de la prestación. Y

¹⁴⁰ Así, MONTOYA MELGAR, A., *El poder...*, cit., p. 251 y GARCÍA NINET, J.I., «El deber de obediencia...», cit., p. 896.

¹⁴¹ Subraya OROZCO PARDO, G., «La responsabilidad civil de los técnicos: un ejemplo de la tendencia unificadora», en *Aranzadi Civil*, vol. I (2006), p. 2054, que elementos tales como la titulación, inscripción o colegiación no son rasgos identificadores de la figura del profesional. Por contra, son criterios definidores de la misma la especialización científica o técnica y su experiencia, indicativos ambos de una formación y competencia en su campo de actividad. Además, a mi juicio es correcta la concepción de desobediencia técnica manejada por MOLINA NAVARRETE, C., «Art. 5. Deberes laborales», en AA.VV (Monereo Pérez, J.L.), *Comentario...*, cit., p. 154, integrando los supuestos en los que la orden pueda provocar un daño al prestigio profesional del trabajador y aquellos otros en los que el mandato patronal resulte contrario a los códigos deontológicos propios de determinadas profesiones, «en la línea del derecho reconocido en el art. 3 de la LO 2/2007 para los periodistas profesionales en caso de contradicción de los principios de la ética de la comunicación, pero que puede ser una regla general aplicable a otras categorías de trabajadores». Se plantea así la oportunidad de llevar por analogía el supuesto legal (de empresa en el campo de la comunicación) a otras profesiones y empresas de ideas, para proteger las convicciones éticas y, en fin, la propia dignidad del trabajador, como pudiera suceder por ejemplo en los colegios con ideario. Aunque no exista en la actualidad jurisprudencia del TC en tal dirección, resulta fundamental traer aquí a colación las observaciones de RODRÍGUEZ PIÑERO: «la jurisprudencia constitucional al afirmar la vigencia de los derechos fundamentales en la empresa y en el contrato de trabajo, no sólo ha garantizado un nivel irreductible de libertades para el trabajador, sino un espacio de autodeterminación tratando de evitar una “exigencia de libertad acrílica” impidiendo que, por su “sujeción” contractual, el trabajador haya de renunciar a sus convicciones personales y a sus exigencias éticas» [«Libertad ideológica, contrato de trabajo y objeción de conciencia», en *RL*, vol. II (2003), p. 67].

semejante confusión se ha plasmado en la doctrina judicial cuando de lo que se ha tratado es de evaluar las eventuales repercusiones que puede traer consigo una estimación errónea, del lado asalariado, de las directrices imperativas transmitidas para su efectivo cumplimiento. En definitiva lo que está en cuestión no es tanto si el profesional asalariado puede desobedecer una orden al haber detectado que el cumplimiento de la misma es susceptible de provocar efectos indeseados o perniciosos para la empresa o constituye una transgresión de los deberes técnicos que en cuanto profesional le competen, pues me remito a lo dicho anteriormente. De forma analógica a la teorización sobre las órdenes que ilícitamente infringen un quebranto sobre derechos normativa y constitucionalmente reconocidos o contravienen lo acordado mutuamente en el contrato, resulta legítima, a mi juicio, la oposición a tales mandatos patronales. El poder empresarial no ha de entorpecer las legítimas expectativas de promoción y formación profesional del empleado, debiendo prevalecer la *lex artis* sobre el deber de obediencia del trabajador si de la ejecución de los mandatos imperativos de su empleador se deducen importantes menoscabos a los propios derechos del empleador, de terceros o del mismo trabajador¹⁴².

La cuestión de mayor controversia se centra en determinar cómo responderá laboralmente el trabajador si se equivoca en sus valoraciones. En mi opinión, la apreciación de su proceder no puede bascular hacia la consideración de su licitud o ilicitud en función del resultado acertado o desafortunado de la estimación que éste ha llevado a cabo. No dejan de ser jurídicamente incorrectas las observaciones que, plasmadas en algunos pronunciamientos judiciales, califican como comportamiento sancionable, por tratarse de un incumplimiento contractual, la actuación del operario que desatiende una directriz patronal bajo la creencia de que la misma conlleva un resultado dañoso o es contraria a «su prestigio y competencia profesional» si posteriormente se constata que de la voluntad empresarial expresada no cabía inferir

¹⁴² Lo entiende también así OROZCO PARDO, G., «La responsabilidad civil...», cit., p. 2053 y 2086-2087, cuando afirma: «aunque el profesional desempeñe su actividad integrado en una estructura organizada, sociedad, empresa o administración, ninguna norma, orden o instrucción podrá invadir esa esfera de autonomía de decisión que compete en exclusiva al profesional». En este sentido, *vid.*, también, BLASCO PELLICER, A., «Relación especial de los abogados: organización del trabajo y régimen de prestación de la actividad laboral; pactos de exclusividad, permanencia y no concurrencia postcontractual», en AA.VV., *La relación laboral especial de los abogados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 90-91. Por su parte, señalaba RODRÍGUEZ PIÑERO, M., «Contrato de trabajo...», cit., pp. 35-36, que «las reglas corporativas y las normas técnicas de la profesión son límites a su poder de dirección y se imponen al empresario que no puede imponer al trabajador ignorar esas reglas ni sus criterios profesionales». Y, en la misma línea, refiriéndose a las relaciones de trabajo de los profesionales que desempeñan su trabajo con altas dosis de autonomía técnica y moral y a las posibilidades de ejercicio del *ius resistitiae*, GARCÍA TESTAL, E., *Ejercicio asalariado...*, cit., pp. 371-372, indica que «una orden empresarial que atentase contra la autonomía técnica o contra las normas deontológicas profesionales no se configuraría como ejercicio regular de facultades directivas y, en consecuencia, no nos encontraríamos ante incumplimientos laborales sancionables».

tales consecuencias¹⁴³. Existe un elemento que no se puede ignorar y que en estos supuestos debiera alzarse como el dispositivo jurídico clave del que habría de depender la aplicación de medidas punitivas al amparo de la desatención de las instrucciones u órdenes recibidas. Se está haciendo referencia, en primer lugar, a la buena o mala fe que preside la actuación del asalariado y es que, bajo mi punto de vista, este principio no puede quedar relegado a un segundo plano en este ámbito. Ha de formar parte del juicio sobre la imputabilidad de la desobediencia al trabajador. En segundo lugar, a la razonabilidad del discernimiento opositor adoptado por el trabajador. Y, en todo caso, aunque *a posteriori* se confirme que la causa alegada para justificar la resistencia del trabajador no era tal, es decir, no concurría una razón legitimadora del incumplimiento producido, la gravedad y culpabilidad exigibles para la extinción disciplinaria de la relación laboral requieren que se entre a considerar el relatito fáctico¹⁴⁴.

Cosa distinta es aquella que se refiere a la posible responsabilidad patrimonial del asalariado por daños y perjuicios cuando su actuación –apartada de las indicaciones del superior– ocasiona un perjuicio traducible económicamente a la empresa, a un cliente o tercero. Hay que señalar (poniéndonos en un plano general, frente a una actuación dañosa del profesional dependiente) que en la actualidad se avanza hacia la objetivación de la responsabilidad a través de la llamada teoría del riesgo, la cual otorga una mayor protección al tercero que sufre el daño al hacer más factible el resarcimiento, solamente excluyendo la responsabilidad en caso fortuito, fuerza mayor o culpa exclusiva del perjudicado¹⁴⁵. Esto es, el empresario deberá responder de los actos

¹⁴³ Vid. STSJ Castilla La Mancha, 12 mayo 1993 (AS/2456).

¹⁴⁴ Entendió el TSJ de Castilla y León, en sentencia de 11 marzo 2002 (AS/62) que era indicadora de una desobediencia injustificada, grave y culpable, la oposición de un trabajador (chofer de camión) a realizar un viaje al extranjero alegando desconocer la ruta. Analiza el Tribunal la regularidad de la orden, considerándola legítima, y la conducta del trabajador, la cual declara infundada en tanto no era razonable entender que el empleado afectado no contaba con la pericia suficiente para emprender el viaje cuando tenía una considerable antigüedad en la empresa, había realizado con anterioridad viajes al extranjero y, sobre todo, el camión contaba con un ordenador a bordo y GPS como marcador de ruta.

¹⁴⁵ Como se desprende de la STS, Sala de lo Civil, 8 noviembre 1990 (RJ/8534), quien genera una situación de riesgo y de la misma se beneficia, del mismo modo ha de responder indemnizando por los daños causados por la actividad que comporte el riesgo («el concepto moderno de la culpa que no consiste solamente, según el criterio clásico, en la omisión de la diligencia exigible según las circunstancias del caso, ya que actualmente se ha ampliado el concepto de la culpa para abarcar aquellas conductas donde hay negligencia sin una conducta antijurídica y aquellas otras en que partiendo de una actuación diligente y lícita, no sólo en su inicio sino en su desarrollo, se entiende existente también conducta culposa a virtud de un resultado socialmente dañoso que impone la desaprobación de la acción o de la conducta, por ser contraria a los valores jurídicos exteriorizados; es decir, es una conducta socialmente reprobada (...). La doctrina moderna coloca al lado del tradicional principio de la culpa el nuevo principio de la responsabilidad por riesgo o sin culpa, que responde a las exigencias de nuestros tiempos. Aunque la responsabilidad por riesgo no se caracteriza solamente por la inexistencia de culpa en el sentido clásico, pues casi siempre hay un principio de imputación positiva, en la que, aún predominando el criterio de objetividad basado en la creación de un riesgo, no puede decirse en muchos casos que haya ausencia total de voluntariedad más o menos inmediata al hecho productor de los daños; en esta actuación voluntaria mediata o indirecta se halla el fundamento de esta responsabilidad, que impide caer en una primitiva responsabilidad por el mero resultado». Consúltense, a su vez, de esta

lesivos de sus empleados, no ya desde la consideración de la culpa *in eligendo* o *in vigilando*, sino en atención a su condición de empleador que obtiene beneficios de tal relación y asume los riesgos de la misma. Y en este caso el riesgo es tener que reparar el daño causado por el profesional en el ejercicio de su prestación dependiente¹⁴⁶, sin óbice para que en su caso pueda ejercer una acción de regreso contra el trabajador causante del acto dañoso por la cantidad que hubiera satisfecho de acuerdo al art. 1904 Cc.

La responsabilidad civil del empresario por los hechos lesivos de sus empleados encuentra su fuente legal en el art. 1903.4 Cc. La norma precisa que son responsables civiles «los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones». Por tanto, con las matizaciones previamente realizadas, para que el empresario tenga que hacer frente al resarcimiento del daño es necesario, en primer lugar, que en la actuación del trabajador medie culpa o negligencia (tal y como establece expresamente el art. 1902 Cc), y en segundo, que exista un vínculo jurídico entre ambos en el marco de una relación laboral¹⁴⁷. Asimismo, el siguiente requisito que los tribunales han estimado es el necesario nexo de causalidad entre el daño causado por el trabajador y las funciones que le habían sido asignadas por la dirección. Y es justamente este requerimiento el que debemos de traer aquí a colación con ocasión de la desobediencia a las órdenes técnicas del empresario, puesto que, en función del mismo, decae la responsabilidad del empleador por los actos del profesional dependiente si éste actuó por su cuenta en el desempeño de su prestación, es decir, si éste se extralimitó en sus funciones¹⁴⁸. En definitiva, si los daños ocasionados a terceros son producto de la inobservancia por parte del trabajador de las órdenes impartidas, del alejamiento de las actuaciones que le han sido encomendadas o del desarrollo de funciones que no tenía asignadas por un mal entendimiento de su quehacer profesional y una estimación equivocada de las instrucciones empresariales, el

misma Sala, la STS, 8 febrero 2007 (RJ/561). Al respecto, *vid.* OROZCO PARDO, G., «La responsabilidad civil...», cit., pp. 2048-2049; SENRA BIEDMA, R., «Las responsabilidades civiles por las extralimitaciones del poder de dirección del empresario», en AA.VV. (Coords. Cabeza Pereiro, J., Lousada Arochena, J.F. y Movilla García, M.), *Las limitaciones...*, cit., pp. 62-67 y SERRA RODRÍGUEZ, A., *La responsabilidad civil del abogado*, Aranzadi, Cizur Menor, 2000, p. 324.

¹⁴⁶ *Vid.* ALONSO OLEA, M., *La responsabilidad del empresario frente a terceros por actos del trabajador a su servicio*, Civitas, Madrid, 1990, p. 42.

¹⁴⁷ GARCÍA TESTAL, E., *Ejercicio asalariado...*, cit., pp. 273-274. No obstante, la doctrina no se ha puesto de acuerdo en este ámbito y hay quien ha entendido, con mayor acierto en mi opinión, que no necesariamente el precepto civil exige la existencia de un contrato de trabajo, sino que bastaría con que se diera una dependencia funcional en el ámbito de una relación contractual, de cualquier tipo, válidamente celebrada entre el empresario y el profesional, afirmación que adquiere todo su sentido con la creación de la figura del trabajador autónomo económicamente dependiente. *Vid.* ZELAYA ETCHEGARAY, P., *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente: naturaleza y requisitos*, Aranzadi, Cizur Menor, 1995, pp. 301-303.

¹⁴⁸ GARCÍA TESTAL, E., *Ejercicio asalariado...*, cit., pp. 274-275.

trabajador deberá responder de los perjuicios provocados a su empleador (en atención al incumplimiento obligacional, al margen de que concurriera dolo o negligencia según lo dispuesto en el art. 1101 Cc), pero también al cliente o terceros afectados. Así, en caso de que el dependiente se hubiera apartado de las directrices prescritas por la dirección, el empresario podrá repetir del asalariado el importe satisfecho.

1.3. Ejecutividad de ciertos actos de ejercicio del poder empresarial

Con independencia de la etapa en la que existía una construcción normativa que proclamaba la presumible licitud de la voluntad patronal y la ejecutividad inmediata de sus disposiciones (sirva aquí traer a colación las anacrónicas palabras que el legislador civil dedica al criado doméstico, a quien advierte *ex art. 1584.2 Cc* que «el amo será creído, salvo prueba en contrario»)¹⁴⁹, lo cierto es que hoy en día la premisa sobre la que se asentaba la vieja doctrina del *solve et repete* no encuentra traducción legal en el texto estatutario, salvo en los específicos supuestos que pasamos a reseñar a continuación, en los que expresamente se niega el *ius resistendae* contemplando, en su lugar, un derecho de impugnación.

Es afirmación medular del ordenamiento jurídico laboral que la especificación de la genérica obligación del trabajador referida a su puesta a disposición del empleador y de sus intereses en el desenvolvimiento ordinario de las prerrogativas de dirección tiene su origen, en primera instancia, en el momento contractual, pero ello sin desconocer que la concreción del trabajo exigible no queda, sin más, al albur de este contratante, sino que está sujeto al contenido expreso del propio pacto o negocio jurídico suscrito, a la concreción empresarial progresiva del perfil del trabajo debido (por obra del ejercicio de las prerrogativas de dirección o mando) aunque, como se ha dejado dicho con anterioridad, el acreedor goza de facultades modificativas ordinarias y extraordinarias que condicionarán en sus justos términos la regla enunciada dejando, en realidad, el contenido de la prestación al arbitrio de uno de los contratantes. De forma que, siendo consciente de que sobrevenidas circunstancias pueden imponer determinados cambios en la organización de la producción y en las concretas prestaciones del personal de la empresa, el ordenamiento habilita tal novación sin exigir la suscripción de un nuevo acuerdo o título negocial.

Estos cambios, traducciones jurídicas de concretas estrategias empresariales al hilo de la concurrencia de ciertas causas legales que los justifican, están subordinados a

¹⁴⁹ Dicho precepto, de claro colorido medieval, originario de la codificación francesa y referido únicamente al pago del salario, quedó imperturbable en el Código Civil pese a su evidente derogación por la legislación laboral.

la observación de los requisitos contemplados en el marco legal. Ahora que esta afirmación queda modulada en el texto estatutario al prescribir en materia de movilidad geográfica (art. 40. 1 y 4 ET) y modificación sustancial del contrato de trabajo (41.3 ET) el principio de ejecutividad inmediata de la decisión patronal¹⁵⁰, lo que vendrá a significar que, una vez adoptada, la disposición novatoria adquiere carácter ejecutorio y debe ser acatada por el trabajador al margen de las acciones que pueda interponer contra la misma¹⁵¹. En el entendimiento descrito no sorprende que se disponga la celeridad en el control judicial posterior (art. 138.4 LPL) pues legalmente parece no tener cabida ningún otro remedio para neutralizar los efectos de la medida patronal en tanto no falle el juez o tribunal competente.

Así las cosas, lo que ocurre es que no faltan sentencias que adoptan una línea más avanzada, vinculada a la teoría de la obediencia justa, que reputan la improcedencia de los despidos disciplinarios adoptados ante la desatención de tales decisiones. Sin presumir la legalidad de las mismas, pasan a analizar su carácter regular o no, por lo que se ha llegado a concluir que la desobediencia fue acertada al tratarse de decisiones contrarias a la normativa vigente¹⁵², abusivas y opuestas a la buena fe contractual que obliga a la empresa¹⁵³, que adolecían de una serie de imprecisiones o deficiencias¹⁵⁴ u omitían «datos fundamentales»¹⁵⁵. En algún caso, pese a admitir que lo que resulta

¹⁵⁰ Dando, de esta forma, un giro rotundo respecto de la regulación que sobre esta materia, la ejecutividad de la medida modificativa patronal y las posibilidades de resistencia del trabajador, contenía la LRL de 1976. Con detalle, GARCÍA NINET, J.I., «El deber de obediencia...», cit., pp. 908-909.

¹⁵¹ Vid. STSJ Baleares, 29 junio 1995 (AS/2264) y STSJ Andalucía, 11 abril 1997 (AS/1619).

¹⁵² La STSJ C. Valenciana, 27 marzo 2002 (JUR 2003/56484) decreta la improcedencia de un despido adoptado ante el rechazo del trabajador a acatar una decisión de desplazamiento. A pesar de que se comienza haciendo referencia a que, salvo en los casos excepcionales en los que procede el *ius resistentiae*, rige el principio *solve et repete* frente a las decisiones directivas y organizativas del empresario, termina por amparar la conducta opositora del empleado al tratarse en este caso de una orden ilegítima, por tanto carente de efectividad, por atentar contra las exigencias laborales dispuestas en el convenio colectivo (donde se preveía que la movilidad geográfica precisaba de un acuerdo entre las partes, sin que tuvieran cabida decisiones unilaterales del empresario al respecto). De forma semejante la STSJ Madrid, 14 julio 2008 (JUR/291546). Consúltese, sobre este tema, ALBIOL MONTESINOS, I., «Un supuesto particular de “ius resistentiae”: negativa a cumplir una sanción de traslado en tanto no sea confirmada judicialmente. Posible relación con el derecho a la tutela judicial efectiva», en *PJ*, núm. 5, vol. I (1987), pp. 151-158; CRUZ VILLALÓN, «Las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo tras la reforma de 1994», en AA.VV., *La nueva regulación de la contratación temporal. Modificación individual y modificaciones colectivas del contrato de trabajo*, CGPJ, Madrid, 1995, p. 260 y PURCALLA BONILLA, M.A., *Movilidad geográfica y modificación sustancial: impugnación procesal laboral*, Lex Nova, Valladolid, 2003, pp. 38-39, 166 y 191.

¹⁵³ Declara la STSJ Castilla y León, 9 enero 1996 (AS/37), que «el verdadero actuar del empresario (fue) torticero, al pretender perseguir unos fines contrarios al ordenamiento jurídico, incumpliendo en realidad la ejecución de lo convenido en el acto de conciliación». Dicha circunstancia le vale al Tribunal para entender que la negativa a obedecer el orden de desplazamiento estaba por completo justificada (que traía consigo, además, un cambio temporal de funciones), pues se había alcanzado el compromiso en conciliación de dejar sin efecto el despido disciplinario previo y de proceder a la reincorporación del actor «a su puesto habitual de trabajo y en idénticas condiciones laborales». También, en la misma línea, la previa STSJ, Castilla y León, 15 junio 1993 (AS/2801).

¹⁵⁴ STSJ Cataluña, 20 febrero 2001 (AS/1580).

¹⁵⁵ SSTS 5 junio 1990 (RJ/5018) y 16 marzo 1991 (RJ/1864)

ajustado a derecho es el «cumple y reclama», decretando la procedencia del despido, se analiza la legitimidad de la disposición novatoria patronal dejando una puerta abierta a la aplicabilidad del *ius resistentiae* si dicha medida causara perjuicios irreparables al deudor dependiente¹⁵⁶ e, incluso, se llega a advertir que no «es exigible obedecer sin más una modificación sustancial de sus condiciones de trabajo, máxime cuando no se acredita la existencia de probadas razones técnicas, organizativas o productivas para adoptar tal medida», dando entrada a una posible valoración subjetiva del trabajador sobre estas cuestiones¹⁵⁷.

Para terminar, y como balance a propósito de la tutela individual frente a decisiones de la empresa que ponen en marcha una concreta estrategia organizativa, sería posible afirmar que por más que no exista parecido refuerzo legal a la ejecutividad de las decisiones empresariales cuando éstas se inscriben en la esfera del *ius variandi* (disponiendo el empleador de la potestad para destinar al trabajador a otras tareas que desborden el grupo profesional asignado o categorías equivalentes por el tiempo imprescindible para la atención de las causas técnicas u organizativas que han de concurrir), se exigen severos condicionamientos para el juego del *ius resistentiae*, contemplado en este ámbito de forma muy limitada¹⁵⁸. En este último caso, de forma

¹⁵⁶ En esta dirección, la STSJ Extremadura, 11 enero 2005 (JUR/33429). Recalca, no obstante, la excepcionalidad y el carácter restrictivo con el que debe interpretarse admisible el *ius resistentiae* en estos supuestos, MALPARTIDA MORANO, J., «Modalidad procesal para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (sucinto análisis del artículo 138 LPL)», en *AL*, vol. I (2003), pp. 292-293.

¹⁵⁷ Recientemente la STSJ Cataluña, 11 enero 2005 (AS/545) recogiendo la doctrina de la STS 13 noviembre 1987 (RJ/7866). La dirección más clásica y obsoleta la emprenden el TSJ de Castilla y León, en sentencia de 2 octubre 1998 (AS/4484) y el TSJ de Cataluña en sentencia de 6 mayo 2004 (AS/2272). En el primero de los casos, la empresa adopta un traslado como sanción por un incumplimiento laboral del trabajador y aunque tal medida fuera posteriormente revocada por el JS, la empresa acuerda el despido del empleado que se negó a acatar la sanción que había sido anulada. Dice el Tribunal que «la orden debe seguir reputándose como legítima al responder a una conducta del actor merecedora de sanción y por ello la falta existe, aunque después la sanción impuesta fuera modificada judicialmente, pero si la falta existe, lógicamente la sanción que se impone es ejecutiva desde el momento de su imposición». En el segundo, la trabajadora es desplazada temporalmente a otro centro de trabajo, acata la decisión pero la impugna ante los órganos competentes. La sentencia llega a declarar la nulidad de la medida patronal pero el empresario se niega a reintegrar a la trabajadora en su puesto alegando que no tiene conocimiento de la misma, pues no se le ha notificado en la debida forma. Es entonces cuando la asalariada desatiende de forma reiterada las instrucciones relativas a su permanencia en el centro de trabajo al que había sido desplazada. Pues bien, el Tribunal decreta la procedencia del despido pese a que una decisión judicial ya había acordado la ilegalidad de la medida a la que se opuso la trabajadora. Resolviendo un supuesto similar y ofreciendo una solución totalmente opuesta a la descrita, la STSJ Madrid. 12 marzo 2002 (AS/1415).

¹⁵⁸ BAYLOS GRAU, A., «La autotutela...», cit., p. 50 y RIVERO LAMAS, J., «Art. 20...», cit., pp. 318 y 329. De forma similar, aludiendo específicamente a la movilidad funcional disciplinaria irregular, FÁBREGAT MONFORT, G., «La movilidad funcional por razones disciplinarias», en *AS*, vol. V (2001), pp. 728 y 732. En ocasiones la normativa convencional ha previsto algunas reglas al respecto y prácticamente en la totalidad de los casos se asiste a la plasmación del principio *solve et repete*, viéndose el trabajador obligado a cumplir a toda costa la decisión modificativa declarada unilateralmente por el empleador. Como ejemplo se puede traer aquí a colación lo previsto en el art. 8 CC. Personal laboral de Mallorca (BO Islas Baleares, 3 julio 1993), el cual, después de afirmar que «nadie podrá ser compelido a efectuar funciones que correspondan a otra categoría» salvo en determinados supuestos que se detallan en

insostenible para gran parte de la doctrina, los tribunales se han cuidado de permitir apreciaciones subjetivas de los trabajadores en relación a la regularidad del ejercicio de tales facultades (la cual, como es conocido, está ligada al cumplimiento de ciertos requisitos causales cuya estimación tradicionalmente se sustrae del entendimiento asalariado). Así, aunque en alguna ocasión se haya acordado la existencia de una causa incompleta de justificación cuando el asalariado desatiende una orden que le impone el desempeño de funciones ajenas sin ajustarse a las exigencias normativas del art. 39.2 y 3 ET¹⁵⁹, la mayor parte de las veces se rechaza el empleo de un *ius resistentiae* pese a que la disposición patronal sobrepase los límites impuestos al efecto, otorgando plenos poderes al empresario en relación con la gestión y organización de la empresa y relegando las posibilidades del trabajador a la iniciación de los trámites pertinentes para su impugnación cuando la decisión del empleador no se halla «radicalmente viciada de ilegalidad»¹⁶⁰.

2. La consecuencia más palpable de ausencia de un criterio interpretativo homogéneo: la dispar apreciación judicial de la sanción por indisciplina y desobediencia

Las reflexiones hasta este punto realizadas sirven para dar cuenta cabal del alcance real de los pasajes legales aquí implicados (arts. 5 y 20 ET) que, como se ha expuesto, dejan entrever varias incógnitas y problemas interpretativos a pesar de su aparente simplicidad, o precisamente a resultas de la misma. Ahora bien, pese a la concisión de la expresión empleada, es de notar que su contundencia no deja lugar dudas. Sólo se contempla la legitimidad del ejercicio del poder de dirección cuando éste se halla dibujado bajo los trazos de regularidad y, singularmente, si se desenvuelve «dentro de las notas de bilateralidad y sinalagmatismo del contrato de trabajo»¹⁶¹. Acierta por ello el precepto. Pero con esto no he querido dejar de plasmar a lo largo del presente trabajo que la redacción del mismo, tildada de equívoca y de difusa en ocasiones, ha generado innumerables dudas pues el texto estatutario adolece de una expresión más clara que permita acotar el término de ejercicio regular y, consecuentemente, modere nítidamente el quehacer directivo patronal ciñéndolo, con

otra parte de la norma, señala que «en caso de duda sobre si corresponde o no realizar una determinada función a una determinada categoría, se estará al principio general de obediencia, consagrado por la Ley y la Jurisprudencia, sin menoscabo de que el afectado pueda posteriormente iniciar la oportuna consulta o reclamación ante los organismos competentes».

¹⁵⁹ Vid. STSJ Galicia, 15 marzo 2001 (AS/2207).

¹⁶⁰ A esta doctrina se había opuesto rotundamente, por todos, CRUZ VILLALÓN, J., *Las modificaciones...*, cit., en especial, p. 204. Asimismo, vid. GARCÍA NINET, J.I., «El deber de obediencia...», cit., pp. 894-895 y MONTOYA MELGAR, A., «Nuevas dimensiones jurídicas...», cit., pp. 42 y 48-49.

¹⁶¹ STCT 5 marzo 1986 (RTCT/1442).

una referencia clara en el propio articulado, a definidos y específicos límites. Tal ha sido la ingente y meritoria labor científica y jurisprudencial. Sin embargo, como se ha visto en otro momento, aún quedan márgenes de indefinición, circunstancia que entraña un peligro constante para los trabajadores sujetos a la autoridad patronal fomentando, al tiempo, la arbitrariedad de la dirección empresarial. Lo dicho, además, encuentra un claro reflejo en la resolución judicial de las sanciones, y especialmente, de los despidos disciplinarios por desobediencia que a continuación se aborda. Los frecuentes y divergentes pronunciamientos sobre la materia mantienen, al menos formalmente, la existencia de un poder patronal inmune frente a toda réplica, relegando el control de la medida empresarial a un momento posterior al que se sustanció la vulneración del derecho, a salvo de los conocidos e igualmente indefinidos e inciertos ámbitos de legítima resistencia del subordinado¹⁶².

2.1. Art. 54. 1, b ET: el punto de convergencia entre el poder disciplinario y el poder de dirección

Como es por todos conocido, la actuación del trabajador contraria a la voluntad del empresario expresada en el ejercicio del poder de dirección es reprobada por el ordenamiento jurídico. De hecho, la segunda de las causas citadas en el art. 54.1 ET no es otra que la «indisciplina o desobediencia», expresión ésta que abrió un cierto debate en torno al significado de ambos términos en el lenguaje jurídico. De las normas sectoriales tradicionales (como las ya derogadas ordenanzas) y de gran número de convenios colectivos, parecen inferirse leves matices diferenciales que permitirían distinguir ambos conceptos. De modo que, previamente a cualquier otra consideración, conviene preguntarse si estamos ante ideas desiguales teniendo en cuenta, en efecto, que el legislador ha querido recogerlos en un mismo apartado como una única causa habilitante del despido disciplinario, empleando la conjunción disyuntiva que equipara el tratamiento legal de uno y otro. Quiere ello decir que de la letra de la ley parece desprenderse que la *desobediencia* e *indisciplina* son términos homologables para los que el ordenamiento ha previsto una misma consecuencia, la extinción unilateral de la relación laboral en atención al incumplimiento contractual producido¹⁶³.

¹⁶² Pese a los abundantes pronunciamientos judiciales que han ido ensanchando los supuestos de desobediencia legítima al socaire de la individualización doctrinal y jurisprudencial de las referencias que limitan las prerrogativas de dirección, no hace mucho algunos tribunales de la planta ordinaria desoían tales criterios más expansionistas y afirmaban que «si no se pone en riesgo la salud e integridad física del trabajador y el ejercicio de las tareas encomendadas no es lesivo para su dignidad personal, éste debe cumplir siempre las órdenes e instrucciones dadas por su empresario en el uso de sus facultades directivas de organización del trabajo expresamente reconocidas en el art. 20 del Estatuto de los Trabajadores, y en su caso, si los estima no conformes a la Ley reclamar ante la Jurisdicción del orden social» (STSJ Madrid, 7 noviembre 2001, AS/522).

¹⁶³ Por todos, BAYLOS GRAU, A., «La autotutela...», cit., p. 35 y GARCÍA NINET, J.I., «El deber de obediencia...», cit., p. 910.

No obstante, y a pesar de que el mencionado texto legal los concibe como sinónimos, al igual que ya hiciera el art. 89.6 de la LCT de 1931 y el art. 77, *b* del mismo texto legal en la versión de 1944, no corresponde hablar de una construcción pleonástica puesto que sendos conceptos ofrecen ciertos elementos diferenciadores que impiden su equiparación. Así, en opinión que comparto, se ha estimado que la desobediencia sería la consecuencia del desajuste entre las órdenes o instrucciones empresariales y el comportamiento del trabajador quien infringiría, de este modo, el deber de acatamiento de las mismas. Y a su vez, el concepto de indisciplina estaría dotado de mayor amplitud y englobaría aquellos supuestos en los que se contravienen las obligaciones propias del propio puesto de trabajo y dimanantes de las normas laborales, no siendo preciso que el trabajador se oponga a una orden concreta dada por el titular de los medios de producción, encerrando cualquier tipo de conducta que desoye las indicaciones del empleador¹⁶⁴. En realidad nos encontramos con la diferenciación a la que ya se ha hecho referencia páginas atrás. Esto es, al quebrantamiento de órdenes e instrucciones empresariales como medio de canalización del poder de mando empresarial que vendría definido como desobediencia y a la vulneración de las directrices emitidas por el empleador que supongan la plasmación del ejercicio del resto de prerrogativas empresariales, actitud que engazaría con lo que el ET denomina indisciplina. De gran parte de la doctrina judicial puede extraerse la misma consideración¹⁶⁵. Así, se ha entendido por indisciplina la «actuación contraria a la norma laboral o al contenido de las obligaciones contractuales, cuyo cumplimiento no exige órdenes expresas pero sí de la buena fe que preside su relación de trabajo»¹⁶⁶ o, en esta línea, «la inobservancia de las reglas que garantizan la normalidad y eficacia de la actividad laboral en orden a la producción» (STS 20 mayo 1980, RJ/2210). En cuanto al concepto de desobediencia, ésta aparece identificada, en la citada sentencia, a «la falta de cumplimiento de órdenes dictadas por los jefes laborales dentro de sus legales atribuciones para la ejecución de la tarea»¹⁶⁷. En suma, sólo la desobediencia se

¹⁶⁴ Vid. AGUILERA IZQUIERDO, R., *Las causas...*, cit., pp. 125-126.

¹⁶⁵ De forma tajante declara la STS 24 noviembre 1983 (RJ/5629) que «la indisciplina y la desobediencia, aunque se agrupen como causas legitimadoras del despido disciplinario, ahora en el Estatuto como antes en la LCT, son conceptos distintos, hoy más diferenciados al unirse por la conjunción disyuntiva en el texto legal».

¹⁶⁶ Por todas, STSJ Castilla y León, 13 enero 1998 (AS/369); SSTSJ Cataluña, 8 enero 1998 (AS/156) y 3 marzo 2006 (AS/2481); STSJ La Rioja, 4 mayo 2000 (AS/2205) y STSJ País Vasco, 11 diciembre 2001 (AS 2002/433).

¹⁶⁷ En clara concordancia con la línea jurisprudencial señalada, los TSJ han expresado con insistencia que la desobediencia requiere «la previa existencia de órdenes empresariales y el comportamiento contrario a las mismas». Con estas palabras, entre otras muchas, SSTSJ Galicia, 19 febrero 1998 (AS/227); 26 febrero 1999 (AS/211); SSTSJ La Rioja, 6 abril 1999 (AS/834) y 4 mayo 2000 (AS/2205); SSTSJ Cataluña, 7 enero 1999 (AS/1096) y 3 marzo 2006 (AS/2481); STSJ C. Valenciana, 19 enero 1998 (AS/85); STSJ Madrid, 5 mayo 1998 (AS/1707); STSJ Andalucía, 17 junio 1998 (AS/3247) y STSJ Castilla y León, 2 octubre 1998 (AS/ 4484). O, en el mismo sentido, que en el caso de la desobediencia «a la conducta del trabajador deben unirse elementos caracterizadores relativos a la orden

corresponde con al vertiente negativa del deber del trabajador de cumplir las órdenes e instrucciones del empresario prescrita en el art. 5, c ET y 20.1 y 2 ET.

Se pretende tomar distancia de aquellas tesis que ven en la terminología empleada en la norma estatutaria más que una diferencia cualitativa (en atención al objeto material transgredido) una desemejanza de carácter cuantitativo. En esta dirección, de forma paralela a como la distinción entre ambas nociones era contemplada en las derogadas ordenanzas, se ha identificado a la indisciplina con una expresión agravada de la desobediencia (empleando esta última en un sentido amplio, esto es, como reverso de todos los poderes empresariales)¹⁶⁸. En otras palabras, se considera que la primera no es más que una insubordinación cualificada, atendiendo de este modo al elemento comunitario empresarial por ser susceptible de tambalear los cimientos sobre los que se asienta la organización jerárquica de la empresa y repercutir de manera negativa en el conjunto de trabajadores, confundiendo, como se habrá podido prever, la contravención de las reglas patronales relativas a la disciplina en el lugar de trabajo con la propia indisciplina como sanción. De manera que, conforme a este criterio, la indisciplina no coincide exactamente con la simple negativa del trabajador a cumplir las directrices directivas o de gestión del empresario, sino que se identificaría con una actitud jactanciosa, persistente y contumaz del trabajador, decidida a perjudicar el ordinario desarrollo de la actividad productiva en el lugar de trabajo. Esto es, se precisa un elemento intencional agravado de contestación o de negación del poder jerárquico empresarial¹⁶⁹.

Aceptar este planteamiento supondría olvidar la teoría gradualista que se ha asentado en la doctrina jurisdiccional desde hace ya algunos años. Las razones que justifican la adopción del despido, medida punitiva reservada para comportamientos especialmente reprochables, deben estar provistas de una cierta entidad, puesto que así lo estima preciso el art. 54 al requerir que la conducta del trabajador revista las condiciones de gravedad (que lleva implícito un juicio de proporcionalidad)¹⁷⁰ y culpabilidad¹⁷¹. Así, la desobediencia que faculta la resolución unilateral del contrato no

incumplida y el carácter justificado o injustificado de la misma» [STSJ La Rioja, 4 mayo 2000 (AS/2205); STSJ País Vasco, 11 diciembre 2001 (AS 2002/433); STSJ Galicia, 20 abril 2004 (JUR/174698); STSJ Canarias, 28 abril 2005 (AS/1082) y STSJ Cataluña, 3 marzo 2006 (AS/2481)].

¹⁶⁸ MARTÍNEZ ROCAMORA, *Decisiones empresariales...*, cit., pp. 65-66.

¹⁶⁹ Así también, MÉNDEZ HOLGADO, J., «Criterios jurisprudenciales...», cit., pp. 300-301, quien precisa que en la noción de desobediencia tienen cabida tanto conductas activas como de omisión o abstención, mientras que la indisciplina presupone ya, implícitamente, una actuación positiva de rebeldía.

¹⁷⁰ Vid. TERRADILLOS ORMAETXEA, E., *El poder disciplinario...*, cit., especialmente, pp. 147-154.

¹⁷¹ El fin lógico al que responde la atribución jurídica de un poder disciplinario es el de reprender o punir un incumplimiento contractual y, al tiempo, prevenir futuros comportamientos similares. Así pues, la actuación sancionadora del empleador ha de partir de una valoración de la infracción cometida

puede identificarse con una simple desatención de los mandatos y advertencias empresariales. Esto es, no puede entenderse que, junto a un proceder abierta y explícitamente desobediente (constitutivo de indisciplina), se prevé un grado mínimo de inobservancia de las decisiones patronales (desobediencia) como causa habilitante del despido disciplinario. Los tribunales en numerosas ocasiones han defendido que la causa justificativa del despido a la que se refiere el art. 54. 1, *b* ET no puede provenir de un error acerca del mandato impartido, sino que ha de presentarse de forma «abierta» y «sin fundamento» frente a las órdenes del superior. A tenor de lo dispuesto en la STS 26 enero 1987 (RJ/132), «no se puede objetivar ninguna causa de despido, sino mantener siempre que cada caso específicamente ha de ser tratado y resuelto según sus particulares circunstancias y con atención especial al factor humano», siendo así que sólo procede este intenso reproche del ordenamiento jurídico cuando concurre una triple exigencia legal: la ausencia de causa («en la medida en que el ejercicio regular del poder de dirección por parte del empresario constituye la esfera de actuación propia de la obediencia debida») ¹⁷²; un incumplimiento grave, «notoriamente relevante» ¹⁷³ y, conjuntamente, culpable ¹⁷⁴. De modo que en lo que atañe a la desobediencia, en sí misma configurada, la jurisprudencia ha indicado que «se manifiesta como resistencia decidida, obstinada e insistente al cumplimiento de órdenes precisas emanadas del empresario» ¹⁷⁵, o dicho de otra forma, que exige una «manifiesta oposición al cumplimiento de una orden, que transgrede y cercena» la facultad empresarial envuelta ¹⁷⁶.

2.2. La enredada articulación jurídica del despido por desobediencia en la práctica jurisprudencial. A modo de síntesis

No resulta ocioso recalcar que de forma generalizada las limitaciones al ejercicio del poder de dirección son objeto de valoración judicial en un marco concreto, que no es otro que el que viene presidido por una desobediencia laboral como causa

por el trabajador que exige como premisa sustancial un examen acerca de su culpabilidad (LUQUE PARRA, M., *Los límites...*, cit., p. 465). Con mayor extensión *vid.* los estudios de GARRIGUES GIMÉNEZ, A., «Obediencia debida...», cit., pp. 51-52 y PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., «La indisciplina...», cit., pp. 154-157.

¹⁷² STSJ Extremadura, 8 octubre 2003 (AS 2004/126).

¹⁷³ STS 4 febrero 1988 (RJ/572). Como factores indicativos de la gravedad de la conducta asalariada a menudo se han tenido en cuenta la reiteración de la desobediencia, el modo en el que se manifiesta o las consecuencias de la misma. *Vid.*, por todas, STS 19 febrero 1990 (RJ/1111); SSTSJ C. Valenciana, 4 noviembre 1993 (AS/4994) y 16 mayo 1995 (AS/2144) y STSJ Asturias, 3 abril 1998 (AS/927).

¹⁷⁴ SSTS 30 abril 1985 (RJ/1942) y 10 noviembre 1986 (RJ/6306).

¹⁷⁵ Reiteradamente, desde las SSTS 24 octubre 1985 (RJ/5206) y 6 octubre 1986 (RJ/5387).

¹⁷⁶ Nuevamente, STSJ Extremadura, 8 octubre 2003 (AS 2004/126). Incluso, en un tratamiento claramente uniformador, se advierte el carácter desobediente e indisciplinado de un asalariado cuando su conducta supone «una evidente y flagrante oposición con enfrentamiento directo a las órdenes del empresario» (STS 27 junio 1985, RJ/3482).

desencadenante de la actuación sancionatoria de la empleadora. En función de estos hechos, el plano de observación en el común de las veces se sitúa en un escenario regido por el proceso de control sobre las sanciones o el despido impuesto como reacción patronal ante tal incumplimiento de la orden o instrucción impartida. Y precisamente, lo que no pocos de estos pronunciamientos judiciales pasan por alto al aplicar la máxima del *solve et repete*, o su versión atenuada, es que la facultad disciplinaria que se materializa frente a la desobediencia se reduce a la posibilidad de aplicar una medida de castigo cuando se advierte un incumplimiento obligacional dentro de una relación contractual. Y, como se ha dicho, la infracción sólo es tal cuando lo que se le imputa al trabajador es la contravención de las obligaciones laborales que voluntariamente ha asumido en virtud del acuerdo negocial. Dicho de otro modo, «no se le puede exigir cumplir aquello a lo que no se obligó contractualmente, y por lo tanto, en este último supuesto, no podrían nunca ser sancionables las acciones u omisiones que no conlleven un incumplimiento de lo pactado»¹⁷⁷. Esta realidad que ha merecido el apoyo generalizado de la doctrina especializada no ha desplegado en el plano jurisprudencial, como se ha visto, todos los efectos que le son propios. Ello porque los criterios empleados por los tribunales para determinar la concurrencia o no de una desobediencia injustificada punible no siempre se han ajustado a la exigencia legal de regularidad. La cual, como es sabido, requiere un examen de las razones que presiden la conducta del trabajador puesto que la ausencia de una causa o justificación se erige en el requisito insalvable para la consideración de tal comportamiento como incumplimiento contractual y, por ende, justo merecedor del correctivo disciplinario impuesto.

Dicho esto, los parámetros de enjuiciamiento posibles se resumen en las tres posiciones siguientes:

a) La aplicación del *solve et repete* no conduce a enjuiciar propiamente la sanción por desobediencia, sino que toma como punto de partida la actuación llevada a cabo por el trabajador una vez recibida la orden o instrucción empresarial. Para ello se emprende un examen de la entidad del incumplimiento del asalariado, no ya con el objeto de valorar si dicha conducta se sustentaba o no en una causa de justificación que pudiera determinar la improcedencia de la medida disciplinaria decretada, si es completa, o hiciera merecer una medida menos gravosa cuando la causa fuese incompleta¹⁷⁸, sino con el propósito de dilucidar si efectivamente el dependiente se

¹⁷⁷ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., «La indisciplina y la desobediencia como causas de extinción del contrato de trabajo», en AA.VV., *Presente y futuro de la regulación del despido*, Aranzadi, Cizur Menor, 1996, p. 418.

¹⁷⁸ Como ejemplo, SSTs 4 febrero 1974 (RJ/398); 4 febrero 1988, (RJ/572) y 9 octubre 1989 (RJ/7133). Esta jurisprudencia también se ve reflejada en variedad de sentencias de los diversos TSJ. A

apartó de lo dispuesto por su superior, puesto que si así se verifica, al margen de las razones que para ello tuviera, se estimará la procedencia de la sanción pasando en ese momento a enjuiciar si la medida disciplinaria adoptada era coherente a la envergadura de la infracción¹⁷⁹.

No obstante ésta no es la única conclusión que cabe extraer. Recientes sentencias de los TSJ describen de forma clarísima lo que en pronunciamientos anteriores parece latir en mayor o menor medida. Esto es, que lo que tiene que hacer el trabajador ante una orden dentro del ámbito y organización del trabajo dependiente es cumplirla, pues lo contrario lleva aparejado inexorablemente la sanción por desobediencia pero también por transgresión de las reglas de buena fe y diligencia al haberse conculcado el deber básico impuesto en el art. 5, *a* ET¹⁸⁰. He aquí el argumento que sin duda merece ser rotundamente contestado desde consideraciones de técnica jurídica, pues da pie a la utilización, censurada por la doctrina científica en no pocas ocasiones, de la causa justificativa del despido del 54.1, *d* ET a modo de un cajón de sastre en el que cobijar un incumplimiento contractual que ya se halla legalmente tipificado como indisciplina o desobediencia. Además, remitiéndome a lo dicho previamente en relación al deber mutuo de buena fe, este criterio tampoco resulta aceptable ya que implica una desviación jurídica de los deberes y derechos laborales y provoca un desequilibrio irrazonable a favor de la intensificación de las obligaciones pertenecientes únicamente a uno de los contratantes, en este caso, del que ocupa la posición más débil en el contrato.

En definitiva, este criterio supone limitar la capacidad de acción del trabajador a la interposición de una demanda ante el orden jurisdiccional social, tal y como prevé el art. 1 LPL, solicitando una sentencia declarativa de derecho. Sólo a través de un pronunciamiento judicial de ilegalidad de la orden empresarial se vería satisfecho el derecho que pretende el trabajador. En los supuestos en los que la sentencia sea estimatoria, el trabajador verá reconocido su derecho. Pero, amén de ser declarativa, el pronunciamiento judicial puede ser también condenatorio cuando conmina al

modo de ejemplo pueden citarse las STJS Cantabria, 17 abril 1991 (AS/2551); STSJ Baleares, 29 junio 1995 (AS/ 2264) y STSJ Cantabria, 20 agosto 2002 (AS/3703).

¹⁷⁹ Como se infiere de las SSTSJ Andalucía, 21 febrero 1992 (AS/1096) y 18 mayo 1993 (AS/2293); SSTSJ Canarias, 30 noviembre 1993 (AS/4786) y 18 octubre 1994 (AS/3987), «el incumplimiento no se justifica siquiera por la supuesta creencia en la ilegalidad del mandato, porque no es tolerable que la apreciación subjetiva del empleado baste para eliminar su dependencia a los mandatos de la empresa, sin perjuicio de que, si existiera agravio, sea siempre posible obtener su reparación en el recurso jurisdiccional posterior».

¹⁸⁰ En esta línea, STSJ Andalucía, 19 diciembre 1998 (AS/3961); SSTSJ Galicia, 9 noviembre 2001 (JUR/20058), 3 febrero 2004 (JUR/177660), 5 julio 2005 (JUR 2006/81756) y 20 abril 2007 (JUR/201597); SSTSJ Cataluña, 28 noviembre 2000 (AS/3782), 20 noviembre 2003 (AS 2004/162) y 30 abril 2008 (JUR/196470).

empresario a que reintegre el derecho al trabajador que ha interpuesto tal demanda. Sin embargo, no son pocos los casos en los que, una vez sustanciado el proceso, el derecho que el trabajador reclamaba ya se vio efectivamente vulnerado sin que quepa más condena al empleador que la compensación económica por el daño causado. Es por esto por lo que la doctrina ha sido especialmente crítica con este principio que relega inevitablemente el ejercicio de los derechos laborales a un período de tiempo más o menos prologando. La carga o perjuicio de la orden irregular se desplaza a la esfera del trabajador hasta que el proceso judicial que obligatoriamente ha de entablarse vea su fin. Lo que sí ocurre, como se ha indicado, es que el recurso a la tutela judicial únicamente supone un instrumento efectivo en determinados casos. Cuando la decisión empresarial irregular tiene un carácter permanente, la sentencia estimatoria que resuelva el proceso podrá reintegrar la situación jurídica pretendida por el asalariado al momento originario, circunstancia que no siempre será posible. Por otra parte, la insuficiencia de esta tesis es fácilmente comprobable cuando la orden tiene carácter transitorio o temporal, pues, en estas circunstancias, el reconocimiento judicial del derecho carecería ya de interés práctico quedando reducido a una mera cuestión personal en nombre de la satisfacción de la propia dignidad del trabajador. Piénsese, por ejemplo, en una orden empresarial que impidiera el disfrute de un permiso retribuido reconocido en el convenio colectivo aplicable y compeliere al trabajador a acudir a su lugar de trabajo durante el período en cuestión. Qué duda cabe de que el posterior pronunciamiento judicial declarativo del mencionado derecho no satisfaría el derecho del trabajador que se vio obligado a obedecer.

Por lo demás, el escenario en el que han intervenido las variables mencionadas, pregonadas en una perceptible panoplia de sentencias que secundaron un rumbo desacertado o equivocado, ha cambiado ostensiblemente, lo que significa que si la construcción piramidal de la empresa era un hecho reflejo de la situación política, económica y social existente en épocas pasadas, los mecanismos judiciales que abordaban la proyección de las decisiones empresariales sobre el campo de actuación de la fuerza de trabajo encajaban también en ese mismo contexto. Con esto no se quiere insinuar la conveniencia o adecuación primigenia de este criterio puesto que en mi opinión nunca estuvo justificado¹⁸¹. Nótese que cuando lo que resulta exigible es el sometimiento del trabajador a los requerimientos de la obediencia absoluta, el interés protegido es exclusivamente el empresarial pues se pospone el ejercicio o disfrute de un derecho a un fallo judicial favorable al deudor contractual, hecho que sirve de sustancial refuerzo de la situación de dependencia de quien ya se encuentra en posiciones

¹⁸¹ Es de destacar que el TC, en sentencia 191/2000, de 13 de julio, entendió que el principio *solve et repete* no es «merecedor de ningún aval, patente o latente» por parte del Alto Tribunal.

subalternas frente a quien es dador del puesto de trabajo que ostenta y, conjuntamente, juega a favor del empresario que por esta vía indirecta encuentra un camino abierto para franquear los límites que a través de la elaboración normativa y doctrinalmente se han venido sustanciando. Como se habrá podido prever, la virtualidad de los límites a los que ha de sujetarse el desempeño de las facultades de dirección queda profundamente condicionada hasta la ratificación judicial de lo que hasta el momento había sido considerado una mera estimación personal del trabajador. Esto vendría a significar en el terreno de la praxis que el poder directivo es ilimitado mientras que no se den dos variables: el adecuado ejercicio del mismo conforme a los requisitos impuestos por el marco normativo vigente, circunstancia que se haría depender de una elección personal del empleador; o bien la confirmación judicial de dichas restricciones. Así las cosas, la aplicación del este principio vino a constituir una singular vía de creación jurisprudencial para ampliar o extender los poderes empresariales una vez que éstos ya aparecían delimitados por imperativo de las normas que los regulaban.

Lo que se pretende, por tanto, es reparar en una circunstancia difícilmente cuestionable. La indiscutible tendencia a la globalización y segmentación de los mercados en nuestros días exige de las unidades empresariales una rápida adaptación que se encamine hacia la consecución de un mayor grado de polivalencia y competitividad. Entre otros retos se articula como necesaria la reestructuración de las empresas estando en claro proceso de retroceso la clásica distribución fuertemente jerarquizada de la plantilla¹⁸². Pues bien, si se tienen en la debida consideración los cambios acaecidos en el seno de las empresas y los avances en el reconocimiento y protección de los derechos de los trabajadores, es dable afirmar que sería un total despropósito admitir la operatividad de un mecanismo que supone un claro obstáculo a la indemnidad de los derechos que legítimamente tiene atribuidos los trabajadores en su condición de ciudadanos (se hace referencia, claro está, a la aplicación de los derechos fundamentales inespecíficos en el ámbito de una relación laboral) y de parte en el negocio contractual celebrado al amparo de texto estatutario.

b) Son aún escasos, aunque constituyen referencias esperanzadoras, los pronunciamientos jurisprudenciales que adoptan la *teoría de la causa justa* y emiten un acertado juicio sobre dos extremos: en primer término sobre la regularidad o legitimidad

¹⁸² El «Marco de acción para el desarrollo permanente de las competencias y cualificaciones» (suscrito en marzo de 2002 por la CES, UNICE-UEAPME y CEEP) presenta como la alternativa más adecuada a la organización taylorista del trabajo en las empresas (la cual –precisa– sigue presente en un número no desdeñable de empresas europeas), el desarrollo de organizaciones de aprendizaje en los lugares de trabajo que fomenten la cultura de la ilustración o del conocimiento permanente a través del desempeño de las actividades profesionales. La consecución de tales objetivos permitiría, como habrá podido preverse, el ejercicio menos autocrático del poder de mando y un mayor grado de delegación del titular de dicho poder en otros miembros de la plantilla.

de la orden empresarial y conforme a los resultados obtenidos, del comportamiento del trabajador¹⁸³. Únicamente cuando se concluya que el empresario actuó conforme a derecho, se entrará a valorar la conducta asalariada (constitutiva sólo entonces de un incumplimiento contractual) prestando la debida atención, principalmente, a si hubo o no mala fe en su actuación. A la inversa, de reputarse la irregularidad del mandato, la medida disciplinaria acordada merecerá la calificación de improcedencia.

c) Volviendo sobre la línea de reflexión dominante en la práctica judicial, es reseñable que la última de las opciones apuesta por una vía conciliadora de las dos anteriores posturas diametralmente opuestas. En la inmensa mayoría de los supuestos la secuencia decisoria no omite el enjuiciamiento de las instrucciones impartidas conforme al parámetro de la regularidad (trámite primario al que se posterga la calificación de la desobediencia del trabajador como acreedora o no de sanción) pero, se arguye, sólo justificará el ejercicio de un derecho de resistencia cuando pueda constatarse la existencia de alguna de las circunstancias que la jurisprudencia ha identificado como razones habilitantes del mismo. Precisamente este planteamiento es también el mayoritario en la negociación colectiva, pues viene siendo habitual que la desobediencia a los superiores sea calificada, como punto de partida, una falta grave, puntualizando a continuación que la conducta del asalariado será constitutiva de infracción «siempre que la orden no implique condición vejatoria para el trabajador o entrañe riesgo para la vida o salud tanto de él como de otros trabajadores»¹⁸⁴. Lo cierto es que, como paso a exponer a continuación, esta posición judicial ha sido acogida con

¹⁸³ Convenientemente sentencia el TSJ Madrid, con fecha de 11 de febrero de 2003 (AS/707) que «habrá que estar siempre a la verificación de si las órdenes dadas eran legítimas y aun siéndolo si quebrantaban gravemente los deberes laborales del trabajador, lo que conduce a valorar no la desobediencia en sí, sino la trascendencia como causa justificativa del despido del hecho acreditado». Acierta también en su valoración la STSJ Cataluña, 10 julio 2002 (JUR/244544). En concreto, el Tribunal se pronuncia en relación al despido de un investigador universitario que se había negado a facilitar determinados datos solicitados por el investigador principal del proyecto del que formaban parte y para el que el demandante estaba contratado como colaborador. Dicha información pretendía utilizarse para una tesis doctoral que como trabajo personal estaba realizando una tercera persona. Pues bien, en este caso, no es la conducta de resistencia la que es el punto central del análisis del TSJ. Más bien, a lo largo del *iter* argumental de la sentencia se procede a comprobar si la orden a la que se enfrenta este trabajador es o no una expresión del ejercicio regular del poder directivo. Así, se afirma la improcedencia del despido puesto que el mandato dado «excedía del ámbito obligacional del contrato que ligaba al trabajador demandante con la empresa demandada y, en consecuencia, el haberla desatendido no supone un incumplimiento contractual de los previstos en el art. 54.2 del ET». Recientemente, dicho esquema valorativo en relación a las facultades de vigilancia y control en la STS, 26 septiembre 2007 (RJ/7514).

¹⁸⁴ Limitando la referencia a los convenios colectivos de ámbito estatal, pueden citarse: IV CC. Cemento (BOE 18 octubre 2007); IV CC. Construcción (BOE 17 agosto 2007); CC. Tejas y ladrillos (BOE 19 diciembre 2006); CC. Industria salinera (BOE 19 octubre 2006); CC. Jardinería (BOE 19 julio 2006). Aunque, los más, sin posteriores especificaciones, se limitan a suscribir el exacto cumplimiento de las órdenes patronales que se exige del trabajador, siendo infracción sancionable «la mera desobediencia a sus superiores en acto de servicio». Así, art. 47.2 del CC. Papel (BOE 26 febrero 2007). Con palabras parecidas, III CC. Industrias de distribución y depuración de aguas potables y residuales (BOE 24 agosto 2007); CC. Prensa no diaria (BOE 11 octubre 2004) y CC. Flota congeladora (BOE 8 julio 1996).

agrado al suponer un importante avance respecto de la doctrina tradicional defensora de la obediencia sin restricciones, máxime cuando con el devenir del marco democrático de relaciones laborales la modulación del *solve et repete* fue haciéndose cada vez de forma más severa. Ello no es óbice, sin embargo, para que crea que las diversas insuficiencias de las que adolece la aplicación de esta doctrina justifican la adopción de una nueva perspectiva desde la que abordar el análisis de estas cuestiones.

Aunque esto será objeto de estudio más adelante, sirva en este momento simplemente apuntar que es en este carácter intermedio descrito donde reside su principal inconveniente, pues suscita entre las partes integrantes de la relación laboral una problemática situación de incertidumbre. De aplicarse la doctrina del *solve et repete*, durante el periodo de tiempo que transcurre desde la emisión de la orden hasta su impugnación en los tribunales, se entiende acertado el juicio que de la misma realiza el empresario. Por el contrario, de admitirse el *ius resistentiae* la valoración aceptada sería la formulada por el trabajador. Bajo la vía intermedia que estamos analizando la interpretación que ha de hacerse de este intervalo de tiempo resulta indeterminada sin que sea posible entenderse ni a favor del juicio procedente del empresario ni del trabajador. Ambos deberán enfrentarse ante el peligro de equivocarse en sus valoraciones y asumir las consecuencias que se deriven de la apreciación por parte del tribunal, de la licitud de la orden que el trabajador haya desobedecido, o bien de la improcedencia de la sanción que el empresario le hubiera impuesto. Sin perder de vista, no obstante, que la inseguridad que atenaza en estos casos al deudor de la relación laboral juega a favor del empresario y ello esencialmente por la siguiente razón. El temor a perder el puesto de trabajo puede conducir al trabajador a desistir en su empeño, cumplir un mandato irregular y evitarse así un periplo judicial donde el criterio dominante se inclina por rechazar un derecho subjetivo de resistencia y presumir la legitimidad de los cauces de expresión del poder patronal de dirección, recayendo en el trabajador la carga activa de la prueba de la existencia efectiva de una irregularidad¹⁸⁵. Como se podrá convenir, todo ello supone acrecentar el porcentaje de riesgo que corre el trabajador en su opción por la resistencia, pues esta doctrina deja abierta, tanto la posibilidad de que judicialmente se le reconozca su derecho a desatender la orden impartida, como de que se le reproche su actitud desobediente, no ya por la proclamación del principio general de la desobediencia absoluta, sino por la constatación de un error en la estimación del trabajador al cumplir el mandato los requerimientos de regularidad. Ante tal situación, si el empleado escoge la ejecución de la orden que presume ilegítima, podría decirse que la inquietud reinante se convierte en

¹⁸⁵ Así se infiere de la STSJ Galicia, 25 octubre 2001 (JUR/295004), haciendo expresa mención al criterio mantenido por el TC en sentencias 14/1992, 10 de febrero; 16/1993, 18 de enero y 140/1994, 9 de mayo.

un instrumento que dota de inmunidad al proceder irregular de la dirección frente a la réplica del trabajador.

En este escenario de equívocos e inseguridades recién descrito no son pocas las voces que se han alzado para requerir de los tribunales que concreten cada uno de los criterios empleados para decidir si es o no imputable la conducta desobediente del trabajador¹⁸⁶. Los pronunciamientos judiciales de finales de siglo ya dieron muestra de una mayor flexibilidad en la apreciación de los rasgos definidores de las circunstancias que habilitan la resistencia justificada del deudor, aunque la ambigüedad y confusión reinante en estas situaciones sigue estando presente, pues nos movemos, en todo caso, ante conceptos indeterminados que precisan, para su efectiva ponderación, la valoración del relato fáctico concurrente. Por ello el principal desafío al que nos enfrentamos en tales situaciones tiene que ver con el diseño de nuevos trazos que pongan coto a la inseguridad jurídica en este ámbito, lo cual vendría a implicar, como anticipo de lo que se propugnará más tarde, una apuesta decidida y valiente por la «obediencia justa» que no sea legataria de los presupuestos centrales de la obediencia indiscriminada¹⁸⁷. Resulta indispensable, en este sentido, un entendimiento diferente de este tipo de cuestiones que no se limite a hacer compatible la aplicación del principio *solve et repete* con la resistencia justificada a la orden patronal que ha sido irrespetuosa con las normas reguladoras de la relación de trabajo, sino que, desde una visión más integradora, se admita como marco de justificación de la desobediencia todos aquellos casos en los que el trabajador se enfrenta a una orden que margina las normas jurídicas y previsiones contractuales limitadoras del poder patronal de dirección y, en segundo orden, se remuevan las dificultades y la inseguridad que provoca la vigencia simultánea de la ejecución inmediata de los mandatos empresariales promovida por el mentado principio y las excepciones que se advierten al mismo.

3.3. ¿Se consolida un cambio de orientación?

De cuanto antecede resulta preciso concluir con varias afirmaciones de gran trascendencia para la construcción de un derecho de autoprotección individual de titularidad asalariada. No resulta una bagatela la constatación del notable papel que a finales del siglo pasado protagonizaron nuestros tribunales puesto que, como es sabido, principalmente a partir de los años 80, cuando de decidir en torno a la extensión del

¹⁸⁶ RIVERO LAMAS, J., «Art. 20...», cit., p. 315 y RODRÍGUEZ PIÑERO, M., «Obediencia debida...», cit., p. 17. En el ámbito comparado, también pone sobre aviso de los peligros derivados de la inseguridad que genera este criterio y los riesgos que, en consecuencia, se ve obligado a asumir el trabajador, VALLEBONA, A., «Intervento» en *Le sanzioni...*, cit., p. 109, posteriormente reiterado en *Tutele giurisdizionali e autotutela...*, pp. 140-141 y en *Istituzioni...*, p. 717.

¹⁸⁷ Imperativo del que daba cuenta AGUILERA IZQUIERDO, R., *Las causas...*, cit., p. 136.

deber de obediencia del sector asalariado se trataba, la jurisprudencia comenzó a anteponer el requisito de la regularidad frente a la ejecutividad inmediata y absoluta que anteriormente se había preconizado. Con todo, la dirección que han tomado los fallos judiciales de los últimos tiempos se revela continuista pues sigue la orientación que iniciaran el TCT y TS cuando, a partir del *solve et repete*, fueron abriendo claros como supuestos exceptuados de la aplicación del mismo. Lo dicho es fácilmente comprobable, de hecho, es común que los fundamentos jurídicos estén plagados de un sinfín de citas a sentencias anteriores recordando los extremos configuradores de la obediencia exigible: quebranta lo establecido en los arts. 5, c y 20.2 ET quien opone una «resistencia terminante, persistente y reiterada al cumplimiento de una orden precisa emanada de la empresa» en uso de la autoridad conferida al patrono. No cualquier uso, sin embargo, es portador de la imperatividad de los mandatos, sino sólo aquel que refleja el ejercicio regular de las facultades directivas.¹⁸⁸

La hendidura abierta al principio «obedece y reclama» a través de la formulación de ciertos márgenes de resistencia frente al poder de dirección (encarnada en la postura intermedia a la que se ha hecho alusión en las páginas precedentes) se halla ciertamente consolidada. Lo cierto es que, aunque la forma de aproximarse al tema prácticamente no ha cambiado en los últimos tiempos, los tribunales han ido dando mayor amplitud a estos supuestos excluidos al tiempo que han puesto mayor énfasis en la aplicación de la teoría gradualista y en la interpretación estricta de los requisitos que ha de reunir la conducta desobediente del trabajador para poder ser sancionada, principalmente en lo que atañe al despido. En efecto, la tendencia actual ya no es proclive a requerir, como elemento constitutivo de la legítima desobediencia, una extrema gravedad en la desviación jurídica de los mandatos empresariales, pues esto no supondría más que un nuevo viraje encubierto hacia el *solve et repete*, sino que apuesta por una menor rigidez en la apreciación de las excepciones a dicho principio. Justamente, arbitrando de un modo generoso el margen de lícita réplica del trabajador se reduce ostensiblemente el espacio en el que aún sobreviven ancladas las pretensiones de ejecutividad incondicional de las órdenes dadas y, por ende, las visiones más soberanistas de la autoridad empresarial. Este es el camino que se emprendió para dar un vuelco a la doctrina más tradicional y por dichas sendas transita el actual acercamiento jurisprudencial al tema de la justificación de la desobediencia, en detrimento, no obstante, de un explícito reconocimiento a la capacidad de los trabajadores para tutelar individualmente sus derechos e intereses.

¹⁸⁸ STS 5 noviembre 1990 (RJ/8547). Doctrina también contenida, entre las más recientes, en las SSTSJ Cataluña, 16 octubre 2000 (AS/882) y 3 julio 2001 (JUR/274345); STSJ La Rioja, 13 noviembre 2001 (JUR/20563); STSJ Extremadura, 10 abril 2003 (JUR/200334); SSTSJ Madrid, 27 marzo 2006 (AS/1374), 16 abril 2007 (AS/1989) y 28 mayo 2007 (JUR/252827); 31 marzo 2008 (AS/1649).

Interesantes resultan algunos pronunciamientos judiciales, ajustados en la misma órbita del matizado *solve et repete*, que amparan la inobservancia de los mandatos impartidos cuando los mismos obliguen al empleado a afrontar una situación de la que pueda derivarse «cualquier grave daño difícilmente reparable» para sus intereses legítimos¹⁸⁹, pues pese a precisar el grado de lesividad de la orden que habilita al trabajador a desobedecer, define con gran amplitud el motivo frente al que cabe enarbolar la resistencia del trabajador dado que no se circunscribe a una causa concreta de irregularidad, sino al genérico menoscabo de los legítimos intereses. A su vez, podría decirse que cuando los tribunales admiten cualquier otra causa análoga que sensatamente justifique la inejecución de las directrices no hacen sino consentir «cualquier otro motivo razonable»¹⁹⁰. En resumen, la amplitud que encierra dicha fórmula hace pensar que los tribunales están dejando un resquicio abierto a la valoración personal por parte del trabajador de los actos de ejercicio del poder de dirección. Sin embargo, la indeterminación de la misma raramente ha jugado en beneficio de los intereses del trabajador y, a la postre, de la actitud desobediente del mismo. Sucede, además, que las previsiones judiciales permisivas con la actuación de autodefensa frente al ejercicio irregular del poder directivo no han llegado a añadir ningún supuesto a los que hasta aquí se han señalado y algunos de los criterios más progresivos y sensibles a la autotutela individual de los derechos han sido seguidos con variable entusiasmo por la jurisprudencia predominando, en líneas generales, una visión restrictiva de la misma.

No se puede dejar de constatar, primeramente, que nuestros jueces y tribunales vienen considerando que el empresario no puede pretender que el trabajador esté total y categóricamente sometido a su imperio, arbitrándose supuestos legítimos de desobediencia impune cuando éstos vienen avalados por convincentes razones, las cuales podrán ser fruto de apreciaciones subjetivas del trabajador receptor de la orden; y, en segundo lugar, que la protección judicial a los derechos fundamentales de los trabajadores ha abierto nuevas e interesantes vías en el entendimiento más justo y equilibrado del deber de obediencia que sujeta al subordinado. La doctrina del Constitucional ha sido acogida por los TSJ dándole distintos enfoques. Entre los muchos ejemplos que podrían aquí mencionarse he considerado oportuno traer a colación la ya mencionada STSJ País Vasco, 28 octubre 2003 (JUR/272079), no por el carácter novedoso de su doctrina sino porque, a mi parecer, contiene una serie de

¹⁸⁹ SSTSJ Aragón, 14 octubre 1992 (AS/4998); 21 octubre 2002 (JUR/274828) y 29 junio 2007 (JUR/327137) y STSJ Asturias, 17 octubre 2003 (AS/16).

¹⁹⁰ RODRÍGUEZ PIÑERO, M., «Obediencia debida...», cit., p. 15.

afirmaciones interesantes que podrían dar alas a la futura proclamación de un derecho general de resistencia sujeto, eso sí, a determinados condicionantes.

En este caso el Tribunal se enfrenta ante un despido disciplinario por «reiterada y manifiesta indisciplina y desobediencia en el trabajo». Del relato de los hechos se infiere que el trabajador había venido prestando servicios sin autorización de la empresa responsable pese a las continuas advertencias al respecto y desatendiendo los requerimientos patronales para que se personara en las oficinas de la entidad. En cualquier caso, el Tribunal observa la coincidencia temporal de tales hechos con la presentación por parte del empleado de reclamación judicial de ciertas cantidades adeudadas por la empresa. A resultas de lo cual, adecuadamente, se aplica la garantía de indemnidad (expresión acuñada por vez primera en la STC 14/1993, de 18 de enero) conforme al alcance fijado por el Constitucional en múltiples sentencias¹⁹¹. El Tribunal estima que los mandatos patronales, la separación del servicio sin alegar causa ni justificación y la creación de un clima de tensión en el que se busca manifestaciones verbales del trabajador que tengan cabida en el art. 54.2, *c* ET, se inscriben en «la cascada y continuidad de actos regresivos» que sufre el trabajador, por tanto, dicha actuación resulta radicalmente nula por ser contraria al derecho laboral básico de todo trabajador de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo¹⁹².

En este contexto se emplazan las manifestaciones que pretendo resaltar pues acierta en la perspectiva que ha de guiar las reflexiones acerca de la extensión de la obediencia debida por el trabajador y sus posibilidades de autodefensa. Concretamente, se niega la existencia de infracción alguna por parte del asalariado ya que a través del análisis de la conducta de réplica o resistencia el Tribunal sentencia que de dicho comportamiento no se puede «sino deducir un intento de mantener sus derechos, buscar la mayor garantía de los mismos y oponerse a las actuaciones que pueden violentarlos por parte de la empresa». Este, sin duda, es el camino y ello en contraposición con una línea más regresiva acogida de nuevo en sentencias recientes donde la concepción de la obediencia debida da cobertura a una serie de tópicos garantes del orden patronal y apenas se vislumbra un análisis ponderado de los derechos en conflicto para, en cambio, poner el acento en una solución enteramente formalista y congruente con el mantenimiento de una férrea jerarquía y disciplina como medio necesario para que el empresario pueda desarrollar sin trabas su actividad. Ya puso de manifiesto la mejor

¹⁹¹ Recogiendo la anterior doctrina, SSTC 38/2005, de 28 de febrero; 182/2005, de 4 de julio y 120/2006, de 24 de abril.

¹⁹² Sustentado por el art. 24.1 CE, art. 5, *c* del Convenio núm. 158 OIT y art. 4.2, *g* ET y provista de rango legal a raíz de la modificación del art. 17.1 ET por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre.

doctrina que esta materia ha de moverse el «terreno de los derechos como contexto más adecuado a unas relaciones laborales en un sistema democrático»¹⁹³. La cuestión aquí será extender la capacidad de los asalariados para proteger cuantos derechos sean inherentes al vínculo jurídico-laboral entablado, pues si de ellos se espera el conocimiento y cumplimiento de sus obligaciones contractuales, también procede esperar un entendimiento en cuanto al espectro de funciones que le son exigibles, y en general, del contenido y alcance del conjunto de derechos que le asisten, no sólo de aquellos que gozan de la entidad de los derechos fundamentales, sino también de aquellos otros que presiden el contrato de trabajo.

III. AUTOTUTELA INDIVIDUAL. ANÁLISIS TEÓRICO-DOCTRINAL

De acuerdo a la visión mantenida del limitado alcance del deber de obediencia, circunscrito como se ha visto al ejercicio correcto en términos jurídicos del poder de dirección, la perspectiva desde la cual se va a analizar la posición subjetiva del trabajador y que va a recorrer de ahora en adelante las líneas de análisis en el presente estudio se centra en la imposibilidad de concebir la negativa del trabajador a cumplir las órdenes ilegítimas como un incumplimiento contractual susceptible de ser sancionado disciplinariamente. Explorados los confines dentro de los cuales la doctrina judicial ha admitido la capacidad del trabajador de sustraerse, con ánimo de salvaguardar sus propios intereses, a los mandatos irregulares del empresario sin ser destinatario de ninguna sanción, lo que conviene ahora anotar es, por tanto, la vertebración del esquema de interpretación que se emprende, toda vez que se ha tomado conciencia de la presente consideración: la ineludible necesidad de abrogar, de una vez por todas, la presunción de legitimidad que tradicionalmente ha acompañado a las órdenes empresariales y que ha motivado la postergación de la tutela al trabajador hasta un pronunciamiento judicial posterior que dirimiera el conflicto de intereses creado. Las siguientes reflexiones se proponen apuntalar los cimientos del reconocimiento del *ius resistentiae* como instrumento de autotutela individual en caso de que el mandato empresarial se refiera a una prestación o conducta no debida. Y ello siendo conscientes de que, expuesto este panorama jurisprudencial repleto de vicisitudes que culmina la mayor parte de las ocasiones con la invocación de una desobediencia legitimada en concretos y tasados supuestos, la fundamentación de un poder o derecho de réplica está todavía en nuestros días cubierta de inseguridad.

¹⁹³ BAYLOS GRAU, A., «La autotutela...», cit., p. 39.

Ciertamente, es insuficiente afirmar la existencia de unos límites jurídicos al ejercicio del poder de dirección si al tiempo no se instrumentalizan los medios adecuados para hacerlos exigibles. Toda manifestación discrecional del empresario está sujeta como sabemos al control judicial a fin de que el trabajador vea satisfecha la concreta protección que el sistema normativo ha dispuesto a través de la configuración jurídica de tales límites. Es claro que la revisión judicial de los actos a través de los cuales se manifiestan las facultades de mando constituye un mecanismo idóneo para la verificación de la exigibilidad de las cortapisas jurídicas impuestas a su ejercicio y la disposición de los efectos jurídicos que califican los posibles incumplimientos patronales. Sin embargo, la intervención de la jurisdicción social no siempre llega a amparar los legítimos intereses del trabajador pues su actuación puede tener lugar en un momento posterior a la consumación efectiva de la ilícita vulneración de los derechos del trabajador. Si el empresario dispone de un poder disciplinario ejercitable ante incumplimientos contractuales del deudor de la prestación laboral (sin olvidarnos del singular y exorbitante mecanismo jurídico de autotutela de los propios intereses que se otorga al empresario *ex art. 18 ET* permitiéndole, al margen de la autorización judicial, registrar al trabajador o sus efectos personales cuando pueda verse en peligro el patrimonio empresarial o del resto de trabajadores de la empresa)¹⁹⁴, lo que se propone es que éste último pueda disponer, a la par, de un mecanismo de tutela de sus legítimos intereses que no se concentre de manera única en la instancia judicial. Lo cual comporta, atendiendo a la lógica bilateral del negocio jurídico mediante el que se sustancia el intercambio de trabajo subordinado por salario, congregar en sede laboral, haciéndolos plenamente compatibles, las prerrogativas destinadas a satisfacer los intereses empresariales junto a otro instrumento mediante el cual el trabajador esté en disposición de satisfacer sus propias exigencias con relevancia jurídica.

Tras un repaso por los criterios adoptados por la jurisprudencia se echa en falta una postura más decidida a la hora de hacer valer los derechos dimanantes de la relación de trabajo cuando éstos entran en conflicto con el ejercicio patronal de su poder y, específicamente, cuando lo que está en juego es el poder de dirección, que es el aspecto que aquí más interesa destacar. Y, además, que se preserven precisamente en el momento más delicado como es aquél en el que se solicita al trabajador el cumplimiento inmediato de una orden que lesiona un derecho reconocido. De ahí que nos propongamos abordar detenidamente lo que ha quedado tímidamente enunciado en recientes sentencias, valedoras de una interpretación más amplia y flexible de lo que se debe entender por circunstancias que eximen de obedecer al trabajador. Esto es, el

¹⁹⁴ Acerca de esta facultad empresarial, situada al borde de la legitimidad constitucional, me remito a las consideraciones de GOÑI SEIN, J.L., *El respeto...*, cit., p. 176.

alcance del *ius resistentiae* fuera de los casos de directrices imperativas constitutivas de delito o falta y órdenes manifiestamente abusivas o atentatorias de forma palmaria de derechos fundamentales.

1. Noción de derecho de resistencia como figura específica de autotutela de los derechos laborales

Para poder explorar los confines dentro de los cuales puede admitirse el derecho de resistencia ejercido por el trabajador considero oportuno abordar con carácter previo su significado y operatividad. A nivel teórico hay que señalar que el *ius resistentiae* constituye un modo específico a través del cual se puede manifestar la categoría más general de la autotutela, la cual describe un proceder humano que se dirige a proveer de la protección necesaria a los intereses que le son propios al sujeto, que a su vez son tutelados por este mismo. Se trata, como se habrá podido prever, de una manifestación de la autonomía individual o colectiva que se encamina a proporcionar la protección necesaria a las posiciones jurídicas de los sujetos involucrados¹⁹⁵. El *ius resistentiae* precisa, como premisa fundamental para su ejercicio, de la intervención activa de la parte de la relación jurídica que potencialmente es capaz de causar una lesión a los derechos o intereses de la otra. La réplica presume la existencia de una actuación previa ante la cual se presenta una cierta oposición. Dicho de otro modo, en el ámbito de las relaciones laborales la sustanciación efectiva del derecho de resistencia requiere un punto de partida concreto, la injerencia del poder empresarial en la posición subjetiva que asume el deudor de la prestación (frecuentemente con la emisión de específicas disposiciones relativas a la gestión y ordenación de la prestación de trabajo subordinado o al comportamiento de los trabajadores). De otra manera, es decir, en ausencia de tal intervención activa del empresario, la conducta del trabajador que pone a salvo sus propios intereses constituiría un comportamiento unilateral de propia autotutela cuyo ejemplo más paradigmático se da en el ámbito de la prevención de los riesgos laborales en el cual, al margen de las medidas que tiene que adoptar el empresario para garantizar la seguridad y salud de sus trabajadores, estos mismos pueden y deben proveer, también de forma individual, los medios precisos para que su seguridad en los lugares de trabajo quede adecuadamente asegurada.

Pues bien, lo dicho no es óbice para que en el derecho de resistencia también esté presente, al igual que en la clásica noción de autotutela, un carácter activo y pasivo al socaire de la consideración del contenido de dicha oposición. El *ius resistentiae* goza

¹⁹⁵ Un amplio estudio de la noción de autotutela en FERRANTE, V., *Potere e autotutela...*, cit., pp. 196-200.

de entidad activa cuando la conducta desplegada es de tipo positivo y origina un cambio en la situación preexistente (v.gr. el trabajador lleva a cabo una actividad que no se ajusta del todo al contenido de las instrucciones impartidas constituyendo un claro ejemplo de ello los supuestos de desobediencia técnica; o bien protagoniza una reacción frente a la situación creada abandonando su puesto de trabajo para ponerse a salvo de un riesgo que amenaza su vida o salud). Por contra, mantiene un carácter pasivo en los casos en los que la actuación del trabajador manifiesta una omisión, una negativa a acatar las órdenes recibidas a fin de mantener intacta la situación de hecho existente frente al intento empresarial de alterarlo. Asimismo, la decisión del trabajador de presentar oposición al mandato empresarial puede responder a un doble propósito. De prevención cuando se estima que el cumplimiento de las indicaciones impartidas por los superiores jerárquicos constituyen, en sí mismos, una eventual amenaza para los derechos del asalariado; o de defensa cuando la lesión ya se ha consumado de modo que el cumplimiento de las órdenes empresariales –expresión de dicha situación de ataque ilegítimo a los derechos que constituyen el patrimonio personal del trabajador– contribuiría a la prorrogación de dicha situación¹⁹⁶.

Puede, por último, concluirse la clasificación del *ius resistentiae* abordando el ámbito de ejercicio del mismo y distinguiendo entre su dimensión individual o colectiva. Axiomática resulta, como es sabido, la enunciación de la autotutela como elemento central en la propia acción colectiva de los trabajadores en la empresa puesto que la finalidad perseguida por la representación unitaria y sindical es la protección de los propios intereses de los asalariados. La cuestión a la que se dedicarán las siguientes páginas se limita a la aplicabilidad del derecho de resistencia de carácter individual como técnica de tutela de la propia posición subjetiva del trabajador. Tomando en consideración la plasmación positiva del *ius resistentiae* sólo en determinados supuestos, se pretende la búsqueda de apoyos jurídicos que sirvan de sustento a la operatividad, en el mundo de las relaciones subordinadas de trabajo, de los medios individuales de tutela de los intereses jurídicos ilegítimamente lastimados como consecuencia de un ejercicio extralimitado del poder empresarial de dirección. La noción de *ius resistentiae* que interesa a dichos efectos es aquella que se refiere al mismo como el derecho subjetivo que dota al trabajador de la facultad para actuar en la defensa de sus propios derechos. Aceptación que conlleva, por tanto, la atribución de un «contrapoder» opuesto al poder empresarial y encaminado a neutralizar todas aquellas manifestaciones del vínculo jerárquico que une al acreedor y deudor de la prestación

¹⁹⁶ BETTI, E., «Autotutela (Diritto privato)», en Enciclopedia del diritto, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1959, pp. 529-530.

cuando los instrumentos a través de los cuales se expresa el poder empresarial se revelan contra derecho¹⁹⁷.

No cabe duda de que la actuación ilícita del empresario en ejercicio de las facultades que legítimamente tiene atribuidas puede merecer la reprobación judicial si es que el trabajador decide acudir a la jurisdicción a fin de ver amparados sus derechos. Pero la cuestión fundamental pasa por determinar si dicha tutela jurisdiccional puede verse conjugada con la propia autotutela individual que pudiera desplegar el trabajador afectado por la ordenación irregular del trabajo para, de este modo, conseguir mayor efectividad en la defensa de la posición subjetiva que le es propia en tanto deudor de la prestación de servicios pactada. Lo dicho comportaría el reconocimiento de un derecho cuya titularidad pertenece al personal laboral, conforme al cual el trabajador estaría habilitado para sustraerse de una situación perjudicial causada por órdenes o instrucciones que sobrepasan los límites que confinan el ejercicio del poder de dirección. Y todo ello sin que dicho enfrentamiento con los superiores jerárquicos pudiera merecer la calificación de incumplimiento contractual y, subsiguientemente, la puesta en marcha la maquinaria punitiva empresarial. Esta consideración no es más que la extensión de las posibilidades de defensa que tradicionalmente le han sido reconocidas al trabajador. A la acción social de carácter colectivo¹⁹⁸ y a la autotutela individual extintiva en caso de incumplimiento contractual del empresario (art. 50 ET), se le añadiría un derecho de reacción cuyo origen se corresponde, en definitiva, con la invasión ilícita en la esfera jurídica que ocupa el asalariado por medio de un ejercicio indebido del poder de dirección.

2. Posiciones doctrinales sobre la admisibilidad del derecho de resistencia

2.1. La clásica oposición al *ius resistendae*: un reclamo a la supremacía empresarial

La unilateralidad del poder del empresario, el mando único y autoritario en el seno de las unidades productivas, ha constituido un hecho confirmado normativamente desde los albores del ordenamiento jurídico laboral. Tal configuración del poder patronal hundió sus raíces y adquirió consistencia jurídica en épocas pasadas donde el modelo empresarial defendido por las tesis comunitarias de marcada impronta germánica encontró resguardo en nuestro país bajo el contexto político y jurídico

¹⁹⁷ FERRANTE, V., *Potere e autotutela...*, cit., p. 200.

¹⁹⁸ Tal y como tienen declarado nuestros jueces y tribunales, «el ordenamiento jurídico debe prestar los medios para la coherencia de la acción sindical dentro del Estado de Derecho, que supone institucionalizar el derecho de resistencia y evitar que la acción sindical se ejercite por otros medios. El derecho debe prestar los mecanismos efectivos para fomentar la unidad de los trabajadores como presupuesto y esencia de la libertad sindical». Así en STSJ Navarra, 13 octubre 1992 (AS/4740); STSJ Canarias, 31 mayo 2006, (AS/2027) y STSJ Galicia, 26 febrero 2001 (JUR/129415).

sostenido por el régimen político franquista entonces imperante. Heredera de aquellos tiempos resulta la estructura jerarquizada de las empresas, si bien atenuada en nuestros días, aunque de ningún modo pueda decirse que haya sido abrogada la verticalidad que estructura y ordena la prestación subordinada de servicios. Es fácil observar que el poder de mando sigue mostrando una amplia reticencia a tolerar formas de participación, de modo que las decisiones directivas de la actividad productiva muy excepcionalmente permiten cualquier tipo de intervención de los representantes de los trabajadores y muchos menos de estos mismos individualmente considerados. Las escasas fórmulas de participación de los trabajadores en el desarrollo de las prerrogativas empresariales quedan en el común de las veces reducidas al ámbito de ejercicio de otro tipo de facultades también de titularidad patronal sin que en la práctica se hayan articulado mecanismos que permitan compartir el mando empresarial o, al menos, consientan la negociación sobre ciertas parcelas atribuidas al desempeño del poder directivo en los lugares de trabajo.

Dicho esto, y teniendo presente que la redacción de los arts. 5. 1, *c* y 20 en el ET de 1980 moderó el aludido cariz totalitarista que habían ostentado las facultades de dirección al reconducir su ejercicio a los confines del objeto del intercambio contractual, conviene señalar que la traducción de la imperativa sujeción del poder directivo a los términos de la regularidad ha sido durante un largo período de tiempo más bien tímida. Inicialmente la introducción de elementos normativos que requieren del empleador un respeto hacia lo pactado en el contrato y previsto en la normativa de legalidad ordinaria no es más que la apuesta del legislador por buscar un reequilibrio entre la capacidad de disposición de las partes del contrato sobre el objeto del mismo. Ahora bien, esta operación normativa se ve significativamente privada de eficacia real si el respeto al nexo contractual existente no tiene proyección más allá del plano declarativo e impide a uno de los contratantes disfrutar en la práctica de los derechos que tiene reconocidos. En otras palabras, resultaría más que cuestionable la presencia de una verdadera limitación legal del poder de dirección mientras que se impida al trabajador afectado por una orden o disposición imperativa del empleador vulneradora de alguno de sus derechos hacer valer el mismo en el preciso momento en que fuera exigible su obligación de sujeción a los mandatos empresariales.

Sea como fuere, tanto si lo que se le exige al trabajador es una conducta activa o una actuación que se limite a sobrellevar las consecuencias de una decisión patronal, la hipotética facultad de autotutela del trabajador ha venido siendo durante mucho tiempo negada en sede doctrinal a resultas, sin duda, de un clásico conservadurismo que aún hoy continúa dominando las estructuras de organización y dirección en la empresa,

constituyendo un particular reflejo del mismo la intensidad con la que usualmente viene siendo concebido el principio jerárquico. No se pretende con esto insinuar que no hayan sido debidamente contempladas las limitaciones a las que ha de ajustarse el ejercicio del poder directivo y que no se le hayan reconocido al trabajador sus correspondientes derechos cuando se ven envueltos en situaciones de conflicto con el desempeño de las prerrogativas de quien dirige y ordena la prestación laboral. En realidad, lo que ha venido constituyendo una resbaladiza y escabrosa cuestión es la atribución al trabajador de una facultad general para actuar con carácter previo a la comisión empresarial de la lesión. Al contrario, sin embargo, de lo que sucede con la contraparte contractual, quien no sólo puede emprender actuaciones de carácter defensivo a través del ejercicio de su poder disciplinario cuando asiste a un incumplimiento contractual del trabajador que le está causando o le ha provocado un perjuicio real en sus intereses, sino también cuando dicho agravio todavía no se ha producido y con la intervención sancionatoria lo que se pretende es justamente evitar la actualización de un daño¹⁹⁹.

Una simple mirada a los principales estudios doctrinales europeos de mediados del siglo pasado basta para constatar que cuando se trata de abordar las posibilidades que tiene el empleado para enjuiciar la legitimidad de lo dispuesto a través de los mandatos del empresario salen siempre a colación las nociones de mesura y prudencia. Corolario de la empresa estructuralmente jerarquizada y autoritaria resulta, por tanto, el habitual confinamiento de una posible potestad del trabajador relativa a la valoración de las órdenes e instrucciones de su superior a unos «estrechos y rigurosos límites»²⁰⁰ pues, se aduce repetidamente, si el trabajador se pudiera alzar en definidor de su deuda laboral, la gobernabilidad de la empresa no sólo sería una tarea demasiado ardua, sino que además habría de reinar el desorden y la indisciplina, todo lo cual redundaría negativamente en el solvente rendimiento de la organización. Desde la comprensión de la obediencia debida en notoria analogía con la fidelidad exigible al trabajador, se entiende que todo acto de desobediencia comporta negativas repercusiones morales, económicas o técnicas para el conjunto de la fuerza de trabajo, rompe la armonía que debe presidir el desarrollo ordinario de la actividad productiva siendo, al fin, incompatible con el interés empresarial y los propios objetivos de producción. De modo que a lo que ulteriormente conduce todo este planteamiento es a la frágil admisión de ciertos límites que condicionan el ejercicio del poder discrecional de la dirección sin que, a la postre, tales restricciones tengan proyección inmediata sobre la capacidad del trabajador para decidir si acatar o no las directrices empresariales que resultan ilegítimas

¹⁹⁹ Vid. FERRANTE, V., *Potere e autotutela...*, cit., p. 319 y GIL y GIL, J.L., *Autotutela privada y poder disciplinario de la empresa*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 20.

²⁰⁰ ARDAU, G., *I poteri discrezionali...*, cit., p. 105.

de la aplicación de tales límites²⁰¹. En síntesis, se desdeña todo tipo de insubordinación y se aboga por la imposibilidad de controlar los mandatos impartidos por el superior jerárquico en el ámbito de la relación laboral. Lo que en realidad viene a comportar la presunción, *a priori*, de la legitimidad de los mismos.

El *ius resistentiae* comporta, en definitiva, despojar a las órdenes patronales de la presunción *iuris tantum* de legitimidad que tradicionalmente las ha acompañado para validar el juicio efectuado por el trabajador hasta que la instancia judicial tenga oportunidad de pronunciarse al respecto. En ese intervalo de tiempo, se ha dicho, las conjeturas o sospechas en relación con la regularidad o irregularidad de la orden pueden afectar negativamente al orden y disciplina de la empresa y además, se corre el riesgo de que el trabajador haga un uso indebido o abusivo de ese derecho que ponga en peligro la estrategia empresarial y cause perjuicios en la organización y producción de la empresa. Sin embargo, sirva en este momento simplemente reparar en que obvia este argumento que el reconocimiento de un derecho de resistencia no excluye ni es alternativo al deber del trabajador de obrar con diligencia y buena fe. De modo que al socaire de una apropiada aplicación de estas consideraciones (que no exonere del castigo disciplinario a quien se comporta de forma gravemente anómala amparándose en el reconocimiento de un derecho) se procede a equilibrar de forma coherente las situaciones jurídicas implicadas al margen de posiciones ya anquilosadas en relación al tema que se estudia, presididas, parece, por el afán de preservar a toda costa la jerarquía empresarial.

Posiciones sustancialmente más moderadas se dejan entrever entre la doctrina científica de nuestros días donde la línea mayoritaria, sin defender de forma tajante y concluyente el asentamiento en el ordenamiento laboral de un derecho de resistencia, se hacen eco de la inexcusable necesidad de amortiguar los problemas de incertidumbre a los que se enfrenta el trabajador receptor de un mandato irregular y que ha venido acarreado a lo largo de todo este tiempo una vacilante práctica jurisprudencial. En concreto, mientras que algunos estudios han mostrado una cierta hostilidad ante la posibilidad de que las excepciones al *solve et repete* se pudieran ver ampliadas, poniendo especial énfasis en la inseguridad jurídica que atenaza los criterios jurisprudenciales que versan sobre este asunto (principalmente debidos a la indeterminación de los propios términos empleados para identificar los supuestos excluidos de la obediencia inexcusable del trabajador)²⁰², otra corriente doctrinal propone como solución más acertada que los tribunales, en especial el TS, actualicen la versión que se halla vigente de dicho principio jurídico, optando por dibujar con trazos

²⁰¹ Así puede deducirse de la tesis mantenida, entre otros, por ARDAU, G., *I poteri discrezionali...*, cit., pp. 105-107.

²⁰² RIVERO LAMAS, J., «Art. 20...», cit., p. 315

más nítidos los supuestos exceptuados de la regla aludida y, simultáneamente, haciendo una interpretación extensiva de los mismos²⁰³. En todo caso, como puede observarse, tales planteamientos se asientan en el *solve et repete* como pauta general a partir de la cual abordar el alcance de la obediencia del trabajador y, a la par que la jurisprudencia anteriormente estudiada, se confinan las posibilidades de ejercicio del *ius resistentiae* del trabajador a específicos supuestos necesitados de mayor o menor gravedad en función del autor estudiado²⁰⁴. Es más, en alguna ocasión se subraya que la posición

²⁰³ RODRÍGUEZ PIÑERO, M., «Obediencia debida...», cit., p. 17.

²⁰⁴ En nuestro ordenamiento avanzaba GRIJALBA, A.R., *El contrato de trabajo...*, cit., p. 180, que el obrero está en su derecho a «rehusar la obediencia debida al patrono cuando se trate de órdenes ilegales o inmorales. Pero dentro de los límites autorizados por la moral y por la ley» y MONTOYA MELGAR, A., «Dirección y control...», cit., p. 144, sintetizaba la opinión reinante entre la mayor parte de nuestra doctrina al afirmar que las órdenes patronales «que vulneren de modo patente y grave la dignidad del trabajador no generarán en éste obligación de obediencia, al no haber actuado el empresario en el ejercicio regular de sus facultades de dirección». Con mayor detenimiento, en *El poder de dirección del empresario*, cit., pp. 246- 258, dicho autor sostiene la procedencia de un *ius resistentiae* frente a órdenes que compelen al trabajador a realizar actos objetivamente ilícitos, «cuyo resultado sea la violación de un precepto civil o meramente moral»; cuando implican «un manifiesto y grave perjuicio, de cualquier tipo que sea, para uno o más trabajadores o para terceros, o para la empresa en su generalidad»; los supuestos de desobediencia técnica; cuando el mandato versa sobre tareas o condiciones de trabajo absolutamente ajenas a lo pactado o imponen trabajos que desbordan el marco de obligaciones dimanantes de su categoría profesional. Finalmente, en relación a un concreto tipo de mandatos cuyo contenido limita la libertad del trabajador en el ámbito laboral (v. gr. las prohibiciones de hablar, de beber o de comer), siembre que pretendan satisfacer intereses «ciertos y serios» de la empresa, defendía GARCÍA NINET que lo que procede es interpretar el *ius resistentiae* de forma restrictiva «pues las más de las veces los daños por infracción de estas simples obligaciones negativas son irreparables, mientras que el perjuicio producido al trabajador al imponerse alguna vez caprichosamente estas abstenciones es absolutamente inferior, y rápidamente subsanable acudiendo a la autoridad laboral competente, si estima lesionados sus derechos» («El deber de obediencia...», cit., p. 891).

Entre la doctrina italiana, BARASSI, L., *Elementi di diritto...*, cit., p. 132, define el *ius resistentiae* como la «facoltà per il lavoratore di sindacare gli ordini che egli riceve in relazione solo alla possibilità che essi entacchino i diritti che la legge o il contratto collettivo e individuale gli assicurano. Quindi riguardo al limite di durata del lavoro, o alla pericolosità del lavoro, o al limite della qualifica». Con posterioridad otros autores abordan el estudio de este derecho restringiendo palmariamente su alcance. En esta línea, SCOGNAMIGLIO, R., *Diritto del lavoro*, 5ª ed., Jovene, Napoli, 2000, pp. 460 y 464, se opone a que el trabajador pueda legítimamente negarse a cumplir la prestación requerida, a salvo de las órdenes e instrucciones patronales que puedan ser consideradas, a primera vista, atentatorias de las normas imperativas, del orden público o de la costumbre. Por su parte, MOCELLA, M., «Limiti al potere direttivo e diritto di resistenza del prestatore di lavoro», en *Riv. It. Dir. Lav.*, vol. II (2000) p. 1095, señala que la solución más equilibrada es la de entender que el trabajador debe en todo caso obedecer las órdenes e instrucciones recibidas exceptuando aquellos casos en los que las mismas atenten contra derechos reconocidos constitucionalmente o sean manifiestamente contrarias a lo dispuesto en la ley. Mientras que cuando el mandato empresarial se aleja de lo convenido en el pacto contractual, el trabajador no puede poner en discusión la autoridad empresarial («il lavoratore è tenuto ad adempire alla propria obbligazione lavorativa secondo buona fede e correttezza», de modo que «potrebbero ritenersi dovute anche prestazioni non esattamente dedotte in contratto»), y ello principalmente en las empresas y unidades productivas de reducidas dimensiones en las que la relación entre el asalariado y el dirigente de la prestación se revela particularmente estrecha. Otro sector doctrinal, sin embargo, ampara el derecho a rechazar las órdenes que impongan una determinada actividad o comportamiento extraño a lo pactado por contrato. En este sentido se manifiesta CHIECO, P., *Poteri dell'imprenditore...*, cit., pp. 29-30, quien retiene que el trabajador puede legítimamente desobedecer cuando tenga que seguir directivas que exijan un comportamiento *contra legem*, prestaciones nocivas en razón del incumplimiento del empresario de la obligación de preservar la salud y la integridad física del trabajador, ordenen la realización de funciones inferiores a las contratadas, o se trate de órdenes impartidas en violación de una práctica empresarial que

más equilibrada es la de entender que las órdenes impartidas por el empresario y destinadas a especificar el contenido de la prestación debida son inmediatamente ejecutivas, estando el trabajador obligado a acatar los mandatos recibidos a salvo de los matices dispuestos por la doctrina jurisprudencial imperante. Se le recomienda, en aquellos casos en los que proceda el ejercicio del *ius resistentiae*, proceder con cautela pues se trata de un «remedio extremo»²⁰⁵ que atenta contra la certeza jurídica del conjunto del tejido empresarial.

2.2. Indagaciones en torno a la cobertura justificativa de la desobediencia a las pretensiones ilegítimas del empresario

Como punto de partida puede destacarse que el derecho a negar el cumplimiento de la prestación no debida, y a poner resistencia a las pretensiones ilegítimas del empleador y de los mandos intermedios de la organización empresarial, ha recibido un considerable apoyo desde las líneas doctrinales aunque el *iter* argumentativo aducido para justificar tal posición se vislumbra de lo más variado. Ciertamente, para una completa aproximación al tema resulta conveniente dirigir la atención hacia la contribución de la doctrina italiana en torno a la fundamentación jurídica de la autotutela individual del trabajador. En el comienzo del discurso no puede faltar una mirada al *Codice Civile*, texto en el que se recoge el poder que ampara al empresario para dirigir la prestación de trabajo subordinada y el correspondiente deber de obediencia pero que carece de cualquier referencia similar al ET en la que se haga mención explícita a la necesidad de que el ejercicio de las facultades de mando sea regular. La negativa a cumplir una orden patronal ilegítima no sólo se halla desprovista de una específica disciplina en el ámbito de las relaciones laborales sino que, además, no puede entenderse que dimana, de manera directa e inequívoca, de la recepción legal de los deberes y obligaciones contractuales de las partes. Es ésta la razón principal que explica las diferentes elaboraciones doctrinales existentes para dar respuesta a los interrogantes que suscita el fundamento jurídico de los supuestos de legítima desobediencia.

De modo similar a como ha ocurrido en nuestro ordenamiento, tanto la jurisprudencia como la doctrina han apreciado la existencia de determinadas circunstancias que exculpan la inobservancia por parte del asalariado de la obligación de obedecer que le es propia en tanto deudor de la prestación de trabajo. En este orden

pueda reconducirse a las costumbres y usos empresariales. De igual manera, VALLEBONA, A., *Tutele giurisdizionali...*, cit., p. 124.

²⁰⁵ GIL Y GIL, J.L., *Principio de la buena fe...*, cit., p. 339.

de cosas, apreciándose escasas excepciones²⁰⁶, se ha estimado legítima la desobediencia de las órdenes e instrucciones toda vez que se pudiera acreditar que la actuación empresarial era disconforme a los límites que vienen impuestos al poder directivo por el orden constitucional vigente, la normativa correspondiente o en virtud del acuerdo consensual suscrito. Los argumentos aducidos para justificar la conducta desobediente del trabajador han sido, por el contrario, de lo más dispar aunque los que han centrado el debate pueden reconducirse a las dos posturas siguientes: por un lado se acude a los instrumentos predispuestos en la normativa civil a fin de proteger el equilibrio sinalagmático (la ilegitimidad del mandato patronal se concibe como un incumplimiento contractual del empresario frente al que cabe reacción en idéntico sentido) y, por otro, se reclama la propia incapacidad de la orden ilegítima para producir efecto alguno.

Primeramente hay que poner de manifiesto que la jurisprudencia que admite como justificada la negativa del trabajador a cumplir las órdenes que suponen una extralimitación las facultades directivas acude de forma reiterada al principio general «*inadimplenti non est adimplendum*»²⁰⁷. La conocida como excepción de incumplimiento contractual prevé que cualquiera de las partes de un contrato sinalagmático puede incumplir la propia obligación allí donde la contraparte incumpla la suya. Tal posibilidad se excluye cuando las concretas circunstancias del caso (relativas al momento en el que se sustancian los respectivos incumplimientos, la proporcionalidad y causalidad de los mismos) convierten la desobediencia del trabajador en un comportamiento contrario a la buena fe (art. 1460 *c.c.*)²⁰⁸. Pues bien, ha sido la doctrina italiana más reciente la que con mayor ímpetu ha defendido el recurso a este remedio sinalagmático como instrumento jurídico que ofrece una explicación solvente de la vigencia del *ius resistentiae* en el campo de las relaciones laborales. Las elaboraciones más acabadas arrancan de la revalorización del contrato de

²⁰⁶ Sostiene la Corte de Casación en sentencia de 16 de enero de 1996, núm. 307, con nota de SAISI, C., «Brevi note in materia di *exceptio inadimplenti contractus* nel contratto di lavoro subordinato», en *Riv.It.Dir.Lav.*, vol. III (1996), p. 536, que en el ámbito de las relaciones laborales, «l'illegittimità del comportamento tenuto dal datore di lavoro non può giustificare da parte del lavoratore l'inesatto adempimento dell'obbligo di rendere la prestazione lavorativa».

²⁰⁷ Vid. MUGGIA, S., «Ordine illegittimo del datore di lavoro e autotutela del dipendente», en *Dir.Lav.*, vol. III (2001), pp. 763-765. En la jurisprudencia española aparece en parte reflejada esta doctrina y se ha señalado, si bien de forma bastante minoritaria, que en los supuestos de legítima desobediencia individualizados judicialmente, esto es, en los casos en los que se impone la virtualidad del *ius resistentiae* por concurrir una causa de justa desobediencia, estaría jugando a favor del trabajador «la "exceptio" de contrato no cumplido por el empresario». Así en STSJ Canarias, 11 marzo 1997 (AS/663); STSJ Madrid, 20 junio 2000 (AS/5754); STSJ Galicia, 25 octubre 2001 (JUR/295004) y STSJ Extremadura, 2 junio 2006 (JUR /211739).

²⁰⁸ Sobre este asunto, con particular referencia al contrato de trabajo subordinado, tiene declarado la *Corte di Cassazione* que cuando el incumplimiento del empleador no es grave, el rechazo del dependiente a cumplir las obligaciones nacientes de su contrato, en este caso, su deber de obedecer, no encuentra justificación por atentar contra la buena fe debida. Vid. VALENTE, L., «L'exceptio inadempimenti contractus nel rapporto di lavoro. Un esempio di autotutela individuale come risposta al mancato pagamento della retribuzione», en *Riv.Giur.Lav.*, núm. 4 (2004), p. 714.

trabajo como fundamento exclusivo del poder de dirección y consideran que precisamente la sistematización dogmática del contrato es el mecanismo que puede ofrecer mayores garantías a los derechos de los trabajadores.

Las posibilidades que se apuntan son varias. No obstante, entre los criterios expuestos, ha sido significativa la teoría que atribuye a las órdenes e instrucciones empresariales la cualidad de actos de ejecución del contrato de trabajo, de modo que cuando los mismos sobrepasan los límites de la prestación convenida en el pacto contractual y la actuación empresarial resulta irregular, la consecuencia jurídica no pasaría por privar de todo efecto jurídico al mandato patronal proclamando su nulidad, sino por la atribución a la intervención patronal de la condición de incumplimiento contractual²⁰⁹. La dirección del trabajo que esquivaba las reglas que disciplinan el ejercicio de tal poder constituiría propiamente una infracción de las obligaciones derivadas del acuerdo contractual y, conjuntamente, una actuación contraria a la buena fe que vincula a las dos partes durante la ejecución del contrato, siendo éste el motivo sustancial que se aduce para invalidar las sanciones disciplinarias de las que sean destinatarios los trabajadores que se nieguen a cumplir las directrices empresariales ilícitas o arbitrarias. Para ser más exactos, considerado el origen negocial de la obligación de acatar los mandatos patronales, la declaración de voluntad empresarial encerrada en las disposiciones directivas conforman ya una ejecución del contrato, de modo que si ésta no responde a los dictados derivados de las normas heterónomas estatales o colectivas o a los términos del acuerdo contractual, es considerada en sí misma un incumplimiento. La obligación contravenida es, en estos casos, la de impartir las órdenes e instrucciones como medio para satisfacer el interés económico perseguido respetando, en todo caso, los límites que vienen impuestos al efecto. Y por tanto, el trabajador puede sustraerse legítimamente de la obediencia a las órdenes impartidas justificando tal comportamiento en el incumplimiento de su contraparte.

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que de acuerdo a la disciplina general que ordena la *eccezione di inadempimento*, entre la obligación incumplida y aquella cuyo cumplimiento se rechaza como consecuencia de la anterior debe existir cierta proporcionalidad. Así pues, salvo en contadas ocasiones, se ha entendido que la desobediencia del trabajador ha de ser «objetivamente razonable y lógica», lo cual sólo será posible cuando en relación a la equivalencia existente entre la ordenación regular del trabajo convenido y obediencia debida, el incumplimiento de las órdenes e instrucciones por parte del trabajador resulte sustancialmente equilibrado a la

²⁰⁹ En esta línea se mueven las reflexiones de FERRANTE, V., *Potere e autotutela...*, cit., pp. 248, 276-280.

extralimitación de poder del empresario²¹⁰. En definitiva, desde este planteamiento, la autotutela del trabajador que se manifiesta a través del recurso del principio general del art. 1460 c.c. únicamente cabe cuando la infracción empresarial reviste gravedad, no así cuando se manifiesta a modo de un leve incumplimiento²¹¹. Se acrecienta así, como podrá preverse, el grado de inseguridad al que se enfrenta el empleado en estas situaciones, avocado a valorar, no sólo la irregularidad del mandato patronal, sino también su gravedad, siendo evidentes, como no puede ser de otro modo, los márgenes dejados a la discrecionalidad del juez que se enfrenta en un momento posterior al enjuiciamiento del conflicto de intereses mantenido.

A su vez, esta forma de tutela se satisface en todo caso por omisión, lo que implica que el trabajador podría suspender el cumplimiento de la prestación ordenada al estimarla ilícita pero, en ningún caso, le estaría permitido acometer por propia iniciativa el cumplimiento de una prestación cualitativamente diversa a la ordenada a pesar de que pudiera considerar que es la más ajustada al trabajo debido o que incluso se acerca en mayor medida a la satisfacción del crédito empresarial. Estos autores parecen excluir, por tanto, del ámbito dispuesto en el art. 1460 c.c. y consecuentemente del campo del legítimo ejercicio del derecho de resistencia, los supuestos de desobediencia técnica. El comportamiento del trabajador constituiría un «cumplimiento incompleto o inexacto» que podría ser válidamente rechazado por el empresario con las posibles consecuencias punitivas para el asalariado²¹². Así, las principales críticas que ha recibido la fundamentación expuesta del derecho de resistencia se centran en su imposibilidad para explicar todas las hipótesis en las que cabe la desobediencia del trabajador y, principalmente, en la noción de incumplimiento contractual sobre la cual no existe una opinión unánime. Lo cierto es que la *exceptio* constituye un cauce jurídico que no se ajusta debidamente a la realidad que plantea el daño en la posición subjetiva del trabajador provocado por el ejercicio irregular del poder de dirección, de ahí que se haya estimado necesario indagar en otras categorías jurídicas que se adapten mejor a la propia y particular realidad del sistema de relaciones laborales.

²¹⁰ Por todas, *Cass.* 23 noviembre 1995, núm. 12121, con nota de CARO, M., «Dequalificazione professionale e strumenti di autotutela», en *Riv.It.Dir.Lav.*, vol. II (1996).

²¹¹ La *Corte di Cassazione*, sección II, advierte en sentencia de 22 de enero de 2000, núm. 699, «che quando l'inadempimento di una parte non sia grave, il rifiuto dell'altra non è di buona fede e quindi non è giustificato». En sentido contrario a esta interpretación se había manifestado REALMONTE quien afirmaba que la escasa importancia del incumplimiento no es un elemento suficiente para obstaculizar la proporcionalidad que se requiere para la oposición de la excepción de incumplimiento. Hay que tener en cuenta, por contra, no sólo el alcance del incumplimiento sino el conjunto de circunstancias concretas en cada caso («Eccezione di inadempimento», en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XIV, Giuffrè, Milano, 1965, pp. 230-231). Un estudio de los presupuestos necesarios para el ejercicio de la excepción de incumplimiento como regla que justifica la oposición asalariada a los mandatos que resulten ilegítimos, en FERRANTE, V., *Potere e autotutela...*, cit., pp. 146-147, 154 y 281-288.

²¹² FERRANTE, V., *Potere e autotutela...*, cit., p. 331.

De otro lado, la segunda línea científica de opinión antes avanzada lo que pone en duda es la afirmación relativa a que toda instrucción empresarial que pueda ser legítimamente contravenida descienda de un incumplimiento contractual. Se subraya que la inobservancia del trabajador a las órdenes ilegítimas de los dirigentes de la organización empresarial no es calificable en términos de excepción de incumplimiento puesto que, cuando las órdenes respecto de las que se exige obediencia al asalariado son ilegítimas, no se está ante un problema relacionado con la ejecución de las obligaciones recíprocas de las partes, sino ante un asunto relativo a la propia existencia de la obligación que atañe al trabajador. Además, recordando que para que proceda el ejercicio de dicho instrumento jurídico es requisito ineludible que coexistan obligaciones recíprocas, se aduce que dicha condición no se cumpliría en el caso de que el ejercicio empresarial del poder de dirección no se atuviera a los requisitos jurídicos que lo delimitan. Y ello porque la orden en la que concluye el desempeño ilegítimo de las facultades directivas no es susceptible de originar en su receptor ninguna obligación, impidiendo, así, que la oposición del trabajador a la misma pudiera ser concebida como un incumplimiento²¹³.

Mientras tanto, los defensores del empleo del mencionado principio general de derecho privado como técnica jurídica capaz de dotar de legitimidad a la desobediencia del trabajador han procurado sortear dicho inconveniente admitiendo que la actuación directiva del empresario, aun ajena al debido respeto de los límites que restringen su ejercicio, da origen a una obligación en el trabajador que por el momento, mientras se mantenga esa utilización ilícita o arbitraria del poder de dirección, no desembocará en una obligación de obedecer que deba ser cumplida por el trabajador. Razonamiento ampliamente criticado por notables representantes de la doctrina italiana, sabedores de que un planteamiento que llevase a secundar la existencia de una obligación que nace sin la capacidad de obligar resultaría sustancialmente errado²¹⁴. En definitiva, se arguye en este sentido que el comportamiento o prestación exigida sólo es contractualmente debida en tanto en cuanto el empresario observa los límites impuestos en el ejercicio de sus prerrogativas jurídicas. Es por esto por lo que se propone como única lectura acertada del art. 2104 *c.c.* aquella que considera a dicho precepto la fuente del deber que

²¹³ Así lo considera tempranamente la sentencia *Cass.* 7 diciembre 1991, núm. 13187, con nota de TULLINI, P., «Poteri privati dell'imprenditore ed esercizio di autotutela contrattuale», en *Riv.It.Dir.Lav.*, vol. II (1992), p. 947. *Vid.* también GHERA, E., «Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato», en *Giorn.Dir.Lav.Rel.Ind.* (1979), p. 336-337; LISO, F., *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Angeli Editore, Milano, 1982, pp. 285-286; PERULLI, A., *Il potere direttivo...*, cit., p. 148 y VALLEBONA, A., *Tutele giurisdizionali...*, cit., p. 137.

²¹⁴ *Vid.*, con mayor detalle, el completo estudio de CESTER, C., y MATTAROLO, M.G., *Diligenza e obbedienza...*, cit., principalmente en las pp. 474-476.

impone al trabajador la observancia de las disposiciones imperativas del empleador cuando éstas son *legítimamente* impartidas por él mismo o por sus colaboradores.

Retornando ya a nuestro ordenamiento, quizás debido al apoyo jurídico que ofrecen los arts. 5, c y 20.2 ET a la regla de la desobediencia debida y, esencialmente, dada la independencia jurídica de la que goza la disciplina laboral respecto a la civilista, el debate científico ha mostrado cierta indiferencia hacia la indagación de los argumentos jurídicos que permitan justificar la aplicabilidad del derecho de resistencia en el seno de las relaciones laborales²¹⁵. Excepción que debe hacerse, no obstante, a algunos estudios pioneros que con maestría han tratado de ofrecer en este ámbito una construcción teórica en torno a la operatividad de este principio. La controversia central, en primer lugar, se ha centrado en analizar si el derecho de resistencia que corresponde a la parte contractual que se sitúa en una posición de inferioridad jerárquica respecto de

²¹⁵ No es extraño que de cuando en cuando, al hilo del análisis de otras potestades patronales no reducidas estrictamente al poder de dirección y ordenación de la prestación laboral, la doctrina haga alusión al derecho de resistencia, si bien, en el común de las veces, a tenor del objeto estudiado, dicha referencia no viene acompañada de la necesaria profundización técnica de los elementos jurídicos que la configuran. En relación a los mandatos patronales que desoyen los periodos mínimos de descanso intrajornada sostenía SALA FRANCO, estando vigente la LRL, que los trabajadores podrían oponerse a trabajar durante la media hora estipulada exclusivamente cuando, en razón de la especial naturaleza de la actividad encomendada, «el comer a pie de máquina resultara atentatorio de la salud o vida del trabajador» [«Configuración jurídica del derecho a media hora de descanso en el régimen de jornada continuada de ocho horas», en *RPS*, núm. 94 (1972), pp. 112-113]. Más cercanos en el tiempo, LÓPEZ AHUMADA apunta que en caso de que el empresario ordene, de forma sistemática y no aislada, continuar el trabajo en el tiempo correspondiente al descanso, el asalariado está facultado para rechazar las instrucciones recibidas. En caso contrario, cuando rara vez se ve menguado el descanso de alguna jornada, como medida excepcional, no cabe la posibilidad de alegar un derecho a resistencia, estando obligado el trabajador a continuar la jornada de acuerdo a lo prescrito por el principio de buena fe. De este modo en «Los descansos comprendidos dentro de la jornada: su aplicación a las relaciones ordinarias de trabajo», en *RL*, vol., II (2004), p. 742. De otro lado, SEMPERE NAVARRO, A.V., «La Ley Orgánica de Protección...», cit., p. 986, entiende justificada la resistencia de la trabajadora víctima de violencia de género cuando el empleador haya procedido a la revocación unilateral de la reducción de jornada que permite el art. 37.7 ET. Asimismo, *vid.* BARTOMEUS PLANA, D., «Contratos para la formación en el trabajo y fraude de ley», en *RL*, vol. II (1989), pp. 123-124 y RABANAL CARBAJO, P., *Los contratos de trabajo formativos*, Dykinson, 2002, p. 114, en relación al ejercicio del *ius resistentiae* frente a la pretensión patronal de exigir una actividad productiva en el tiempo dedicado a la formación. Respecto al poder de vigilancia y control, *vid.* DE VICENTE PACHÉS, F., «Las facultades empresariales...», cit., p. 27. Por su parte, SAMPEDRO GILLAMÓN, V., «Facultades empresariales...», cit., p. 16, al hacer un estudio sobre las prerrogativas que le asisten al empresario en relación al empleo de vigilantes de seguridad en la empresa, subraya que «si el empresario diera instrucciones y ordenara a los vigilantes de seguridad que realizaran actividades de control respecto a los trabajadores dentro del desarrollo de su trabajo (no dentro de la protección patrimonial del empresario), esas órdenes e instrucciones carecerían de legitimidad tanto subjetiva como objetiva, entendemos que podría reconocerse un “ius resistentiae” predicable tanto del vigilante como de los trabajadores del empresario». En otro orden de cosas, en relación con la ejecutividad inmediata de las sanciones impuestas en ejercicio de las prerrogativas disciplinarias y al margen de las medidas cautelares que en su caso pudieran adoptarse en caso de que la decisión patronal pudiera causar un perjuicio de difícil reparación, indica TERRADILLOS ORMAETXEA, E., *El poder disciplinario...*, cit., p. 146, que el trabajador únicamente está legitimado para ejercer resistencia frente a la sanción aplicada cuando ésta incida en la esfera de un derecho fundamental, es decir, sólo en estos casos en los que se ven involucrados derechos de rango constitucional el asalariado podría oponerse a cumplirla en base al control de proporcionalidad de la misma.

la otra precisa, necesariamente, de una fuente específica, ya sea legal o negocial, que lo reconozca. Algunos autores han negado que dicho derecho tenga ningún alcance si no existe una previsión normativa o contractual a tal efecto, afirmación que, de admitirse, supondría negarle todo efecto a la autotutela del trabajador. Sin embargo, a mi parecer, puesto que sí hay una previsión positiva por parte del ordenamiento jurídico laboral de los límites que confinan el ejercicio legítimo del poder de dirección, aun en ausencia de una norma que explícitamente disponga la aplicabilidad del *ius resistentiae* en los supuestos en los que el empresario contravenga en el ejercicio de su poder tales restricciones, el derecho de réplica es consecuencia inmediata de la configuración técnico-jurídica del propio poder que alberga el ente empresarial y del alcance del deber que sujeta al deudor de la prestación²¹⁶. Tal y como se ha señalado, no es función del intérprete crear una categoría jurídica, en ausencia de una norma expresa, que cumpla por sí misma la labor de justificar el comportamiento del trabajador que decide desobedecer las órdenes recibidas. Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico el derecho de resistencia frente a los mandatos ilegítimos del acreedor contractual encuentra una clara conexión jurídica en los citados preceptos estatuarios cuya consideración aporta sólidos argumentos jurídicos para hacer emerger este derecho.

Cierto es que de tales pasajes no cabe extraer una atribución general dirigida al trabajador para que éste valore la legitimidad de las disposiciones procedentes de un mando jerárquico, pero de los mismos sí se deduce que sólo gozan de fuerza taxativa las órdenes que cumplen el requisito de regularidad. Si se impide al trabajador enjuiciar el ejercicio del poder de dirección que afecta directamente a su prestación o comportamiento, se estaría privando a la norma estatutaria estudiada de toda eficacia real o, si se quiere, de una virtualidad contemporánea al momento esperado para el cumplimiento de la decisión empresarial irregular. Esa presunción de legitimidad que ha acompañado durante mucho tiempo a las órdenes e instrucciones empresariales no es, en realidad, más que el instrumento jurídico que, si no contraviene directamente lo dispuesto en la norma legal, sí al menos puede decirse que le resta efectividad y obstruye el alcance de la específica fórmula que ha dispuesto el legislador a fin de salvaguardar la posición subjetiva pasiva del asalariado ante las manifestaciones desmedidas de la potestad que alberga el contratante más fuerte. La protección que ha querido el legislador queda sensiblemente menoscabada si, como se ha venido haciendo tradicionalmente, se le niega toda posibilidad al trabajador de llevar a cabo una actuación activa en defensa de sus derechos.

²¹⁶ Se trataría de una «autotutela libre», en la denominación empleada por FERRANTE para designar el derecho de resistencia no regulado normativamente (*Potere e autotutela...*, cit., p. 205).

A mayor abundamiento, conforme al sentir de la doctrina más autorizada (durante algún tiempo con el parecer en contrario de gran parte de la jurisprudencia), la desobediencia *justificada* en la que incurre el trabajador a modo de «instrumento de oposición al ejercicio irregular o lesivo del poder de dirección» no constituye un incumplimiento contractual sino un uso legítimo de los derechos que ostenta el propio trabajador²¹⁷. En efecto, cuando las órdenes e instrucciones patronales no derivan de un poder legítimamente desempeñado, deberá convenirse que el trabajador no está obligado por ellas ya que se adoptan sin la necesaria cobertura. Si esto es así, no cabe más que afirmar que no son apropiadas las estimaciones en torno a la gradación cuantitativa o cualitativa del incumplimiento, pues la negativa del trabajador a observar las órdenes empresariales irregulares hace desvanecer la premisa primigenia: la existencia misma de una infracción²¹⁸. Por otra parte, como se ha visto, la doctrina judicial en numerosas ocasiones se ha hecho eco sólo en parte de estos postulados puesto que, resumiendo, se aporta abrigo a supuestos de justificada desobediencia, no de un modo general o abstracto, reconociendo un derecho y atribuyendo tal condición a toda contestación de un ejercicio irregular del poder de dirección, sino únicamente ante los casos o eximentes que expresamente recoge (si bien, cada vez con mayor generosidad, contemplando supuestos más amplios). Además, entre las variables oracionales empleadas habitualmente en el *corpus* de los pronunciamientos judiciales se evita con frecuencia hablar de la desobediencia del trabajador como un ejercicio lícito de un derecho de resistencia. Llegando a la misma conclusión, pero empleando términos bien distintos que le restan firmeza a la concepción del *ius resistentiae* como legítimo derecho subjetivo, se menciona que en estos supuestos es razonable la desobediencia del trabajador o, escuetamente, que cabe el incumplimiento de los mandatos dados sin que pueda apreciarse quebrantamiento de deber alguno susceptible de sanción.

²¹⁷ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., «La indisciplina...», cit. p. 152. *Vid.*, también, GORELLI HERNÁNDEZ, J., «Deber de obediencia...», cit., pp. 85-87 y 93; ROMÁN DE LA TORRE, M^a D., *Poder de dirección...*, cit., p. 375 y RIVERO LAMAS, J., «Art. 20...», cit., p. 315.

²¹⁸ En este sentido, «no es que la desobediencia *justificada* del trabajador, como instrumento de oposición al ejercicio irregular o lesivo del poder de dirección del empresario, merezca únicamente una sanción inferior a la del despido, sino que ni siquiera sea constitutiva de incumplimiento contractual», PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., «La indisciplina...», cit., p. 152. En la misma dirección, «el derecho de resistencia, al considerarse como justificación del cumplimiento, no debe ser incluido como un simple elemento que reduce o gradúa la culpabilidad del trabajador; al contrario, juega en un estado previo, como elemento que ayuda a definir si hay o no incumplimiento contractual», GORELLI HERNÁNDEZ, J., «Deber de obediencia...», cit. pp. 85-87. Específicamente, en relación al mandato empresarial de desarrollar la prestación laboral en evidentes condiciones de inseguridad o peligrosidad, sostiene FERNÁNDEZ MARCOS, L., «Seguridad e higiene», en AA.VV. (Dir. Borrajo Dacruz, E.), *Comentarios...*, cit., p. 94, que «no puede hablarse de desobediencia al no darse las circunstancias para crear una deuda en el trabajador». *Vid.*, asimismo, PÉREZ DE LOS COBOS, F., «La Directiva Marco sobre medidas de seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo y la adaptación del Ordenamiento Español», en *RL*, vol. I (1991), pp. 1239.

En mi opinión, la expresión definitoria más acertada es la de entender que los mandatos empresariales fruto de un ejercicio ilegítimo de las prerrogativas patronales conforman, en verdad, órdenes impartidas sin poder, desprovistas de validez y eficacia y, consecuentemente, carentes de fuerza obligatoria susceptible de provocar efecto alguno en la posición subjetiva del trabajador²¹⁹. De tales observaciones se extrae, por tanto, la inexistencia de una obligación de obediencia a cargo del trabajador en estos casos. Asimismo, lo que se pretende poner de relieve, sin desconocer lo resbaladizo de esta cuestión es que, tras la constatación del error sistemático con el que viene operando cierta jurisprudencia al concebir la subordinación que define la relación laboral como un impedimento para que el asalariado promueva individualmente el desarrollo de sus derechos en la esfera en la que se desenvuelve el contrato de trabajo, adquiere cuerpo la idea según la cual, si la orden es ilícita o irregular, no sólo está justificada la actitud desobediente del trabajador, sino que además se convierte ésta en un medio idóneo para hacerle ver al acreedor la naturaleza ilegal de la orden impartida²²⁰.

En fin, suscribo el parecer, también formulado más atrás, de quienes han sostenido que la autotutela individual del trabajador y, consecuentemente, el ejercicio del derecho de resistencia, no está técnicamente condicionado a la previa verificación judicial del ilícito empresarial. Ello no impide constatar que el pronunciamiento judicial que declara la irregularidad empresarial libra al trabajador de cualquier duda que pudiera albergar acerca de la resistencia ejercida, sin embargo, tal reconocimiento no puede entenderse como un presupuesto jurídico insoslayable para reaccionar frente al desbordamiento, por parte del empresario, de las condiciones constitucionales, normativas y negociales que limitan el ejercicio de sus prerrogativas. Como ha sido acertadamente observado, en este ámbito es preciso tomar distancia del componente autoritario que tradicionalmente ha centrado la configuración de nuestra disciplina y aproximarse al ejercicio del poder empresarial desde una renovada perspectiva, la que tiene presente el sistema democrático de relaciones laborales y conforme al mismo acomete el estudio del poder empresarial en el contexto de los derechos válidamente reconocidos a ambos contratantes²²¹.

3. El soporte legal del derecho de resistencia

Retomando la idea avanzada anteriormente, la intervención del legislador en la proclamación de regularidad que necesariamente ha de acompañar a las órdenes e

²¹⁹ Afirma MOLINA NAVARRETE, C., «Art. 5...», cit., p. 153, que en estos casos «no existe sino simple apariencia de orden».

²²⁰ Vid. PANUCCIO, V., *Le dichiarazioni...*, cit., pp. 125-126.

²²¹ BAYLOS GRAU, A., «La autotutela...», cit., p. 39.

instrucciones empresariales, si bien a través de una escueta reseña legal, se traduce en la consagración técnico jurídica de la ilicitud de las órdenes e instrucciones empresariales que se exceden de los límites impuestos, ahora que, con mayores dificultades puede afirmarse que los arts. 5, *c* y 20.2 ET constituyen la positivización de un especial mecanismo para acotar el ejercicio legítimo del poder de dirección pues, en lo que aquí más importa, al prever el deber que sujeta al empleado, mantiene un inoportuno silencio sobre la posibilidad jurídica que asistiría al trabajador para inobservar las directrices irregulares y se olvida de establecer garantías que hagan efectivo ese derecho. Así pues, lo que cabe reprochar a los preceptos legales estudiados es su excesiva concisión para un momento histórico en que la realidad de las relaciones laborales, mucho más compleja y abierta que en los años de su elaboración, convive con fuerzas que empujan hacia la senda de la flexibilización y del auge del poder empresarial y con persistentes requerimientos al asalariado en relación con un mayor compromiso con los objetivos de la organización. Hoy en día no puede soslayarse que el ente patronal goza de mayor capacidad potencial para agredir los legítimos derechos individuales del trabajador mientras que la capacidad de reacción del trabajador persiste inalterable²²².

La ya explicada reestructuración jurídica de los poderes empresariales ha contribuido a difuminar las fronteras que tradicionalmente habían separado las distintas facultades y confinado las prerrogativas de dirección a la concreción de la prestación intramuros del contrato. El fortalecimiento de las potestades que ahora autorizan al empresario para requerir alteraciones y adaptaciones de la actividad inicialmente pactada a fin de ajustar la misma a los intereses de la empresa, no se ha visto compensado con ningún tipo de contraprestación que otorgue seguridad a la posición jurídica del trabajador y le proporcione útiles herramientas que protejan los bienes jurídicos que se ven expuestos por el ejercicio de tales facultades. Éste vuelve a ser, de nuevo, un punto de alejamiento de la lógica y estructura bilateral de la relación de trabajo. De modo que, a mi parecer, ello que en un principio fue suficiente, la conexión entre obediencia y regularidad contenida en el ET, demanda ahora un apoyo específico dados los escasos y decepcionantes resultados que ha tenido tal formulación en la práctica.

²²² Señala RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «Poder de dirección...», cit., pp. 31-32, que la demanda de flexibilidad ha provocado una remisión del contenido protector del Derecho del Trabajo y una reordenación de las fuentes de regulación del contrato, circunstancias éstas que han supuesto, en última instancia, «una ampliación del espacio de libertad contractual, en el marco de una tendencia general hacia el individualismo y, también, una ampliación del espacio de disposición del poder de dirección. Este “revival” de la libertad contractual en el contrato de trabajo, tendencia difícilmente reversible, plantea al Derecho del Trabajo la necesidad de nuevas formas de control de la autonomía contractual y del poder de dirección, también fuera de los controles adicionales que supone la regla inderogable».

El ejercicio de los legítimos derechos por parte del trabajador que se enfrenta al poder extralimitado de su empleador es harto problemático, con soluciones que difícilmente se dejan entrever en los casuísticos pronunciamientos judiciales. Precisamente porque la ilicitud o irregularidad del mandato impartido constituye el factor que exculpa la inobservancia de la orden, se aduce que la intervención disciplinaria del empresario no tiene cabida cuando existe una causa o razón que justifica la desobediencia del trabajador. Ahora que la elaboración teórica jurisprudencial no hace alusión ni reconocimiento alguno a uno de los componentes esenciales del derecho de resistencia: la réplica del trabajador en atención a las limitaciones al poder de dirección empresarial que frenan su deber de obediencia exige como trámite previo a su ejercicio una valoración subjetiva operada por el trabajador de la orden o instrucción recibida y, consiguientemente, que se conceda a este mismo la protección adecuada en caso de una valoración equivocada, de forma que quede garantizado el efectivo ejercicio de este *ius resistentiae* frente a las represalias disciplinarias que el empresario quisiera hacer derivar de tal conducta.

Parece plausible mantener, sin embargo, que esta deficiencia legal de carácter técnico, en todo caso, es subsanable mediante una reinterpretación de los preceptos estatutarios a la luz del nuevo contexto social y laboral, pues el espaldarazo (concentrado en la exigencia de regularidad) a la admisibilidad de la desobediencia justificada es evidente. En resumidas cuentas, podrían verse integradas las actuales carencias que rondan la defensa individual de los propios derechos que asisten al asalariado si, empleando adecuadamente los instrumentos de interpretación que el ordenamiento jurídico pone al alcance del juzgador, se optase por la exégesis más respetuosa con el tenor de los arts. 5, *c* y 20.2 ET; se acercaran a este campo las garantías previstas para el ejercicio del *ius resistentiae* en los casos donde legalmente se contempla su ejercicio; y, en lo que se refiere a la proyección de los derechos fundamentales en el centro de trabajo, se adoptase la interpretación más cercana a la plena efectividad de la llamada «humanización» de las relaciones laborales.

Dicho lo cual, en términos concisos, se puede concluir que los problemas que suscita el tratamiento jurídico de la desobediencia justificada no se deben propiamente a una ausencia de tipificación normativa del comportamiento admitido frente a determinados mandatos patronales, sino que, de forma más cercana, es resultado directo de una interpretación jurisprudencial usualmente desviada de la configuración legal del poder directivo y del correlativo deber que sujeta al empleado subordinado. Y es que el criterio manejado por nuestros jueces y tribunales para resolver este tipo de conflictos se cimienta, con todas las salvedades que se quiera a raíz del palmario retroceso del

principio *solve et repete*, en un argumento objeto de severas críticas doctrinales: la presunción de legitimidad de las órdenes patronales²²³ (que en la práctica se ha venido traduciendo en la virtualidad del principio relativo a la ejecutividad inmediata de éstas)²²⁴. Sorteando, justamente, que mientras que en lo relativo al ejercicio de otros poderes el legislador se ha manifestado tajante (arts. 40 y 41 ET), en relación a las disposiciones directivas no existe un reconocimiento legal expreso de tal calibre²²⁵.

Tales consideraciones, de no emprenderse una reforma legislativa, la cual se vislumbra ciertamente lejana e improbable²²⁶, evidencian lo inexorable y urgente que resulta afrontar jurídicamente, en vía interpretativa y convencional, el reconocimiento sin ambages de un derecho a oponerse al ejercicio ilícito del poder directivo. De hecho, el progresivo resquebrajamiento del viejo «cumple ahora y luego reclama» que hace decaer también la obligatoriedad inmediata de todo mandato empresarial, deja entrever con claridad meridiana nuevos espacios para la configuración del deber del deudor contractual en los estrictos términos de la obediencia justa. En mi opinión, no es conceptual y normativamente necesaria una acción legislativa reformadora que asiente un derecho de autotutela, aunque con ello no se pretenda soslayar que un resorte legal más especializado (a semejanza de aquel que en nuestro país se encuentra sintetizado en ciertos casos de peligro para la seguridad y salud del trabajador) tendría una evidente utilidad pedagógica, a resultas de la cual cabría esperar una mayor sensibilidad entre los intérpretes de las normas hacia la efectiva virtualidad de la desobediencia justa. Con todo, en la línea evolutiva actual del ordenamiento laboral, decaído el afán del Derecho del Trabajo por establecer normas excesivamente proteccionistas, el diálogo conjunto en la empresa y la negociación colectiva se antoja como el mecanismo idóneo para la búsqueda de soluciones en este campo.

Se quiere decir, por tanto, que la vía jurisprudencial y, particularmente, la convencional, asumen un papel destacado a fin de lograr que el *ius resistentiae* sea una opción real, no meramente demagógica, que esculpa firmemente el marco democrático en el mundo actual de las relaciones laborales. No resulta ocioso abundar en que las

²²³ Sobre dicha presunción, por todos, RIVERO LAMAS, J., *Limitación...*, cit., p. 100.

²²⁴ BAYLOS GRAU, A., «La autotutela...», cit., p. 35.

²²⁵ Vid. GORELLI HERNÁNDEZ, J., «Deber de obediencia...», cit., pp. 78-79 y ROMÁN DE LA TORRE, M^a D., *Poder de dirección...*, cit., p. 353.

²²⁶ Sobre la necesidad de articular legalmente el ejercicio del *ius resistentiae* en aras de una mayor seguridad jurídica se manifiesta FABREGAT MONFORT, G., «La posición del trabajador...», cit., p. 30. Ponía sin embargo de relieve MONTOYA MELGAR cómo esta materia es «tremendamente resistente a una regulación uniforme, en cuanto que en ella pugnan dos principios que merecen por igual protección jurídica: por un lado, el principio de jerarquía y disciplina, necesario para la buena organización de la empresa, exige que la obediencia sea prácticamente total; por otro lado, el principio de juridicidad reclama para los trabajadores el derecho de no obedecer sino aquellas órdenes a cuyo cumplimiento vengan obligados» (*El poder...*, cit., p. 247).

soluciones a este tipo de conflictos deben pasar por un análisis singular y ponderado de las circunstancias concurrentes²²⁷ teniendo presente, además, a falta de un asidero normativo específico al que acudir, lo conveniente de extender las garantías al ejercicio de este derecho que recoge el art. 21.4 LPRL a modo de regla general. Sin olvidar que lo relevante, en síntesis, es que la virtualidad de este mecanismo de autotutela radica en la necesidad de arbitrar los medios que sean convenientes para asegurar el disfrute efectivo por parte de los trabajadores de los derechos que las normas, y el propio contrato, le reconocen. Y en este contexto cobra sentido la asignación de un cometido activo, a cargo de los representantes de los trabajadores, que pueda contribuir a dirimir el conflicto suscitado entre el acreedor y deudor contractual²²⁸; la intervención de la negociación colectiva a fin de proveer de la suficiente protección al trabajador que decide resistir frente al poder rector del empresario ejercido irregularmente (invistiéndose de la función de suplir ella misma las carencias de la regulación legal del deber de obediencia); y una interpretación más generosa de la desobediencia justificada por parte de nuestros jueces y tribunales pues, como trata de argumentar este trabajo, es necesario que la obediencia debida se mueva por criterios sólidos, deslindados de viejos principios que cierran los ojos al vigente sistema constitucional de relaciones laborales y no se obligue al trabajador a someterse a un ejercicio irregular en precaución de consecuencias desfavorables para sí²²⁹.

4. Consecuencias jurídicas del reconocimiento del *ius resistentiae*

Es bien cierto que constituye una justa causa de desobediencia la desconexión entre el ejercicio del poder directivo y los límites a los que ineludiblemente éste ha de

²²⁷ Dada la causalidad intrínseca que atenaza la propia noción de desobediencia legítima, algunos autores han señalado la imposibilidad de que se puedan dar soluciones apriorísticas y generales para todos los supuestos. Advierte MOLINA NAVARRETE, C., «Art. 5...», cit., p. 154 que «en esta materia no cabe formulación de reglas demasiado abstractas y generales, sino análisis detenido y contingente de cada caso o grupo de casos, teniendo en cuenta el tipo de trabajo específicamente prestado, el momento y origen de la orden» y BALLESTER PASTOR, I., «Facultades del control empresarial sobre el aspecto exterior del trabajador: límite a la expresión del derecho a su propia imagen en el desarrollo de la prestación laboral», en *TS*, núm. 169 (2005), p. 29, que «ante ciertas órdenes del empleador, el que el trabajador pueda ejercitar su *ius resistentiae* o que deba obedecer y luego, reclamar las mismas depende de cada circunstancia en concreto, de qué tipo de orden o mandato se solicite, y, además, del grado de cumplimiento exigible de la misma». *Vid.*, también, RIVERO LAMAS, J., «Art. 20...», cit., p. 314 y RODRÍGUEZ PINERO, M., «Obediencia debida...», cit., p. 18.

²²⁸ Se dice que «un sistema de relaciones laborales en la época de globalización tendrá que contener un mecanismo que permita a los empresarios y a los trabajadores dialogar de manera continua y cooperativa, en busca de soluciones a los problemas que surgen en la economía o en el lugar de trabajo», OZAKI, M., «Relaciones laborales y globalización», en *RL*, vol. I (1999), p. 184.

²²⁹ Tal y como ha indicado en alguna ocasión el TS (sentencia de 29 de marzo de 1990, RJ/2366), «hay que entender que la conducta de la empresa que, frente a una colisión de intereses, apela exclusivamente a los suyos, olvidando los derechos de los trabajadores, sin ofrecer alternativa que los cohoneste y armonice, no resulta acorde con la exigencia de actuar conforme a los dictados de la buena fe, que también obliga al empresario y con el ejercicio “regular” de sus facultades de dirección» .

sujetarse. Y es que, no hay que olvidar, como premisa inicial, que el *ius resistentiae* supone un subterfugio en manos del asalariado para hacer valer, frente al poder y autoridad empresarial, sus prerrogativas individuales. La resistencia u oposición del trabajador a las órdenes empresariales inicialmente viciadas de ilegitimidad va ligada, por tanto, a la idea de autotutela, pues está encaminada a proveerse de la protección necesaria para salvaguardar sus legítimos intereses. Conduciendo este argumento un poco más lejos, no cabe sino constatar que la contravención de las órdenes e instrucciones empresariales por parte del trabajador, siempre que ésta ostente la índole de grave y culpable, ya viene confirmada normativamente en el art. 54 como causa habilitante de la aplicación de la sanción máxima de la que puede ser merecedor el deudor de la prestación como parte del contrato. De modo que al momento en el que tiene lugar un quebrantamiento de las órdenes dadas le prosigue, puesto que así está previsto legalmente, la asignación de negativas consecuencias de las que va a ser destinatario el autor de dicha conducta. No resulta extraño pensar, consiguientemente, que dicha construcción normativa tiene graves implicaciones en el influjo que todavía hoy la perniciosa presunción de legalidad de las órdenes e instrucciones empresariales sigue manteniendo en los razonamientos jurídicos que presiden las decisiones judiciales. Y ello porque tradicionalmente se interpretó que la ausencia de toda referencia en el art. 54.1, b ET al incumplimiento de la exigencia de regularidad por parte de las directrices patronales desoídas como la razón que validaría la actuación resistente del deudor de la prestación (antes de que la ilegalidad de las mismas pudiera venir determinada por un juez) conformaba una sólida base argumental para sostener la referida presunción.

Lógico es reconocer, además, que el reinado durante tanto tiempo en el mundo del Derecho del Trabajo (anteriormente en exclusiva y en la actualidad compartiendo espacio, si bien ostensiblemente empequeñecido, con los supuestos de desobediencia legítima) de la reglamentación propia de los actos administrativos, esto es, del *solve et repete*, ha permitido fraguar un incólume poso en sólidas doctrinas científicas y jurisprudenciales relativamente inmunes a las coyunturas económico-sociales concretas²³⁰. Me refiero a la repetida alusión a incapacidad del trabajador para definir sus propias obligaciones aceptando, sin embargo, que la otra parte de la relación laboral pueda concretar los límites de la prestación pactada contractualmente cuando el trabajador se enfrenta ante ciertos mandatos que no tienen encaje exacto en los supuestos de ejercicio notoriamente extralimitado del poder directivo que la jurisprudencia ha señalado.

²³⁰ Indica, en relación al art. 39.1 ET, RODRÍGUEZ PASTOR, G., *Movilidad funcional y negociación colectiva*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, p. 49, que «en principio existe una presunción de licitud de la actuación empresarial que deberá destruir en su caso el trabajador por medio de la prueba de hechos objetivos». Anteriormente, GÁRATE CASTRO, J., «Movilidad funcional en la empresa (I)», en *AL*, vol. III (1993), p. 652.

A tenor de lo indicado, resulta evidente que es difícil sostener una alteración del sentido de la presunción de legitimidad en favor del dependiente pues no cabe desconocer que la estructuración jerárquica que aún envuelve el sistema de relaciones laborales es más proclive a que no sea el trabajador al que le corresponda enjuiciar la regularidad de las órdenes que se le exige cumplir, sino que sea el empresario quien estime si son o no válidas. Es precisamente este último, se aduce, quien tiene una posición de supremacía en la relación. Pese a ello, se insiste, la subsistencia (incluso visiblemente reducida) de este criterio responde a un contexto radicalmente anacrónico y contrario a los valores jurídicos constitucionales, ya que encierra la consideración del empleador como sujeto «definidor no de sólo sus propios derechos, sino también de los derechos y obligaciones de sus trabajadores, papel este que se niega a los trabajadores»²³¹ moviéndonos, entonces, en un escenario claramente incompatible con el principio de igualdad. En este punto de la exposición me remito a lo dicho respecto de la disparidad entre el acreedor y deudor laboral que alienta esta presunción. Baste añadir que lo que se viene a proponer en esta sede es la inversión de la persona que ha de asumir las consecuencias que se derivan de la inicial incertidumbre en torno a la regularidad o legitimidad del mandato empresarial²³². Esto es, se trataría de trasladar el riesgo a quien imparte las órdenes e instrucciones sobre cuya licitud se duda, en lugar de atribuírselo a quien le corresponde la parte pasiva del ejercicio de dicho poder, en definitiva, al deudor contractual, para evitar que sea objeto de una sanción injusta por desobediencia, se vea avocado al desistimiento de su contrato o acate una decisión directiva contraria a derecho a fin de conservar su puesto de trabajo²³³.

En resumidas cuentas, como resulta fácil de comprender, no puede censurarse toda posibilidad de acción del trabajador mientras que al tiempo se afianza la actuación del empleador a modo de *seul juge* de la licitud o del carácter legítimo de sus

²³¹ GARCÍA NINET, J.I., «El deber de obediencia...», cit., p. 895.

²³² Así lo había estimado conveniente ROMÁN DE LA TORRE, M^a D., *Poder de dirección...*, cit., p. 371. Opinión contraria mantiene GORELLI HERNÁNDEZ, para quien una correcta interpretación del *ius resistentiae* ha de pasar, necesariamente, por una admisión parcial del mismo (a través de la conjugación de los postulados que le son inherentes con el principio «obedece y luego reclama»). Los dos, suscribe el autor, son modelos paralelos, de tal suerte que no se entiende admisible «un sistema que imponga una presunción de legitimidad de la desobediencia del trabajador a las órdenes del empresario; pues sería directamente contrario a las facultades de organización con que debe necesariamente contar el empresario. Sólo admitiendo el juego de ambos principios puede mantenerse una situación de equilibrio entre los lícitos intereses jurídicos del empresario y del trabajador, produciéndose un cierto reparto de riesgos entre ambos sujetos». En definitiva, sugiere no olvidar la presencia del *solve et repete*, ni minusvalorar su importancia, pese a que sólo tenga cabida en un concreto ámbito de ejercicio: allí donde las ordenes sean fruto de ejercicio regular, «pues fuera de él comienza el imperio del derecho de resistencia» («Deber de obediencia...», cit., pp. 82-85).

²³³ VALDÉS DAL-RE, F., «La ruptura del principio de correspondencia función-categoría por ejercicio del *ius variandi* empresarial», *RPS*, núm. 103 (1974), pp. 47-48. *Vid.*, también, PÉREZ DEL RÍO, T., «La regularidad...», cit., p. 107.

decisiones. De forma repetida se ha empleado para fundamentar la virtualidad del «cumple y reclama» argumentos que descansan en la incapacidad que embarga al trabajador para erigirse en definidor de su deuda laboral, hecho que conduciría al rechazo de cualquier proyección práctica de las opiniones particulares sobre la validez o regularidad de los mandatos imperativos del empleador. Sin embargo, la doctrina judicial actual admite que determinadas órdenes empresariales queden condicionadas a un criterio individual y fundado del trabajador mientras que en otros casos, al apuntar el juez que se encuentran a extramuros de los supuestos de *ius resistentiae* judicialmente admitidos, se le niega tal posibilidad. En este criterio de interpretación subyace el clásico escepticismo en torno a la habilidad y la buena disposición del asalariado para valorar la regularidad de aquello que se le impone desde la dirección empresarial, circunstancia que puede estar avocada a provocar una insalvable indefensión en la posición asalariada²³⁴. Todo ello inducido, en suma y entre otros factores, por una «minusvaloración en su condición de parte del contrato de trabajo»²³⁵.

En este punto de la exposición hay que resaltar que la resolución de tales contrariedades pasa por admitir la aptitud de los trabajadores para tomar sus propias decisiones en cuanto a los límites de la obediencia debida al empresario y facultar el examen del contenido de los mandatos recibidos. Éste es, de hecho, el presupuesto indispensable para el reconocimiento del legítimo derecho del trabajador a desobedecer las órdenes irregulares. Mayoritariamente reconoce la doctrina que el juicio de oportunidad de las decisiones relacionadas directamente con la estrategia y el proyecto económico, en definitiva, la valoración relativa a lo atinado o inconveniente que pudiera resultar el mandato impartido con arreglo al momento o al objetivo productivo marcado por la empresa, queda fuera de la consideración personal del trabajador pues le corresponde en exclusiva al empleador²³⁶. Mientras que, por otro lado, negarle al personal subordinado la capacidad para juzgar previamente si las indicaciones

²³⁴ Explicaba DIÉGUEZ CUERVO, G., «Sobre la obediencia...», cit., p. 93, que «la presunción de legitimidad opera únicamente de cara a la legalidad, por el sencillo hecho de que el juicio sobre ésta es un juicio complejo que el trabajador no puede formular ante la urgencia de observar la norma y orden que se le manda. Por eso se le impone la obligación de obedecerla sin perjuicio de destruir esa presunción posteriormente a través de las alegaciones pertinentes. Diversamente, cuando ese juicio no sea complejo, porque no se basa en un conocimiento mejor o peor de la legislación, sino en una conciencia de la injusticia notoria acerca de lo mandado, la presunción no juega, y en este caso la desobediencia debe reputarse legítima».

²³⁵ ROMÁN DE LA TORRE, M^a D., *Poder de dirección...*, cit., p. 353.

²³⁶ Por todos, ROMÁN DE LA TORRE, M^a D., *Poder de dirección...*, cit., p. 375. Precisa, no obstante, TERRADILLOS ORMAETXEA, E., *El poder disciplinario...*, cit., pp. 152-153, que a la empresa se le supone una función socio-económica que rebasa el interés personal del empresario (pues no es ajena a los intereses de los propios trabajadores), al cual debe anteponerse «sin que deba dejarse al libre arbitrio de éste la interpretación de los objetivos y acciones que deben seguirse para alcanzar el fin de la empresa». Añadidamente señala que «el poder empresarial debe abandonar en parte los esquemas discrecionales de los que se ha beneficiado hasta ahora, y embarcarse en el ejercicio de un poder funcional».

patronales, incidiendo en su posición jurídica, resultan o no compatibles con las exigencias jurídicas que frenan el alcance del poder directivo, constituiría, a mi parecer, un grave retroceso en el reconocimiento de sus derechos.

No se le puede exigir al trabajador una conducta meramente pasiva frente a las órdenes e instrucciones recibidas. De ahí que se pretenda abogar por la capacidad del estrato laboral de la empresa para enjuiciar adecuadamente el contenido de la prestación que en su día acordó con el acreedor. Ello en contraposición con la preservación a ultranza de la supremacía empresarial y con los recelos enraizados en nuestra cultura jurídica hacia la adopción de decisiones y la iniciativa del trabajador en este campo. Ha sido precisamente este planteamiento un terreno abonado para la consolidación de una autoridad empresarial fuerte y sin fisuras, inexpugnable frente a cualquier contestación proveniente de quienes, se ha entendido en alguna ocasión, únicamente habrían de ocuparse de acatar las órdenes dadas y cumplir el elenco de obligaciones dimanantes del contrato. Observaciones éstas que se engarzan con las acertadas reflexiones doctrinales que apostaron hace ya algunos años por respaldar las posibilidades de los trabajadores para preservar los límites de su prestación de trabajo frente a las decisiones directivas irregulares de quien se impone como propietario del ente empresarial²³⁷.

5. La incuestionable necesidad de articular un escudo jurídico tangible frente a la práctica directiva ilícita

5.1. Balance sobre el arriesgado ejercicio de la autotutela individual

Como continuación de algunas ideas ya expresadas debe comentarse que resulta indispensable reconocer que el trabajador tiene algo que decir acerca de sus propias obligaciones e investirle de una capacidad real, no simplemente teórica, para obrar de acuerdo al resultado del proceso intelectual en el que concurran sus valoraciones (sobre las circunstancias presentes y el contenido del mandato recibido). Y ello, entre otras razones ya apuntadas, porque la vía jurisprudencial de cariz intermedio en la que parece anquilosada nuestra jurisprudencia y que se asienta sobre la configuración formal de excepciones al cumplimiento inmediato, supone, a la postre, rehuir cualquier voto de confianza a la capacidad de enjuiciamiento por parte del trabajador de la legalidad de los mandatos que le sujetan y, en definitiva, una vía abierta a la incertidumbre en relación a su aplicabilidad y procedencia. Inseguridad que redundará, como podrá convenirse, en la enteca posición en la que se halla instalado el deudor contractual. Pues no basta ya una interpretación generosa o extensiva de las vías abiertas

²³⁷ Por todos, GARCÍA NINET, J.I., «El deber de obediencia...», cit, p. 918; PÉREZ DEL RÍO, T., «La regularidad...», cit., p. 109; ROMÁN DE LA TORRE, M^a D., *Poder de dirección...*, cit., pp. 353 y 371-374 y VALDÉS DAL-RE, F., «La ruptura...», cit., pp. 47-48.

jurisprudencialmente en materia del *ius resistendae* porque esto supondría quedarse a medio camino sin que los equívocos e inseguridades que describen la postura asalariada en estos casos se viesan con esta solución, por sí sola, solventados.

Dicho de otro modo, la senda por la que se aventura el trabajador que decide oponerse a la orden empresarial que estima ilícita es, cuanto menos, incierta. Como se ha tratado de argumentar, en el intento de armonizar el viejo principio del *solve et repete* con los supuestos excluidos de la aplicación del mismo, la jurisprudencia ha terminado por elaborar una doctrina cimentada sobre contornos harto difusos que abre paso a la operatividad, en la esfera de actuación y opinión perteneciente al trabajador, de conceptos jurídicos indeterminados y a la vista de la ausencia de formación jurídica del empleado, indeterminables por este mismo. Empleando términos más diáfanos, el ejercicio del derecho de resistencia, que ya por su propia definición encierra un ejercicio osado –pues en el momento en que se procesa la decisión del trabajador entra en juego un cúmulo de variables que inicialmente se mantienen en un terreno especialmente nebuloso–, deviene altamente arriesgado cuando la sinergia que se aboga actualmente entre la obediencia incondicional y la desobediencia justificada no es nítida y se asienta en unos retóricos e inseguros criterios jurisprudenciales repletos de no pocas ambigüedades y elaborados, sin el detenimiento que exigiría esta cuestión, a golpe de cada resolución contingencial dada en torno al rechazo de las órdenes e instrucciones impartidas por quien tiene la facultad de planificar, gestionar y ordenar los factores de producción. En realidad, las más de las veces el trabajador se encontrará con enormes dificultades para discernir si se halla o no ante una orden abierta y manifiestamente irregular o ante una mera irregularidad ordinaria carente de tal condición, situación que deja a la parte más débil de la relación laboral en una situación de inestabilidad jurídica.

El trabajador que opta por resistir y desobedece el mandato recibido que entiende ilícito se expone a una probable sanción por desobediencia. Lo más indicativo es que desconoce, *a priori*, si la apreciación del tribunal coincidirá con la suya. De no ser así, si se hubiera equivocado en su valoración, la medida disciplinaria, que puede comportar el despido, sería declarada procedente. O, de igual forma, el juez puede admitir como justificada la sanción si entiende que la irregularidad de la orden no lo era en tal grado como para disculpar la desatención del deber básico que califica la posición subjetiva del trabajador, el obligado cumplimiento de la voluntad expresada por quien es su contraparte contractual. Además, conviene recordar que, salvo en el supuesto que regula el art. 56. 4 ET o cuando el incumplimiento de la obligación de obedecer se deba a la decidida intención del trabajador, bien de ejercer un derecho fundamental o libertad pública, bien de prevenir cualquier menoscabo en derechos de tal entidad –circunstancia

que, de ser estimada en el mismo sentido por el juez, convertiría al despido en una medida disciplinaria injustificada, mereciendo la calificación jurídica de despido nulo–, la reprobación judicial de la actuación del empresario y la correspondiente apreciación de la legitimidad de la autotutela promovida por el trabajador no comportará necesariamente la recuperación de la fuente perdida de su sustento económico puesto que la decisión quedará, como se conoce, al arbitrio del empleador que podrá inclinarse por la indemnización oportuna²³⁸.

La certidumbre únicamente se alcanza cuando es el empresario o los mandos intermedios los que reconocen la irregularidad de su actuación directiva o, en el común de los casos, cuando se obtiene la valoración judicial en torno a la legitimidad o ilegitimidad del proceder empresarial y, por ende, de la propia conducta del asalariado. De modo que puede decirse que las únicas vías para esquivar el peligro al que se expone el trabajador receptor de las órdenes puestas en cuestión pasan por alumbrar un decidido reconocimiento del *ius resistentiae* a través de los cauces judiciales y negociales existentes en nuestro ordenamiento. Sobre esto último, cabría la posibilidad de que, a través del convenio colectivo, se habilitara a los órganos de representación del personal asalariado para enjuiciar el contenido de las órdenes o instrucciones cuya legalidad sea puesta en cuestión y a los propios trabajadores que en cada caso vieran afectados alguno de sus derechos²³⁹. Como sería de suyo, el vacío regulador legal podría ser cubierto por la normativización del derecho de resistencia en sede de autonomía colectiva. Puede constatar, empero, que en la práctica concreta de esta fuente del derecho, hoy por hoy, no se percibe intención alguna de suplir la acción legislativa en este ámbito ya que los convenios colectivos guardan casi absoluto silencio sobre este asunto. Siendo los negociadores reacios a concertar capacidades de decisión del trabajador en un espacio tradicionalmente copado por la autonomía de la voluntad de la persona que se sitúa a la cabeza de la institución empresarial. Por lo demás, nada impediría que el empresario y trabajador pudieran acordar en el momento de suscribir el pacto contractual la aptitud del deudor de la prestación para hacer valer un *ius resistentiae* en el momento que resultaran indebidamente perjudicados, por la práctica directiva de sus superiores, los

²³⁸ Al hilo de lo expuesto me remito a las observaciones de BAYLOS GRAU en «La autotutela...», cit., p. 51, donde propone prestar atención «no tanto ni tan sólo a la ilegitimidad de la orden, sino a las consecuencias posteriores de la desobediencia del trabajador».

²³⁹ En esta dirección se inscriben algunos convenios colectivos, si bien aún queda un largo camino por el que avanzar en este ámbito. Manifiesta el art. 21 del I C.C. Entidades de carácter social (DO C. Valenciana 7 junio 2007): «si las órdenes dadas comprendiesen menosprecio o abuso de autoridad, no serán de obligado cumplimiento, debiendo ser puestos los hechos en conocimiento de los máximos responsables de cada entidad, de los representantes de los trabajadores, y de la Inspección de trabajo, para que cesen de forma inmediata o se abstengan en el futuro de dar dichas órdenes», De forma similar, art. 16 del C.C. Oficinas y despachos (BO Murcia, 30 mayo 2002); art. 16 C.C. Colegios profesionales (BO. Murcia, 11 febrero 2008); art. C.C. empresa «Eleuterio Criado Gómez» (BO. Segovia, 18 junio 2003) y art. 15 C.C. empresa «Novedades Agrícolas, SA» (BO. Murcia, 21 abril 2008).

derechos que tuviera reconocidos. Fuera de estos supuestos, la autotutela del deudor laboral estará exenta de todo riesgo exclusivamente cuando es ejercida después de obtener una sentencia judicial a su favor.

De lo expuesto se deduce que será al trabajador a quien le corresponda decidir en cada caso concreto, ponderando la gravedad del ilícito empresarial y la consiguiente probabilidad de victoria en un contingente proceso judicial, si actuar o no en defensa de sus intereses mediante el ejercicio del derecho de resistencia. El temor a ser objeto de alguna medida de carácter disciplinario o, incluso, de perder el trabajo que constituye su medio de sustento puede disuadirle de exigir sus derechos. De hecho, el trabajador no está de ningún modo obligado a oponerse al ejercicio del poder autoritario del empresario si hoy por hoy cuenta como único adalid de su conducta con el entendimiento subjetivo de la ilegitimidad de la actuación patronal²⁴⁰. Consecuentemente, la disyuntiva entre observar o incumplir los mandatos empresariales que, se estima, socavan el patrimonio o esfera jurídica de un derecho que es del trabajador, queda a la libre facultad del interesado que se verá compelido a valorar las ventajas y peligros de cada una de sus opciones²⁴¹.

²⁴⁰ En los estudios que abordan el análisis del derecho de resistencia éste aparece configurado, en líneas generales, como un supuesto de autotutela de carácter facultativo. Matizando, no obstante, que dicho carácter voluntario no es absoluto ya que la desobediencia del empresario no sólo es un derecho sino también un deber cuando se dan ciertas circunstancias. A tal efecto se hace la siguiente distinción. Cuando lo que pretende el trabajador es impedir que sus derechos sean dañados entrará en juego, bajo determinados presupuestos, el derecho de resistencia. Por el contrario, en caso de que la voluntad empresarial imponga la comisión de algún acto *contra legem*, se estima que el asalariado puede y debe apartarse de tales disposiciones. A la misma conclusión han llegado los tribunales en ciertos supuestos de ejercicio ilegítimo del poder de dirección. En este sentido, en Italia, es significativa la sentencia de la Corte de Casación de 8 junio 2001, núm. 7819, con nota de ALVARO, F., «Pubblicità del codice disciplinare e procedimento applicabile al licenziamento disciplinare», en *Dir.Lav.*, núm. 3 (2002), pp. 170-181, fuertemente contestada por la doctrina iuslaboralista, donde el Alto Tribunal confirma la procedencia del despido de un trabajador y sostiene que el trabajador está obligado a poner al corriente al empleador de las irregularidades cometidas por sus superiores de las tenga conocimiento. Finalmente, puede sostenerse un ejercicio preceptivo del derecho de resistencia en el ámbito del Derecho Penal. El art. 410.2 CP prevé la legitimidad de la conducta de las autoridades o funcionarios públicos que desobedezcan los mandatos de un superior cuando dicha decisión u orden constituya «una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley o de cualquier otra disposición general». A su vez, el Código penal militar expone con claridad ya en el propio Preámbulo que la obediencia debida no se identifica de ningún modo con el viejo concepto de una ciega obediencia, por lo que se le exige al militar de inferior rango que obedece órdenes de sus superiores «una especial diligencia para que sus actos no comporten la manifiesta comisión de ilicitudes». Recuerda el art. 21 del Código Penal Militar que «no se estimará como eximente ni atenuante el obrar en virtud de obediencia a aquella orden que entrañe la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las Leyes o usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución». Asimismo, hay que recalcar que el principio de jerarquía y subordinación preside la actuación de los miembros y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, si bien, el art. 5, *d* LO 2/1986, de 13 marzo, matiza que la obediencia debida, en ningún caso, «podrá amparar órdenes que entrañen la ejecución de actos que manifiestamente constituyan delito o sean contrarios a la Constitución o a las Leyes». Igualmente, art. 16 LO 11/2007, 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil.

²⁴¹ MONTOYA MELGAR, A., «El poder de dirección...», cit., pp. 588 y 589.

A mayor abundamiento, podría existir otro riesgo del que se han hecho eco algunos autores y que se refiere a las posibles represalias contra el trabajador que se enfrenta a la posición de autoridad del acreedor²⁴². Huelgue señalar, como breve paréntesis, que no se está aludiendo a las consecuencias negativas que supone la imposición de medidas sancionatorias, resultado de la actuación disciplinaria del empresario, como corolario a la desobediencia de las órdenes impartidas. La impugnación ante los tribunales de las mismas por parte del trabajador afectado terminará con la correspondiente determinación judicial en torno a la corrección jurídica de la prerrogativa patronal ejercida y la consecuente protección del derecho del trabajador si se estima injustificadamente vulnerado. Aclarado lo anterior, lo cierto es que el riesgo a sufrir perjuicios por el ejercicio del *ius resistentiae* en los distintos supuestos en los que la apreciación subjetiva del trabajador en torno a la irregularidad de la decisión patronal resulte acertada y, conjuntamente, se haya acordado la inoperatividad del *solve et repete* en sede jurisdiccional, se ha visto oportunamente minimizado a raíz de la importante doctrina que ha dejado sentada el TC en torno a la llamada garantía de indemnidad y, destacadamente, gracias al ensanchamiento que en los últimos años se ha producido en el ámbito cubierto por la protección que la misma provee al trabajador. Deteniéndonos en alguno de los escenarios posibles que pueden rodear la desobediencia del trabajador, se presenta el siguiente esquema:

a) La imposición de una sanción disciplinaria por desobediencia que es recurrida ante la jurisdicción social, la cual determina el incorrecto comportamiento del empresario, tanto en el ejercicio de su poder de dirección como, en un momento posterior, por el castigo impuesto al trabajador que pretende salvaguardar sus derechos de injerencias ilegítimas. En la hipótesis que se presenta, se entiende, dicha reacción punitiva no comportó la extinción de la relación laboral o bien, si hubo despido, éste fue declarado nulo por atentar contra derechos fundamentales o improcedente decidiendo el empleador la reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo.

En este caso el trabajador no puede ser objeto de nueva respuesta represiva por parte del empresario puesto que tal conducta sería una violación del derecho a la tutela judicial efectiva y, como tal, merecedora de la sanción de nulidad radical, constituyendo la garantía de indemnidad una de sus manifestaciones a través de la cual se proporciona cobertura a quien acude a los jueces y tribunales²⁴³ (o manifiesta su intención de hacerlo

²⁴² Estas cuestiones se abordan en VALLEBONA, A., *Tutele giurisdizionali...*, cit., p. 140.

²⁴³ Según ha entendido el TC en algunas ocasiones, la conducta amparada es la del trabajador que pone en marcha un proceso contra su empresa independientemente de que éste se sustancie ante la jurisdicción social o ante cualquier otra (*vid.* STC 198/2001, de 4 de octubre y STC 87/2004, de 10 de mayo).

a través de los consabidos actos preparatorios)²⁴⁴, para preservar sus intereses legítimos frente a todo tipo de represalias derivadas del ejercicio de dicho derecho fundamental. Evidente resulta, por tanto, que el empresario no puede valerse de nuevo de su potestad punitiva para castigar de nuevo una desobediencia que se ha estimado justificada ni, por supuesto, el hecho de que el trabajador hubiera iniciado un proceso judicial contra la empresa. Aunque, del mismo modo, también están prohibidas las medidas de retorsión o consecuencias negativas que como respuesta al ejercicio de acciones judiciales contra la empresa, a través del ejercicio de los poderes de gestión y organización, pudiese el empresario imponer a dicho trabajador (acordando, por ejemplo, la movilidad geográfica, funcional o medidas de represión de carácter patrimonial)²⁴⁵.

b) En relación a las posibilidades que tiene el trabajador de defenderse de los perjuicios que le puedan sobrevenir, cabe avanzar que el escenario que adquiere tintes de especial singularidad es aquél en el que el empleado opta por apartarse del contenido de las directrices patronales, no solicita la confirmación judicial de su proceder a través de la interposición de una demanda de impugnación de la decisión patronal y el empresario no reacciona ante la desobediencia de su empleado imponiendo sanción alguna pero emprende, veladamente, una actuación en detrimento de la carrera profesional del trabajador, adopta en ejercicio de sus facultades de organización y dirección decisiones que le son perjudiciales al asalariado que ha mostrado su «rebeldía», o le margina provocando un ambiente de ostracismo permanente. En este ámbito entrarían en juego las observaciones que se han expuesto previamente en relación al contexto más grave en el que podría derivar esta situación, el acoso moral o *mobbing* hacia este trabajador, el cual merecería la tutela judicial a través de los cauces procesales oportunos. Asimismo, obviando que el trabajador está facultado para presentar la reclamación ante el órgano judicial correspondiente si es objeto de algún tipo de represalia (encubierta bajo el ejercicio abusivo o ilícito de las prerrogativas

²⁴⁴ Una arraigada doctrina constitucional acuerda la extensión de la protección del trabajador a la fase previa al ejercicio de la acción judicial. Así, novedosamente en la STC 55/2004, de 19 de abril (Fj. 2º), cuya doctrina reiteran las SSTC 87/2004, de 10 de mayo (Fj. 2º); 38/2005, de 28 de febrero (Fj. 3º), 144/2005, de 6 de junio (Fj. 3º) y 120/2006, 24 de abril (Fj. 1º). CAVAS MARTÍNEZ resalta que por la misma razón por la que el TC ha incluido en el ámbito de tutela de la garantía de indemnidad a la conciliación preprocesal y a la reclamación administrativa previa, deben también entenderse amparados los trámites ante comisiones paritarias de los convenios, ante los órganos de mediación y arbitraje establecidos en el convenio colectivo de aplicación o en acuerdos interprofesionales (art. 91 ET), los arbitrajes cooperativos, etc. Así en «La garantía de indemnidad del trabajador que presenta reclamaciones judiciales o extrajudiciales contra su empresario», en AS, núm. 4 (2006), p. 16. Por último, no puede dejarse de hacer una breve referencia a la conocida STC 55/2004, de 19 de abril, en la que, de acuerdo a una interpretación extensiva de la garantía de indemnidad, se estima que la misma alcanza a las reclamaciones extrajudiciales presentadas ante la propia empresa a fin de que dicho paso previo pudiera servir para evitar una posible judiciliación del conflicto.

²⁴⁵ Vid. ÁLVAREZ ALONSO, D., *La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales*, Bomarzo, Albacete, 2005, pp. 96-98 y CAVAS MARTÍNEZ, F., «La garantía de indemnidad...», cit., p. 18.

patronales) por oponerse a órdenes ilegítimas, hay que traer aquí a colación, precisamente, que junto con la acepción estricta de la garantía de indemnidad como una manifestación particular del derecho recogido en el art. 24.1 CE, el TC ha admitido en otras ocasiones una noción más amplia o genérica de la que extraer la prohibición de secuelas negativas ante el ejercicio por parte del trabajador de cualquiera de sus derechos fundamentales o libertades públicas (conocida como «eficacia justificante» del derecho fundamental).

Así, por ejemplo, si al trabajador se le impidiera por órdenes de sus superiores la participación en una acción colectiva y desobedeciera dichas disposiciones, cualquier represalia que pudiera adoptar el empleador contra el asalariado que fuera un efecto o reacción a dicha resistencia comportaría una violación del derecho a la libertad sindical (STC 17/2005, 1 de febrero y 326/2005, 12 de diciembre). La misma solución podría aplicarse cuando se viesen implicados otros derechos fundamentales y se diera la correspondiente relación de causalidad. Piénsese, de nuevo, en los requerimientos patronales de información ajena a la actividad productiva que desempeña el trabajador en la empresa y que pertenecen a la esfera de su intimidad personal. Su negativa a dar a conocer cuestiones privadas a sus superiores tampoco podría ser merecedora de ningún tipo de trato desfavorable pues, de así serlo, constituiría una conducta antijurídica sancionable con la privación de efectos. El problema, como se ha podido intuir, lo constituye la dificultad de la que adolece el trabajador en estos casos para acreditar que las medidas empresariales no se corresponden a las razones manifestadas por la empresa, sino que encubren una auténtica intención represiva. Para ello, deberá suministrar al juez indicios del verdadero propósito que persigue el empresario con la adopción de medidas de tal naturaleza²⁴⁶.

Al margen de estas consideraciones, el hecho cardinal en este asunto es que la adopción individual de una respuesta protectora en clave de *ius resistentiae* entraña un riesgo nada desdeñable para el empresario (quien al tener ante sí una vacilante jurisprudencia sobre la materia y la ausencia de un criterio delimitador universalmente admitido de la «regularidad» que legalmente se establece como requisito ineludible del imperativo cumplimiento de sus mandatos, será un total desconocedor de las posibilidades que tiene la decisión punitiva, que se dispone a adoptar, de ser convalidada por el tribunal), siendo mayor, no obstante, el riesgo que asume el

²⁴⁶ Imprescindible por exhaustivo y clarificador resulta el estudio de CASAS BAAMONDE sobre la evolución de la doctrina judicial en torno a la garantía de indemnidad, «Tutela judicial efectiva y garantía de indemnidad», en AA.VV., (Coords. Casas Baamonde, M^a E; Durán López, F. y Cruz Villalón, J.), *Las transformaciones...*, pp. 702-738.

trabajador pues lo que puede estar en juego es su permanencia en la empresa²⁴⁷. Igualmente, no hay que olvidar que aun cuando la sentencia no fuera adversa por expreso reconocimiento de la ilicitud de la orden, el trabajador se expone a la pérdida de su trabajo si el despido es declarado improcedente, lo cual permite observar cómo la rebaja de la rigidez con la que se aborda la noción de desobediencia legítima y la disipación de las tradicionales reticencias a admitir supuestos de lícita oposición a los mandatos empresariales, no provocarían un gran desorden en el funcionamiento de la empresa pues, con seguridad, se dará un control obligado por parte de los trabajadores de su propias reacciones.

Asimismo, el tan nombrado peligro de sufrir negativas consecuencias productivas y organizativas que, de instrumentalizarse de modo general un *ius resistentiae*, asumiría el empresario, queda ostensiblemente suavizado al hilo de las consideraciones que prosiguen. Como ya lo avanzara una autorizada doctrina, el ordenamiento laboral pone a su disposición concretos mecanismos para paliar aquellas situaciones en las que de no actuar con premura podrían desencadenarse perjuicios para la empresa o los trabajadores (medidos habitualmente en relación al rendimiento de la plantilla y, consiguientemente, en la producción o prosperidad de la empresa). Aun así puede suceder que ejercicio del *ius resistentiae* provoque evidentes retrasos en la plasmación de ciertas reglas de disciplina impuestas o en la ejecución de la actividad productiva encomendada cuando la estrategia empresarial no pueda verse colmada a través de la adopción de medidas organizativas extraordinarias y urgentes. Pero es que tampoco cabe desconocer que aunque existiera un reconocimiento judicial de la ejecutividad de las órdenes patronales incumplidas (al estimarse ajustadas a derecho) no quedaría avalado en todos los casos el desarrollo efectivo de la prestación o de la conducta encomendada. Y es que el riesgo de que el trabajador desatienda una orden que estima irregular siempre está presente, se reconozca o no el derecho de resistencia²⁴⁸. En cambio, la técnica del *ius resistentiae* habrá podido evitar actuaciones que extravasan el ámbito legítimo en el que ha de proyectarse el poder patronal, imposibilitando que mandatos ilegítimos sean inicialmente amparados o favorecidos y minimizando ostensiblemente el riesgo al que se enfrentan los trabajadores que eventualmente vean vulnerados sus derechos por una decisión irregular, arbitraria o abusiva del empleador.

Pues bien, visto el marco contextual general en el que se inscribe la resistencia del trabajador ante las órdenes ilegítimas de sus superiores, no sorprende que se haya

²⁴⁷ CRUZ VILLALÓN, J., *Las modificaciones...* cit., p. 203; PEDRAJAS MORENO, A., «Traslados...», cit., p. 388 y VALDÉS DAL-RÉ, F., «La ruptura...», cit., p. 47.

²⁴⁸ Con gran lucidez, ROMÁN DE LA TORRE, M^a D., *Poder de dirección...*, cit., pp. 372-373.

adoptado una postura ciertamente paternalista al abordar este tipo de cuestiones y acreditados representantes de la doctrina española aconsejen prudencia y comedimiento, en fin, apartarse del contenido de los mandatos recibidos exclusivamente cuando los mismos presenten una grave y flagrante irregularidad²⁴⁹. Ni que decir tiene que el *desideratum* expresado en páginas más arriba se formula partiendo de lo criticable que resulta el profundo desequilibrio que existe en relación al riesgo al que se exponen ambos contratantes. Ya es hora de que el tráfico jurídico se regule por renovados principios que contemplen en su totalidad la realidad actual²⁵⁰. La técnica de rechazo de la prestación lesiva de los intereses legítimos del trabajador ha de asumir un fundamental relevo sistemático de las trasnochadas argumentaciones jurídicas a las que se aferra cierta jurisprudencia, apostando firmemente por la consolidación del derecho de resistencia como respuesta protectora del trabajador, especialmente de sus bienes jurídicos esenciales. Tal y como pone de relieve la mejor doctrina, el reconocimiento del *ius resistentiae* «es el único que puede aliviar al trabajador» al posibilitar un reparto más equitativo de los riesgos presentes en las relaciones de carácter laboral²⁵¹. No se puede ni se debe dejar de señalar, por tanto, lo provechoso de reactivar este mecanismo de autotutela existente históricamente, que permanece desplazado a un segundo plano²⁵². Se trataría, en definitiva, de dotar de virtualidad a los límites jurídicos del

²⁴⁹ Clásica es ya la opinión de MONTOYA MELGAR en este tema. Dicho autor, en «Nuevas dimensiones jurídicas...», cit., p. 36, advierte de que «el trabajador deberá extremar la prudencia al valorar el contenido y legitimidad de las órdenes empresariales, ya que un error de cálculo –considerar no regular una orden que sí lo es– puede ocasionarle la sanción correspondiente a la desobediencia injustificada que, como es sabido, puede llegar al despido»; y con mayor rotundidad en «El poder de dirección...», cit., p. 590, «cuando la irregularidad de la orden se aparezca como dudosa al trabajador (o a sus asesores), hará bien en no resistirse a su cumplimiento, pues ello le significaría un riesgo probablemente más grave que el que se le podría derivar de la obediencia de la orden; sin que ello suponga, como en alguna vez se ha dicho, considerar al trabajador poco menos que como un menor al que se niega capacidad de valoración. En tales casos de duda, el denostado principio “obedece y reclama” sería probablemente el camino más sensato que cabría recomendar al trabajador», Igualmente, AGUILERA IZQUIERDO, R., *Las causas...*, cit., p. 141. Por su parte, MÉNDEZ HOLGADO, J., «Criterios jurisprudenciales...», cit., p. 299, señala que «el juicio posiblemente no desapasionado del trabajador, sobre la licitud del mandato y la no infrecuente información deficiente cuando no errónea, aconseja desde la prudencia la obediencia, sin perjuicio de la posterior impugnación o acción resarcitoria, ante el riesgo de que la limitación al derecho fundamental pueda ser valorada como adecuada a la consecución del fin empresarial, con la consiguiente confirmación de la sanción disciplinaria». De forma similar, sobre el imperativo de que el trabajador sea especialmente cauteloso en las decisiones que adopte en este ámbito, BODAS MARTÍN, R., «Derechos y obligaciones de trabajadores y empresarios en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Especial consideración de la situación de riesgo grave e inminente», en AA.VV. (Agustí Juliá, R.) *Estudio de la prevención de riesgos laborales*, CGPJ, Madrid, 1999, p. 399 y PLAZA GOLVANO, S., *La ejecución provisional de sentencia en los procesos laborales por despido*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 272.

²⁵⁰ Tal y como sostiene SANTOS FERNÁNDEZ, M^a D., *El contrato...*, cit., p. 117, «la rama del ordenamiento encargada de proteger al sujeto que queda afectado por el nuevo modo de exteriorización del poder ha de ser capaz de actualizar sus mecanismos de defensa. Lo cual, además responde a la inercia de la evolución del propio Derecho del Trabajo».

²⁵¹ ROMÁN DE LA TORRE, M^a D., *Poder de dirección...*, cit., p. 373.

²⁵² Como subraya, PÉREZ AMORÓS, F., «Retos...», cit., p. 78, «nuestro Derecho del Trabajo siempre ha sido, no sólo dinámico y clasista, sino también nuevo a la vez que viejo».

poder empresarial a través de una segura y práctica aplicación del derecho de resistencia.

5.2 Idoneidad del *ius resistentiae* como sistema de protección de los derechos del trabajador: tutela inmediata y tutela adecuada

La triste pervivencia en nuestro ordenamiento del principio del *solve et repete*, si bien invocado cada vez con mucha menos insistencia por los tribunales y escasamente defendido en la literatura científica, y la resistencia tanto judicial como doctrinal a otorgar la iniciativa al trabajador en la valoración de los mandatos empresariales, sitúan al asalariado ante la tesitura de adoptar una arriesgada autodefensa de las órdenes irregulares o de reclamar la tutela judicial. Sin embargo, no ha de olvidarse que la protección que pueden dispensar al trabajador los tribunales frente a la actuación irregular del acreedor de la prestación siempre es posterior al cumplimiento o incumplimiento del mandato por parte del asalariado y, en su caso, ulterior a la producción del daño en el derecho o derechos del trabajador. De manera que cuando la actuación patronal indebida no recibe la contigua oposición del deudor (pues éste puede optar por la aquiescencia o por acatar la disposición patronal a la espera del futuro reconocimiento judicial) los intereses del mismo acaban por ser irremediabilmente dañados. Téngase en cuenta que la tutela judicial únicamente permite la total reparación de la eventual lesión producida cuando ésta consiste en la imposición de una sanción disciplinaria ante la desobediencia del trabajador y el juez decreta la supresión de la misma (o la nulidad del despido cuando la voluntad empresarial ha provocado la extinción unilateral del contrato de trabajo puesto que la sola declaración de improcedencia únicamente le asegura al trabajador resarcirse, en parte, del daño económico que le genera la pérdida del empleo)²⁵³. Parcialmente puede ver salvaguardo

²⁵³ Semejantes consideraciones han estado presentes, también, en estudios emprendidos por la doctrina extranjera. Volviendo al ejemplo italiano y teniendo presente que en la mayoría de los casos el empleador reacciona frente a la desobediencia de los asalariados adoptando medidas disciplinarias, principalmente el despido, algunos autores han defendido que sólo es aconsejable el ejercicio del *ius resistentiae* cuando el trabajador está amparado por una regulación jurídica del despido en el área de la *tutela real* (Por todos, *vid.* VALLEBONA A., *Tutele giurisdizionali...*, cit., p. 50). Esto es, el trabajador únicamente verá confirmado en sentido estricto un auténtico derecho de resistencia cuando la acción punitiva es declarada ilegítima y, conforme a la regulación prevista en el art. 18 *SL* (modificado por la Ley 108/1990), el empresario se vea compelido a reintegrar en su puesto de trabajo al asalariado y al resarcimiento del daño causado (*tutela real*). En las relaciones de trabajo que se desenvuelven encuadradas en unidades productivas de pequeñas dimensiones, el despido privado de *giusta causa o giustificato motivo*, por tanto, el despido considerado ilegítimo, obliga al empresario a optar por la compensación económica o por readmitir de nuevo al trabajador (*tutela obligatoria*, art. 8 de la Ley 604/1966), supuesto en el que la posibilidad de autotutela del trabajador se verá de hecho negada. La razón es fácilmente deducible. Aquí el ordenamiento no está amparando realmente al trabajador que lícitamente desobedece las órdenes irregulares recibidas puesto que no se le provee a éste de los medios jurídicos necesarios para que efectivamente se vea protegida su posición subjetiva. Así pues, sólo cuando la protección que se proporcione sea *real* el ordenamiento jurídico negará al acto ilegítimo la producción

su derecho si el reconocimiento judicial de la irregularidad del mandato empresarial tiene lugar cuando los efectos de dicha decisión se prolongan en el tiempo y aún se están produciendo, en cuyo caso deberá cesar la ordenación empresarial cuestionada. Este sería el caso, por ejemplo, de las órdenes relativas al desarrollo de funciones que en nada se corresponden con las que según el contrato el trabajador tendría encomendadas. Por contra, en el resto de los supuestos, el resarcimiento que únicamente podría obtener el trabajador de los tribunales sería moral y económico (ello en caso de que fuera posible solicitar una indemnización por la lesión sufrida en los derechos laborales que componen el patrimonio personal del asalariado, en concreto, por la actuación directiva jurídicamente incorrecta de su empleador)²⁵⁴.

De ahí también que no se pueda minusvalorar la protección que ofrece el ejercicio del *ius resistantiae* pues goza también de un carácter preventivo al estar propiamente encaminado a impedir la efectiva producción de lesiones en los derechos o intereses legítimos del trabajador. Cuando éste manifiesta un rechazo frente las disposiciones empresariales, en realidad, lo que está tratando es de evitar la efectiva actualización del peligro al que se ve sometida su propia posición jurídica a través de la actuación del superior jerárquico. El ejemplo más paradigmático que podría citarse sería la emisión de una orden atentatoria de un derecho fundamental del trabajador, como aquellos mandatos que impidiesen el ejercicio del derecho de huelga o que constriñeran al trabajador a dar a conocer cuestiones relacionadas con el espacio reservado a su intimidad personal o familiar, exhibir su imagen ante cualquier medio informativo o a mostrar el contenido de alguna comunicación privada a su superior jerárquico. Evidente resulta que el posterior reconocimiento del juez de las acertadas sospechas del trabajador en torno a la actuación directiva del empresario no satisface del todo el interés del trabajador puesto que no se puede restituir el derecho al momento anterior a la lesión. La admisión sin ambages del *ius resistantiae* impide que la exclusiva protección que podría esperar el trabajador en tales supuestos terminase por constituir una monetización de un derecho fundamental, como tal, inalienable²⁵⁵. Nuestro

de efectos jurídicos (sobre esta distinción consúltese a este autor en la obra citada, pp. 67-70 y en *Istituzioni...*, cit., p. 118).

²⁵⁴ Estas consideraciones son tenidas en cuenta por GARCÍA NINET, J.I., «De los registros del trabajador y del respeto máximo a la dignidad e intimidad de éste (y II)», en *TS*, núm. 171 (2005), p. 16, donde el autor, fruto del detenido estudio del art. 18 ET, entiende no aplicable el *solve et repete* en favor de un *ius resistantiae* que asistiría al trabajador cuando el «empresario no cumple escrupulosamente con todos los requisitos para que el registro sea legal, pues aquí están en juego derechos fundamentales que exigen el máximo rigor en el cumplimiento o ejercicio de este derecho cuasipolicial, ya que, una vez invadida la dignidad e intimidad del trabajador de modo injusto o incorrecto, ello no es fácilmente reponible, pues hay derechos conculcados que ni todo el dinero del mundo pueden restablecer, al margen de que sea posible exigir daños y perjuicios por el daño moral producido». Consúltese al respecto, GOÑI SEIN, J.L., *El respeto...*, cit., p. 208.

²⁵⁵ Para FERRANTE, «può affermarsi che l'autotutela, nella misura in cui si pone come strumento di tutela *in continenti* dal pericolo di una lesione, appare preferibile alla stessa tutela

ordenamiento jurídico está fundado sobre la solemne proclamación de derechos inalienables y la afirmación de la inderogabilidad e indisponibilidad de los derechos laborales, formulación que impide cualquier negociación que altere *in peius* el contenido de los mismos. Desde esta óptica no sería incoherente pensar que el ejercicio del *ius resistentiae* constituye en el fondo un mecanismo de apoyo al firme respeto de tales principios.

IV. PRESUPUESTOS DE EJERCICIO DEL *IUS RESISTENTIAE*

Las observaciones hasta aquí llevadas a cabo permiten presentar las líneas de reflexión de cara a la virtualidad del *ius resistentiae*, conocido es ya que tal instrumento entraña la reprobación *ab initio* de las órdenes e instrucciones que no responden a los estándares de regularidad, circunstancia que permite acentuar la tutela de los derechos de los trabajadores ofreciendo, de este modo, una solución más ajustada a la legalidad vigente²⁵⁶. Sobra decir que, en cuanto derecho, éste no es absoluto y se ve limitado. Así las cosas, se pretende ahora reparar en el cumplimiento de una serie de parámetros que disciplinen el ejercicio de este derecho para que pueda desplegarse con todas las garantías y permita sustraer al trabajador de cualesquiera consecuencias negativas que deriven de la práctica correcta de este mecanismo jurídico de autotutela.

1. Condiciones materiales y formales

En relación a los requisitos sustantivos hay que señalar que se entiende legítima la desobediencia en caso de un uso injusto o abusivo del poder de dirección. Este derecho encuentra su fundamento operativo en la salvaguarda de los derechos de los trabajadores y, particularmente, de los derechos fundamentales reconocidos a toda persona. De modo que, empleando los propios términos del legislador, está justificada la inobservancia de los mandatos patronales en las situaciones en las que quepa apreciar irregularidad en el ejercicio de las facultades empresariales de mando. No es que se haya de consentir excepcionalmente el recurso al *ius resistentiae* (en cuanto conectado a la evitación de un daño extremadamente serio y grave) es que, propiamente, este es un mecanismo excepcional articulado únicamente frente los mandatos directivos que no se inscriban al ajustado ejercicio del poder patronal. Determinadas actividades, sin embargo, no son conciliables con el derecho de resistencia por la propia naturaleza de la

giudiziaria, tutte le volte che questa sia inidonea a garantire una tutela in forma specifica» (*Potere e autotutela...*, cit., p. 339).

²⁵⁶ Sobre esta llamada «ventaja jurídica» *vid.*, de nuevo, ROMÁN DE LA TORRE, M^º D., *Poder de dirección...*, cit., p. 373.

prestación encomendada al deudor contractual. Se pretende apuntar a determinados sectores donde la simple puesta en duda de la regularidad de la orden podría poner en peligro la seguridad de los trabajadores. Tal es el caso de las órdenes del capitán o patrón respecto a la seguridad y mantenimiento de buques y aeronaves donde, en este ámbito, es comúnmente aceptada una obediencia exigible con mayor rigurosidad²⁵⁷.

Desde la perspectiva procedimental, el trabajador ha de manifestar los motivos que le conducen a la desobediencia de las instrucciones transmitidas, si ello fuera posible, haciendo comprensible su réplica u oposición ofreciendo las explicaciones oportunas, interponiendo una reclamación sirviéndose, si los hubiere, de los cauces internos abiertos al efecto por la empresa para dar cuenta de su decisión y las razones que le llevan a ella o directamente ante el superior²⁵⁸. Una negativa sin más no perturba la naturaleza legítima o ilegítima del mandato impartido puesto en cuestión²⁵⁹, pero puede ser relevante a efectos de enjuiciar la determinación responsable que le es exigible al asalariado en este tipo de situaciones y la existencia de buena o mala fe en su conducta. En definitiva, ya en vía jurisdiccional, solicitado el reconocimiento del carácter irregular del proceder directivo del empleador, en primer lugar habrá de evaluarse la posible ilicitud de la orden. Para ello, como se ha dado cuenta, es indispensable que el trabajador alegue y pruebe la ilegitimidad del mandato (salvo cuando lo que está en curso es una demanda por violación de derechos fundamentales), no ya para destruir la censurada presunción que ha venido acompañando a las decisiones de la empresa, «sino por el principio general de que quien alega, prueba»²⁶⁰. En segundo término, si el

²⁵⁷ Se percibe particularmente intenso el deber de «obediencia sin réplica» en tales supuestos en la STSJ Canarias, 11 marzo 1997 (AS/663), donde la oposición a participar en las tareas de carga de provisiones en el interior de la nave por parte de un trabajador que prestaba servicios para una empresa naviera constituye el supuesto de hecho que sirve de base al pronunciamiento. Igualmente, respecto a un cambio de funciones y aunque éste «no fuese plenamente ajustado a derecho», la STSJ Castilla la Mancha, 2 octubre 2002 (JUR/89736). A su vez, *vid.* art. 21.3 del RD 2001/1983, 28 de julio, sobre regulación de jornadas de trabajo, jornadas especiales y descansos.

²⁵⁸ Así, PÉREZ DEL RÍO, T., «La regularidad...», p. 112. Distinto punto de vista mantiene GOÑI SEIN quien, refiriéndose específicamente al ejercicio irregular de la facultad empresarial de vigilancia o control, ya sea debido a la inexistencia de necesidades técnico-organizativas, ya se derive de una actuación abusiva que se excede del límite de respeto a las normas jurídicas, afirma que el trabajador quedará «excusado de su cumplimiento sin necesidad de acatar, impugnar o justificar la falta de sumisión», en *El respeto...*, cit., p. 113. Algunos códigos de conducta han entrado a regular tímidamente este tipo de situaciones. Destaca al efecto el Código de conducta ética del Grupo Vadillo Asesores (GVA), apdo. 2.4, donde se prevé que «ningún empleado estará obligado a cumplir órdenes o instrucciones contrarias a la Ley o a los principios contenidos en el presente código de conducta ética. Si una situación de tales características se produjera, el empleado podrá dirigirse al responsable del proceso de ética para denunciar la misma con garantía de confidencialidad absoluta» (<http://www.grupovadillo.com/empresa/descargas/Codigo.pdf>). De forma similar en el art. 1.4 del Código de ética profesional del Grupo Bankinter.

²⁵⁹ Lo entiende de este modo, ROMÁN DE LA TORRE, M^a D., *Poder de dirección...*, cit., p. 375. En este sentido, destáquese también a MONTOYA MELGAR, A., «El poder de dirección...», cit., pp. 588-589.

²⁶⁰ De nuevo, ROMÁN DE LA TORRE, M^a D., *Poder de dirección...*, cit., p. 375. También, *vid.*, GARRIGUES GIMÉNEZ, A., «Obediencia debida...», cit., p. 52.

tribunal estimara que la voluntad empresarial debiera haberse obedecido, se valorará si la conducta del trabajador reúne los requisitos necesarios para imponérsele una sanción y, de ser así, la posibilidad del despido como castigo.

2. La adecuación a los requerimientos de diligencia y de la buena fe

El criterio dominante en la jurisprudencia retiene que el trabajador que decide negarse a cumplir una orden ha de asumir el riesgo de la errada estimación subjetiva del ejercicio del poder directivo. De modo que si en sede judicial se acordase la legitimidad de las disposiciones jerárquicas impartidas, éste deberá afrontar las consecuencias disciplinarias que de su desobediencia se derivaran. Sin embargo, nadie pone en duda que el comportamiento del trabajador debe valorarse, a fin de determinar si existe o no justa causa para la sanción empresarial, de acuerdo a los hechos objetivos que se han sucedido y que no son otros que los parámetros de corrección jurídica que han de estar presentes en la ordenación empresarial de la prestación debida por el asalariado; y, por otro lado, la resistencia que opone el trabajador frente al poder que hace valer el empresario como instrumento para alcanzar los fines propuestos. Ahora bien, en la actuación del trabajador también han sido relevantes otro tipo de consideraciones que merecen ser tenidas en cuenta a la hora de atribuir efectos disciplinarios. Se trata, en definitiva, de las circunstancias que han rodeado la percepción personal de los hechos concurrentes y, concretamente, el grado de dolo o negligencia grave que ha podido presidir la decisión del trabajador. Alegato que me llevará a concluir que, descartada toda falta de cuidado o intención dolosa del autor del comportamiento desobediente, la convicción subjetiva de ser destinatario de un mandato ilegítimo debe, bajo la concurrencia de concretos presupuestos, excluir la procedencia de una sanción disciplinaria²⁶¹.

Hay datos de cierto relieve como para pensar que una apuesta por la institucionalización de un *ius resistentiae* absoluto e ilimitado, que ampare al trabajador aun cuando decide apartarse del contenido de las directrices recibidas sin base fáctica objetiva y real para percibir algún tipo de desviación jurídica en las mismas, cuando adopta un comportamiento desobediente tomando como base presunciones infundadas o simples suposiciones, supondría menoscabar el alcance del poder directivo empresarial,

²⁶¹ Como exponente del sistema corporativo, dentro del ordenamiento jurídico italiano, puede citarse a ARDAU, quien prescinde del daño y la culpa y la gravedad del incumplimiento contractual como parámetros concurrentes necesarios a la hora de imponer una sanción. Así, estimaba el autor que es suficiente para legitimar el ejercicio de las prerrogativas disciplinarias la constatación de un comportamiento desobediente del trabajador, desechando por tanto de las circunstancias que han inducido al mismo a no observar la orden o instrucción dada, conducta ésta que viene castigada al entenderse una violación de la fidelidad y la confianza (*I poteri discrezionali...*, cit., pp. 126-128).

impedir su ejercicio efectivo y desvirtuar las estructuras en las que se apoya la relación laboral que, no olvidemos, se asienta en la dependencia jurídica del deudor de la prestación. Tal situación, como ha remarcado una autorizada doctrina, resulta enteramente incompatible con la buena fe que ha de presidir los comportamientos contractuales²⁶². En este punto, con todo, se hace necesario precisar que el defender una postura dialogante entre el estrato directivo y la plantilla laboral de la empresa no significa otorgar plenos poderes al trabajador para determinar, según sus intereses y bajo su exclusivo criterio, cuáles son en cada momento sus deberes y obligaciones, sino otorgarle la capacidad para autotutelar el conjunto de derechos que le reconoce el ordenamiento jurídico y en cuya plasmación y realización el empresario ha de contribuir.

De lo que se trata, resumidamente, es de privar de toda sanción al trabajador que se enfrenta ante los eventuales choques entre la potestad de mando patronal y los derechos que normativa y contractualmente tiene reconocidos, acometiendo una actuación opositora ante lo que acertadamente constituyen manifestaciones ilegítimas del poder de dirección; e, igualmente, de amparar tal conducta cuando equivocadamente el trabajador descuida los requerimientos patronales, incumple una obligación básica del contrato de trabajo (el deber de obedecer las órdenes e instrucciones empresariales), pero ello sin ninguna otra pretensión que salvaguardar sus derechos, siendo su valoración fruto de una reflexión detenida y sensata, que no cohoneste el torticero propósito de quebrantar la legítima autoridad patronal para satisfacer los propios fines o causar algún perjuicio a la entidad empleadora bajo cuyo seno se viene desarrollando la prestación subordinada de trabajo.

Ha tenido ocasión de subrayar en numerosas ocasiones la jurisprudencia que el principio jurídico de la buena fe actúa como elemento integrador de todo contrato, de modo que resulta proscrita toda actuación del trabajador que tenga por objeto causar cualquier daño a su empleador. Como a todos los que intervienen en el tráfico jurídico, al dependiente le es exigible un comportamiento honesto, arreglado a los criterios morales y socialmente imperantes (buena fe en su perspectiva objetiva). En cualquier caso, su carácter subjetivo, la convicción del trabajador acerca al carácter legítimo del propio comportamiento, es el aspecto de este principio que precisamente aquí interesa. Y ello es así porque se considera que la actuación asalariada de mala fe, en palabras del Supremo, «constituye un hecho impeditivo del nacimiento del derecho»²⁶³. Por el contrario, hay que salvaguardar la posición subjetiva del trabajador que por un error en

²⁶² *Vid.*, de nuevo, PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., «La indisciplina...», cit., p. 148.

²⁶³ STS, Sala de lo Civil, 6 junio 2002, Fj. 4º, (RJ/5892).

la valoración desoye de buena fe los dictados de su superior creyendo firmemente la irregularidad intrínseca del mandato²⁶⁴. No es suficiente la simple duda en torno a la corrección jurídica de la práctica directiva del superior, pues la desobediencia del trabajador, no puede olvidarse, es en estos casos constitutiva de un incumplimiento contractual y, como tal, merecedor de la correspondiente sanción si el empleador así lo considera.

Una extrema laxitud en la valoración de estas situaciones supondría, sin razón alguna, una ostensible merma en la capacidad punitiva empresarial. Si la inobservancia de las órdenes impartidas se lleva a cabo temerariamente o de mala fe, el poder disciplinario debe de poder desplegar todos sus efectos. Y si además se cumplen las condiciones estatutarias de gravedad y culpabilidad, queda abierta la puerta al despido. Se trata, en cambio, de actuar responsablemente ante una controversia razonable acerca del carácter contrario a derecho de una advertencia o directriz de la dirección patronal, pues, como es de sobra conocido, es afirmación medular del derecho que el contratante ha de observar debidamente sus deberes con diligencia y buena fe. El hecho es que no cabe la resistencia cuando ésta se adopta, simplemente, al socaire de una preferencia o capricho del trabajador ni en los casos en los que, con intención dolosa o culpable y con plena consciencia, el trabajador quebranta sus deberes.

Sin perjuicio de lo anterior, conviene no dejar de lado que el ejercicio del *ius resistantiae* sigue siendo una compleja y delicada empresa²⁶⁵, de manera que la oposición a la autoridad patronal con el único sustento de la mera preferencia, sin que exista ninguna razón de fondo que acompañe y justifique en mayor o menor medida tal decisión de desobediencia se antoja, a mi juicio, ciertamente poco probable. Dicho lo cual, lo que se propugna, precisamente, es que el comportamiento desobediente del trabajador sea enjuiciado desde los parámetros de la razonabilidad, diligencia y buena fe²⁶⁶. Es fundamental que se respeten dichos límites como condición *sine qua non* para que la transgresión del contenido del mandato patronal tras una percepción equivocada de su legalidad no sea punible. De ser así, cuando existan razones de peso para sospechar la irregularidad de la orden y el dependiente haya procedido de forma lógica y sin mala fe a fin de tutelar unos derechos de los que se creía asistido (aunque sus pretensiones fueran desestimadas o inadmitidas) la sanción, de haber sido ya impuesta,

²⁶⁴ Diversos pronunciamientos judiciales han tomado en consideración la buena o mala fe que haya presidido la conducta del trabajador. Así queda patente en la STS 24 febrero 1990 (AS/1222), donde el Tribunal, al examinar la desobediencia imputada, recalca que la culpabilidad en la actuación del trabajador puede resultar atemperada en virtud de las circunstancias concurrentes, de tal suerte que al desprenderse del relato de los hechos que su conducta estuvo motivada por entender de buena fe que le amparaba lo establecido en la normativa en vigor, declara la improcedencia del despido impuesto.

²⁶⁵ En esta dirección, MONTOYA MELGAR, A., «El poder de dirección...», cit., p. 590.

²⁶⁶ De forma similar, VALLEBONA, A., *Tutele giurisdizionali...*, cit., pp. 139-141.

deberá ser retirada²⁶⁷. Como se intuye, lo que se pretende sostener es la procedencia de acoger la solución prevista por el legislador para el riesgo grave e inminente (art. 21.4 LPRL), que constituirá en el próximo capítulo en centro de nuestra atención, y proveer al ejercicio de este derecho de semejante refuerzo protector²⁶⁸. Por lo demás, sólo en el caso de un alegato malintencionado, contumaz o temerario del *ius resistentiae*, se debería exponer al trabajador a una sanción conforme a la graduación que corresponda.

²⁶⁷ No así para un sector de la doctrina que ha manifestado que lo que procede, en estos casos, es una respuesta disciplinaria que no obvie el cúmulo de circunstancias concurrentes. Concretamente, MONTOYA MELGAR observa que si en el correspondiente proceso queda acreditado que la orden goza de una «fuerte apariencia de irregularidad», la actitud del trabajador, aun conformando una desatención de los deberes contractuales, no resultará culpable y, por tanto, habrá de corresponder una sanción, si bien una más suave que el despido disciplinario («El poder de dirección...», cit., pp. 588-589).

²⁶⁸ En el mismo sentido y en defecto de un precepto similar al mentado que articulase legalmente el ejercicio general del *ius resistentiae*, FABREGAT MONFORT proponía la aplicación analógica de dicho pasaje legal («La posición del trabajador...», cit., p. 30).

CAPÍTULO CUARTO

EL RECONOCIMIENTO NORMATIVO DEL *IUS RESISTENTIAE*

I. SUPUESTOS LEGALES DE LEGÍTIMA OPOSICIÓN A LA VOLUNTAD PATRONAL Y GARANTÍA DE INDEMNIDAD

Por fortuna, en la actualidad el derecho de resistencia del trabajador no sólo se ha ido admitiendo en nuestra praxis judicial, en contados supuestos, como una válida y operativa excepción al *solve et repete*, sino que también se le ha otorgado carta de naturaleza normativa al ser objeto de regulación legal, unas veces, en función de la modalidad contractual suscrita (singulares previsiones para el contrato a tiempo parcial); en torno al ámbito de actividad (para los profesionales del periodismo); y otras cuando se ven implicadas un grupo específico de directrices empresariales susceptibles de ocasionar un grave perjuicio a la salud e integridad del trabajador. Como se ha tratado de plasmar en páginas anteriores, el eje dirección/obediencia ha permanecido durante mucho tiempo sujeto a interpretaciones exclusivamente productivistas, sustentadas sobre la lógica de una estructura verticalizada de la empresa. El mero hecho de que la postura jurisprudencial mayoritaria haya venido a reconocer el derecho de resistencia únicamente en situaciones «gravemente anómalas»¹, vinculadas habitualmente al ejercicio de un derecho fundamental y tamizadas por el criterio de la excepcionalidad, hace que cobren una particular relevancia tales previsiones normativas pues encarnan, a mi parecer, un ágil y polivalente llamamiento a la consolidación de una lectura radicalmente tuitiva de los derechos de los trabajadores. Junto a ello, aunque se deba hacer hincapié en una técnica jurídica no del todo perfeccionada pues deja abiertas ciertas fisuras en relación a la salvaguardia de la posición subjetiva que ocupa el trabajador, se debe destacar el importante avance que supone el reconocimiento en dichas disposiciones legales de una garantía de indemnidad (en su acepción «genérica»² o extensiva) que coadyuva a la plasmación práctica del derecho. Todo ello en plena consonancia con la indisponibilidad de los derechos recogidos legal y convencionalmente que en nuestro ordenamiento jurídico juega de forma limitadora u ostensiblemente reductora del espacio dejado a la libre autonomía de la voluntad.

¹ CALVO GALLEGO, F.J. y GONZÁLEZ BIEDMA, E., «Las relaciones de trabajo en las empresas públicas», en *RL*, vol. I (1992), p. 319.

² RODRÍGUEZ PIÑERO, M., «Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y represalias empresariales», en AA.VV., *Derecho vivo del trabajo y Constitución*, MTAS, Madrid, 2003, p. 649.

1. Garantía al libre ejercicio de la función informativa

Entrando de lleno en el examen de la versión legal de un límite específico al ejercicio del poder de dirección, esta vez con ánimo de amparar la integridad ética y profesional del trabajador, es necesario comenzar mencionando que los profesionales del periodismo gozan de un derecho concreto frente a las empresas de la información para las que desarrollan su trabajo. Evidentemente se está aludiendo a la cláusula de conciencia, derecho constitucional que protege «la libertad ideológica, el derecho de opinión y la ética profesional» (STC 225/2002, 9 de diciembre, Fj. 4º) y nace ligado íntimamente al derecho fundamental a la libertad de información, el cual, a su vez, constituye el «presupuesto básico»³ para el ejercicio del referido instrumento jurídico que aparece recogido en el mismo párrafo de su privilegiado emplazamiento normativo (art. 20.1, *d* CE)⁴. Como premisa es necesario comenzar poniendo de manifiesto que el colectivo que presta servicios por cuenta ajena en el proceso de comunicación social se encuentra sometido a una disciplina de empresa, la que marca el medio informativo que lo ha contratado. Nos encontramos esta vez ante un conflicto motivado por el ejercicio de un mismo derecho («a comunicar o recibir libremente una información veraz»), desde ópticas contrapuestas, por los dos sujetos titulares del mismo: el profesional dependiente que elabora la información y la empresa periodística. El primero necesita mantener su independencia a salvo de injerencias externas que condicionen el desempeño de su actividad comunicadora pero también de presiones internas provenientes de la dirección de la empresa, tanto pública como privada⁵. Pero, del

³ Así, PALOMEQUE LÓPEZ, M.C y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, cit., p. 129.

⁴ Repárese en que la propia LOCC en su EM subraya que el derecho a la cláusula de conciencia es «elemento constitutivo del derecho fundamental a recibir y comunicar información». Para un reciente estudio sobre la naturaleza jurídica de la cláusula de conciencia me remito a ROJAS RIVERO, G., *Cláusula de conciencia...*, pp. 21-23.

⁵ LLAMAZARES CALZADILLA, Mª C., *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 127-128, reseña que los profesionales que desarrollan su trabajo en los medios públicos de comunicación, a la vista las exigencias de objetividad e imparcialidad que tiñen necesariamente la actividad en las empresas informativas públicas, no se verán asistidos por el derecho a la cláusula de conciencia en su contenido más clásico (la posibilidad de extinguir unilateral e indemnizadamente el contrato de trabajo). En la misma línea, PÉREZ ROYO, J., «La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas», en AA.VV., *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 61-62 y CALVO GALLEGO, F.J., «Algunas reflexiones sobre la nueva Ley de cláusula de conciencia», en *RL*, vol. I (1998), p. 396. Opinión contraria, entre otros, en ROJAS RIVERO, G., *Cláusula de conciencia...*, cit., pp. 36 y 39-40, donde la autora defiende la aplicabilidad de la cláusula también en el ámbito de las empresas de titularidad pública y ello al margen del análisis crítico que podría merecer la asunción por parte del medio de una concreta línea ideológica. Conjuntamente, es dable reseñar que la Federación de Sindicatos Periodistas (FeSP) en el documento de junio de 2003 «Por una reforma democrática de los medios públicos de comunicación», sugiere como elemento integrante de una propuesta global de redefinición de los medios audiovisuales públicos la operatividad en este ámbito de la cláusula de conciencia, «entendida también como el derecho del profesional a negarse a elaborar una información contraria a los principios éticos de la profesión».

mismo modo, no cabe desconocer que el órgano o medio difusor de la información también está amparándose en este derecho cuando sirviéndose de la prestación laboral de su personal está brindando al mercado una determinada opción ideológica⁶. La actividad productiva de contenido intelectual a cargo del empleado actúa como cauce de ejercicio y manifestación del derecho fundamental del propio empleador⁷. Vale la pena, al respecto, recordar que el constituyente reconoció «a la libertad de prensa un aspecto institucional, además de su aspecto subjetivo» y es en virtud de aquél que estas organizaciones empresariales tratan de preservar el pluralismo político proclamado en el primer artículo de nuestra Ley Fundamental como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico⁸.

Pues bien, sucede que el ejercicio legítimo del derecho por el trabajador deberá necesariamente coordinarse y cohererse con el de la empresa. Y llegados a este punto, concedores del delicado equilibrio entre la libertad de ambos sujetos, la articulación y respuesta a las eventuales confrontaciones pasará necesariamente por el concreto contenido de la cláusula de conciencia, el cual, a su vez, forma parte de las estipulaciones del contrato de prestación de servicios periodísticos, incorporándose implícitamente al contenido de tal negocio jurídico⁹. Acogida nominalmente en el Texto Constitucional y consagrada de forma específica en la LO 2/1997, de 19 de junio (LOCC, de aquí en adelante)¹⁰, a través de la cual se dotó de un marco regulador a su ejercicio, son tres las hipótesis ante las cuales entra en juego la protección de la conciencia e independencia del trabajador¹¹, si bien sólo una de ellas ampara en verdad la oposición legítima de un derecho de resistencia frente al proceder directivo del medio

⁶ De manera diáfana declaraba QUADRA-SALCEDO, T., «La cláusula de conciencia: un Godot constitucional», en *REDC*, núm. 23 (1988), p. 51, que la empresa de comunicación es «no sólo una expresión de su derecho de propiedad y de su derecho a desarrollar cualquier actividad mercantil o profesional, sino además una expresión de sus convicciones o ideas; y en último extremo expresión de un proyecto intelectual o espiritual determinado, aun cuando no se invoquen específicas ideas o convicciones. La empresa de tendencia supone así una ampliación del soporte corporal o físico ordinario por medio del cual se ejercen los derechos de libertad».

⁷ CALVO GALLEGOS, F.J., *Contrato de trabajo...*, cit., p. 74.

⁸ Voto particular a la STC 6/1981, 16 de marzo.

⁹ CARRILLO LÓPEZ, M., «La cláusula de conciencia de los periodistas en la Constitución española de 1978», en *REP*, núm. 49 (1986), pp. 166 y 170.

¹⁰ La primera expresión legal del derecho proviene del Derecho francés, concretamente de la Ley de 29 de marzo de 1935 (*Statut des Journalistes Professionnels*), incorporada al art. 761.7 *Code du Travail* (en su actual formulación, art. L7112-5). La norma se había inspirado en el Informe de la OIT, realizado en 1928, a propósito de las condiciones de trabajo de los profesionales de la información. Sobre la originaria normativización, consúltese DURAND, J.L., «La clause de conscience des journalistes professionnels», en *Dr. Soc.*, núm. 3 (1994), pp. 256-257.

¹¹ Garantía también «de cara a la protección de su dignidad profesional, de sus criterios deontológicos y de sus legítimos derechos laborales a la libre orientación profesional y a la promoción a través del trabajo», BAZ RODRÍGUEZ, J., «La cláusula de conciencia de los profesionales de los medios de comunicación del art. 20.1, d CE: un supuesto de ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador en la empresa (I)», en *AL*, vol. III (1994), p. 736.

de comunicación. Traducido, es más, en una negativa a firmar o simplemente a no informar bajo determinadas y tasadas circunstancias¹².

Para hacer una exposición ordenada hay que partir señalando que las eventuales confrontaciones en torno al ejercicio del derecho gozan de un particular relieve en este campo pues se producen en un contexto especialmente singular, no ya por su mayor o menor grado de «tendencialidad» en comparación con otro tipo de empresas ideológicas, sino por la especial posición que en este caso asume el deudor contractual en relación a la consecución de los fines de la organización. El profesional de la comunicación que pretende salvaguardar su libertad ideológica y ética profesional es el sujeto activo del derecho individual a la cláusula de conciencia¹³ pero constituye, al mismo tiempo, un instrumento cardinal para la transmisión, mediante una específica labor intelectual y creativa, de una concreta corriente de pensamiento, precisamente, de los principios rectores de la tendencia ideológica que sostiene la actividad de la empresa. Desde este punto de vista cobra un especial sentido la positivización de dicha cláusula a través de la cual se modulan los derechos y obligaciones contractuales que asumen las partes¹⁴.

En un principio la Ley recoge un doble presupuesto habilitante de su ejercicio para los cuales se prevé una misma consecuencia jurídica. En concreto, se vislumbra el derecho del trabajador a resolver unilateralmente el contrato cuando se produce, con posterioridad a la firma del contrato, una alteración «sustancial de orientación informativa o línea ideológica» (la faceta más conocida de la cláusula de conciencia) o un traslado a «otro medio del mismo grupo que por su género o línea suponga una ruptura patente con la orientación profesional del informador»¹⁵. Principalmente en el primer supuesto se produce una mutación o desviación legítima de los criterios ideológicos que venían marcando el modo de interpretar la información en el medio de

¹² QUADRA-SALCEDO, T., «La cláusula...», cit., pp. 58-60.

¹³ Vid. STC 199/1999 (Fj. 4º) donde se concreta el campo subjetivo de aplicabilidad de la cláusula declarando que «no puede hacerse con abstracción de las funciones realizadas, como tampoco limitarse indebidamente a determinadas categorías profesionales excluyendo otras potencialmente susceptibles de ser integradas en la regulación de la cláusula». La delimitación de la titularidad del derecho obliga a distinguir los profesionales que desempeñan labores de tendencia a través de las cuales se exterioriza un mensaje consonante con la línea ideológica del medio (con independencia de la materia sobre la que verse su actividad) de aquellos otros que llevan a cabo funciones de carácter neutro, con un contenido no informativo. Anteriormente, APARICIO TOVAR se había manifestado contrario a la propia existencia de tareas neutras en las llamadas empresas ideológicas («Relación de trabajo y libertad de pensamiento en las empresas ideológicas», en AA.VV, *Lecciones de Derecho del Trabajo en Homenaje a los profesores Bayón Chacón y Del Peso y Calvo*, FDUCM, Madrid, 1980, p. 305).

¹⁴ Vid. BAZ RODRÍGUEZ, J., «La cláusula de conciencia...», cit., pp. 732-733.

¹⁵ Sostenía RIVERO LAMAS que, en líneas generales, si el trabajador «opta por seguir trabajando en la empresa bajo la nueva orientación ideológica, no podrá resistir las órdenes que supongan un cambio respecto de aquellas que aceptó originariamente» («Art. 20...», cit., p. 317). De igual manera en GORELLI HERNÁNDEZ, J., «Deber de obediencia...», cit., p. 92.

comunicación al que se vincula el trabajador. Pautas que componen la línea editorial del medio informativo a las que inicialmente prestó su consentimiento el informador y frente a las cuales se prevé *ex lege* la extinción indemnizada del contrato a modo de cláusula *rebus sic stantibus*¹⁶. La razón para inexigir el mantenimiento de la relación, como podrá preverse, es la de resguardar al profesional de las circunstancias sobrevenidas que impiden o dificultan el ejercicio de su libertad informativa en las condiciones que inicialmente se pactaron. Se trata de preservar sus convicciones personales que forman parte de la dignidad humana, así como el derecho a encauzar libremente su profesión u oficio y las reglas éticas que inspiran y guían su conducta profesional¹⁷. Ahora que, como resulta fácil de entender, no son estos factores desencadenantes de la cláusula de conciencia los que interesan al presente estudio, sino el tercer precepto donde se da cabida a un auténtico supuesto legal de *ius resistantiae* como medio para solventar las fricciones que pudieran surgir entre el medio de comunicación y el informador¹⁸.

¹⁶ En relación al momento de ejercicio de este derecho y la posibilidad de cese anticipado de la prestación previo a la reclamación judicial, se debe reseñar que existe un amplio debate aún no zanjado, si bien me remito al especialmente completo y acabado razonamiento que expone ROJAS RIVERO, G., *Cláusula de conciencia...*, cit., pp. 81-100. Por otra parte, importante es la doctrina manifiestamente garantista de la STC 225/2002, de 9 de diciembre, donde se otorga el amparo a un periodista del *Diario Ya*, declarando que éste «tiene derecho a preservar su independencia ante situaciones de mutación ideológica desde el momento en que la considere realmente amenazada, evitando conflictos con la empresa de comunicación (que legítimamente puede alterar su línea ideológica) y riesgos de incumplimiento que, de permanecer en ella, pudieran darse y provocarle perjuicios por razón de su legítima discrepancia ideológica con la nueva tendencia editorial». De acuerdo a una interpretación finalista de la LOCC para satisfacer las exigencias constitucionales en este caso, el Alto Tribunal estimó que la paralización inmediata de la actividad productiva del profesional no constituye una mera cuestión procedimental sino que afecta de manera consustancial al contenido mínimo del derecho a la cláusula de conciencia. Admite por tanto la posibilidad de dimisión dejando para un momento posterior la solicitud de la indemnización por los cauces jurisdiccionales adecuados y ello con independencia del resultado del ejercicio de la acción en vía judicial pues, advierte el Tribunal, no resulta admisible constitucionalmente «aceptar la vulneración del derecho fundamental, siquiera sea con carácter transitorio –durante el desarrollo del proceso –». El ejercicio de un derecho fundamental sirve aquí para legitimar la interrupción de la prestación y el abandono del trabajador entreabriendo un camino interpretativo a mi juicio muy interesante dado que ahonda en el valor destacado de los intereses constitucionalmente protegidos y en la protección de la que ha de ser objeto el ejercicio de los derechos fundamentales también en el ámbito laboral. Es por esto que en absoluto puede compartirse la crítica que realiza a la referida sentencia ESCOBAR DE LA SERNA, L., «El TC y la cláusula de conciencia», en *Doxa Comunicación*, núm. 1 (2003), pp. 136-139, en tanto, afirma el autor, fuerza la interpretación de la norma para alcanzar la finalidad protectora perseguida.

Sobre las cuestiones estrictamente procesales del ejercicio de la acción resolutoria, *vid.* CALVO GALLEGO, F.J., «Sobre el modo de ejercicio de la cláusula de conciencia y otras cuestiones conexas», en *AS*, núm. 20 (2002), pp. 23-29; CARDONA ÁLVAREZ, A.M., y JERÓNIMO SÁNCHEZ-BEATO, E., «Resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador y cláusula de conciencia del profesional de la información», en *AL*, vol. III (2003), pp. 718-721.

¹⁷ Como se ha dicho, «la dignidad y la libertad de la persona individual debe prevalecer sobre los derechos de los grupos, pues no hay que olvidar que en fin de todo grupo es la obtención de mejoras para el disfrute de los individuos», ROJAS RIVERO, G., *La libertad de expresión...*, cit., p. 216.

¹⁸ CARRILLO LÓPEZ excluye del contenido del derecho a la cláusula de conciencia al art. 3 de la norma, «La Ley Orgánica de la cláusula de conciencia de los periodistas: una garantía atenuada del derecho a la información», en *CDP*, núm. 2 (1997), pp. 191-192.

1.1. La cláusula de conciencia en su dimensión de resistencia a las facultades de mando en la empresa de comunicación

Como parte integrante de su contenido central, la LOCC recoge en el art. 3 el derecho subjetivo del profesional dependiente a abstenerse de la realización (y propagación) de un trabajo informativo bajo determinadas circunstancias. *Grosso modo*, esta garantía constituye también un pilar esencial sobre el que se sustenta la libertad de comunicación y se erige, a su vez, en pieza fundamental de una sociedad democrática. Existiendo en este ámbito una línea editorial previamente definida en cada uno de los medios de comunicación, la empresa está en su derecho, como se ha afirmado, de velar por la integridad del ideario que defiende y, en definitiva, «de exigir cierta dosis de unitarismo para que la propagación del mensaje a la colectividad sea real y efectivo»¹⁹. Desde esta perspectiva parece de recibo reseñar que los autores de la información que se proyecta sobre la masa social asumen una deuda laboral cualificada puesto que su aportación intelectual no únicamente está al servicio de las exigencias conocidas de veracidad anudadas al deber de diligencia profesional, sino que, además, se deben a la orientación ideológica del medio de comunicación, al credo en que se basa la institución, siendo necesariamente el fruto de su trabajo compatible o consecuente con la misma. Sin embargo, convendría no olvidar que aun con ciertas limitaciones, estos trabajadores a los que se les demanda una cierta sintonía con el ideario empresarial, han de poder disfrutar del libre ejercicio de sus derechos fundamentales y esta idea es la que inspira la previsión que la norma citada incorpora en su tercer artículo. La misma se propone, aunque no de forma absoluta como se verá a continuación, asegurar la posición individual del informador y garantizar el respeto en este ámbito al código ético o deontológico de estos profesionales salvaguardándolo de las intrusiones que sobre el mismo pretendiera el titular del medio de comunicación²⁰. Lo que sucede, en suma, es que se diseña un instrumento dirigido específicamente a dotar de efectividad a la libertad de información y ello pese a que los titulares del derecho desempeñan tareas ideológicas. Conforman ésta una excepción, como más tarde explicaré, a los cánones que

¹⁹ BLASCO JOVER, C., «La libertad de expresión en el seno de los medios de comunicación. A propósito de la STC 125/2007, de 21 de mayo», en *AS*, vol. V (2007), p. 1742.

²⁰ Es doctrina del TC que las normas de deontología aprobadas por los Colegios profesionales o sus respectivos Consejos Superiores u órganos equivalentes «no constituyen simples tratados de deberes morales», sino que gozan de valor jurídico y generan obligaciones de necesario cumplimiento para los miembros colegiados en tanto «responden a las potestades públicas que la Ley delega en favor de los Colegios para “ordenar (...) la actividad profesional de los colegiados, velando por la ética y dignidad profesional y por el respeto debido a los derechos de los particulares”». En base a ello, GARCÍA TESTAL, en opinión que comparto, subraya que las órdenes o instrucciones empresariales que suponen la vulneración de una de estas normas deontológicas, en tanto encarnan una extralimitación del ejercicio del poder directivo, no son susceptibles de generar el deber de obediencia en el trabajador y, por tanto, resulta legítimo el recurso al *ius resistentiae* sin que quepa sanción alguna por parte del empresario, *Ejercicio asalariado...*, cit., pp. 363-365.

habitualmente, en relación a las funciones sustancialmente «de tendencia», dirimen las discordancias entre los principios morales e ideario del trabajador y el contenido de las órdenes e instrucciones del estrato dirigente de este tipo de empresas²¹.

Hay que destacar, como premisa fundamental, que la conciencia del informador, sus derechos y libertades constitucionales, intervienen a modo de contrapeso con la determinante virtualidad de limitar la normal sujeción del asalariado al poder de dirección. No resulta necesario ni oportuno un largo discurso, que por lo demás sería reiterativo, para poder afirmar que las actuaciones patronales que supongan un ejercicio abusivo de sus prerrogativas de mando y que, en el supuesto que nos ocupa, dieran lugar a órdenes o instrucciones que traspasaran las barreras levantadas normativamente al ejercicio de las facultades directivas, aquéllas derivadas del contenido mismo del contrato de trabajo, o fueran irrespetuosas con el derecho a la dignidad y a la información del profesional, permanecerían desprovistas de la oportuna protección legal y constitucional. Es evidente que la expresión extralimitada del poder patronal no queda resguardada bajo la invocación del derecho a la libertad de información de la organización empresarial. Cuando se está ante un comportamiento ilícito o irregular del medio (v. gr., se fuerza al profesional a redactar una información que conculca los requerimientos más elementales de la veracidad, los cuales limitan en sede constitucional el derecho a la información, pues de él se espera que falsee deliberadamente una noticia, provoque confusión u oculte datos relevantes) no nos encontramos en verdad ante una confrontación jurídica entre las coordenadas éticas que presiden la conciencia del empleado y las órdenes del empresario que haya de resolverse a través de dicha cláusula. Expresado de otro modo, no es una cuestión abierta a la modalización de los derechos de las dos partes contratantes en el seno de una relación laboral de estas características. Es éste un problema de límites, en concreto, de aquéllos que demarcan el ámbito protegido por el derecho fundamental. Y como tiene declarado una autorizada doctrina, si se tratase de una actuación ilegítima de la empresa que le reclama, por ejemplo, la transmisión de rumores e invenciones carentes de toda constatación o de simples conjeturas insidiosas y noticias infundadas, tiene el trabajador derecho a resistirse poniendo a salvo su legítimo derecho a comunicar información veraz. Dicho de otro modo, «no se hablaría de conciencia, sino de abuso de derecho o de falta de derecho del empresario. Sólo cuando, a pesar del ejercicio

²¹ Destaca CARRILLO LÓPEZ la incuestionable relevancia de este precepto en tanto que «coadyuva a que las decisiones profesionales sobre los contenidos informativos respondan más a la lógica de la razón colectiva (la codecisión) que a la simple decisión jerárquica. Especialmente porque en este último caso, el criterio jerárquico no siempre excluye la aparición de una forma deontológica no siempre asumible». «Cláusula de conciencia y secreto profesional de los comunicadores», en AA.VV. (Coords. Carpizo, J. y Carbonell, M.), *Derecho a la información y derechos humanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2000, p. 414

legítimo de un derecho del empresario, la conciencia resulta herida, tiene sentido proteger la conciencia»²².

Un supuesto no equiparable al anterior es el objeto del desarrollo legislativo del art. 20.1, *d* CE que en el contexto de las relaciones laborales proporciona el citado precepto. Este tercer motivo de alegación se configura como un *ius resistentiae* específico de los trabajadores de la información en caso de que las consignas patronales pugnen con los principios deontológicos de la profesión²³, si bien no aparece en el texto legal indicación alguna que precise cuáles son los valores básicos y generales del oficio²⁴. En efecto, la norma deja un amplio margen de interpretación al trabajador y, en ulterior instancia, al juez que tenga que pronunciarse sobre la invocación concreta del instrumento jurídico estudiado. Se despejan, no obstante, en este campo, todas las dudas que pudieran surgir cuando se entra a enjuiciar la posibilidad de hacer extensible el derecho de resistencia a la inobservancia de consignas patronales contrarias a los postulados éticos y morales de una profesión. Dicho instrumento jurídico, solapándose con el valioso grado de protección que a los derechos fundamentales ha otorgado a lo largo de estos años la jurisprudencia constitucional, toma como punto de partida la

²² QUADRA-SALCEDO, T., «La cláusula...», cit., p. 54. De igual modo declaraba CALVO GALLEGO que en estos casos «el reclamo a la cláusula de conciencia se nos presenta, como una vía errónea, al menos innecesaria, para alcanzar unos resultados que, en nuestra opinión, se deducen simplemente del ordenamiento laboral», en *Contrato de trabajo...*, cit., p. 281. Opinión secundada también por BAZ RODRÍGUEZ, J., «La cláusula de conciencia...», cit., p. 734 y MOLINA NAVARRETE, C., *Empresas de comunicación y “cláusula de conciencia” de los periodistas*, Comares, Granada, 2000, p. 175.

²³ Sobre las garantías inhibitorias deducibles del derecho fundamental y la protección frente a represalias recogida en el art. 3 de la LOCC, *vid.* la SJS Jaén, 4 octubre 2004, (AS/2666). La norma se muestra, en verdad, más restrictiva que la Proposición de ley presentada por el grupo parlamentario IU-IC (BOCG 14 de septiembre de 1993, Serie B, núm. 24-1), pues ésta incluía también como presupuesto desencadenante de la cláusula de conciencia la negativa del periodista a participar en la redacción de informaciones que se excedieran del marco ideológico pactado negocialmente y no se ajustaran al estilo propio definido por los principios editoriales del acreedor contractual, más concretamente, «contrarias a la orientación informativa o línea ideológica del medio de comunicación». Siempre que, claro está, las discrepancias se produjeran ocasionalmente. De otro modo, si el conflicto fuera constante, el trabajador estaría legitimado para solicitar la extinción indemnizada de su contrato de trabajo. Con todo, está a mi parecer en lo cierto MOLINA NAVARRETE cuando afirma que la efectividad de la cláusula «permite integrar el contenido del art. 3 LO por vía interpretativa, y entender la legitimidad de la resistencia del profesional a elaborar trabajos típicos de una publicación de un carácter o estilo contrario al propio de la comunicación –obligación de respeto de la orientación informativa salvo cambio del mismo–. De la misma manera, no parece legítimo obligar a un profesional vinculado con una publicación que se declara expresamente comprometido con una determinada línea o principios editoriales a realizar tareas informativas contrarias de forma patente a tal línea o principios, salvo que se consolide como un cambio incluíble en el supuesto del art. 2 LO» (*Empresas de comunicación...*, cit., p. 151).

²⁴ Conviene llamar la atención sobre la existencia de una Proposición de Ley de Estatuto del periodista profesional presentada por IU-IC (BOCG 23 de abril de 2004, Serie B, núm. 44-1), elaborado por el Foro de Organizaciones de Periodistas como consecuencia del mandato recibido por la II Convención de Periodistas celebrada en Valladolid en mayo de 2000, que incluye en el Anexo una relación sistemática de los deberes éticos que están obligados a respetar los periodistas. Coexisten, además, otros códigos deontológicos, estatales y supraestatales, que regulan estas cuestiones. Al respecto, me remito al estudio realizado por CALVO GALLEGO, F.J., «Algunas reflexiones...», cit., pp. 416-418.

búsqueda de una concordancia práctica y de un adecuado equilibrio entre la obligación laboral de obediencia del dependiente y el sistema de valores que rigen el buen hacer profesional de la comunidad de informadores y, haciendo gala de una diáfana declaración, hace prevalecer, aun parcialmente, uno de los dos derechos enfrentados atribuyendo al trabajador una facultad que va más allá de la mera posibilidad de disolver indemnizadamente la relación²⁵. Resumidamente, la norma concreta hasta qué punto cabe invocar la cláusula en detrimento del poder de dirección y organización patronal para amparar los derechos del profesional: los condicionamientos bajo los que se reconoce el juego del *ius resistentiae* frente al empresario informativo remiten única y exclusivamente al rechazo a participar en informaciones antitéticas al modelo deontológico de la profesión debiendo, conjuntamente, explicar las razones que le mueven a adoptar tal posicionamiento.

Dicha valoración pese al silencio de la ley, excesivamente escueta en este punto, corresponde al informador. Parece obvio que la resistencia del asalariado no está subordinada a la previa estimación judicial de la ilicitud de la consigna empresarial. No ha sido la intención del legislador institucionalizar un supuesto de *solve et repete* y, consecuentemente, la intervención jurisdiccional únicamente tiene sentido cuando ya se ha producido la desobediencia y exteriorizado el conflicto entre ambos sujetos²⁶. Las consecuencias jurídicas tras invocar la cláusula vienen recogidas en el mismo art. 3 *in fine*. Se protege al trabajador de las medidas disciplinarias adoptadas para reprender su

²⁵ Subraya, así, BAZ RODRÍGUEZ, «que nos encontraríamos, en el caso examinado, ante un cierto replanteamiento o reequilibrio de la relación entre los poderes empresariales y los derechos individuales, que deriva de la consciencia de que la garantía de una comunicación pública libre no sólo depende de la consecución de un pluralismo informativo en su vertiente empresarial, sino también de la existencia de ciertos límites a la mercantilización de la información que pasan, de nuevo, entre otros factores, por dar a la prestación laboral el trato de trabajo intelectual. De este modo volvería a adquirir un nuevo sentido, un nuevo valor la preservación de los derechos inalienables del profesional, dado el sucesivo entronque desde el nivel más concreto al más abstracto, entre las libertades de expresión y comunicación, la libertad ideológica o de conciencia, hasta llegar a la propia dignidad humana del artículo 10.1 CE», en «La cláusula de conciencia...» (y II), cit., p. 749

²⁶ Sumamente interesantes resultan algunas de las previsiones que se contemplan en ciertos Estatutos de Redacción que, plausiblemente a mi modo de ver, brindan un importante papel a los Comités o Consejos de Redacción a la hora de intervenir como parte mediadora en un conflicto en este ámbito. De este modo, en el art. 14 del Estatuto de Redacción de *El País*, pionero en la materia y en *El Periódico de Cataluña* en el que, a parte de otras competencias, el Comité Profesional (órgano de representación profesional de la Redacción) asume la función de instancia mediadora y podrá pronunciarse sobre si se dan los presupuestos «que hacen inviable la colaboración o el trabajo» de un redactor en caso de que éste se haya negado a colaborar en la confección de informaciones en contradicción, bien con los principios éticos y profesionales del periodismo, bien con sus propias convicciones. Éste deberá haber comunicado previamente, por escrito y de forma argumentada, tal decisión al Director y a dicho Comité «especificando las causas que le impiden llevar a término su trabajo». Por otro lado, la Proposición de Ley de Estatuto del periodista profesional prevé que la empresa deberá solicitar, como trámite anterior a la interposición de la demanda judicial, un dictamen preceptivo al Comité de Redacción (definido como «cauce de participación de los periodistas en la orientación profesional» y «órganos de mediación entre las empresas y los periodistas») cuando un informador invoque su derecho a la cláusula de conciencia por violar el encargo empresarial las normas del código deontológico.

actuación defensiva, pero también de aquellas otras decisiones que subrepticamente ocultaran cualquier tipo de represalia contra el mismo (utilizando el poder de dirección, a través de una orden de traslado, modificaciones ya sean éstas sustanciales o no, postergación en las posibilidades de promoción profesional, supresión de complementos retributivos, etc.). Además habrá que entender que exclusivamente actúa el *ius puniendi* del empleador cuando el profesional dependiente obra negligentemente, su oposición a la orden impartida no es razonable ni honesta, o bien no aporta los motivos y razones correspondientes. Incluso, también cuando pueda probarse un uso fraudulento de la cláusula, esto es, que la intención no fue en ningún momento la de preservar el patrimonio deontológico de la profesión sino ocasionar algún perjuicio al interés del medio de comunicación. Aun constatada la errónea apreciación del trabajador, el juez podrá decretar que una sanción acompañe al comportamiento del trabajador únicamente cuando se aprecian las circunstancias señaladas. Y ello porque debemos inclinarnos a aplicar nuevamente la conocida lógica normativa que se extrae de la contemplación de la solución dada por el propio legislador a este tipo de problemas en la legislación de prevención de riesgos laborales²⁷.

1.2. A favor del entendimiento amplio del derecho

En atención a la literalidad de la norma, parece no abrirse paso el derecho de resistencia en aquellos casos en los que el supuesto desencadenante necesario para apelar a la cláusula de conciencia es aquél según el cual el derecho de la empresa a fijar su orientación ideológica entra en contradicción con las ideas sustentadas en el propio fuero personal del informador. No se trataría ya de tutelar los principios deontológicos más elementales de un oficio, sino de salvaguardar de toda injerencia patronal las convicciones éticas y morales del trabajador, esto es, su derecho a conducirse de acuerdo a los dictados de la propia conciencia²⁸. En la línea de lo que ya se ha dejado

²⁷ De este modo, CALVO GALLEGO, F.J., «Algunas reflexiones...», cit., p. 419.

²⁸ Así lo contemplan algunos Estatutos de Redacción de diversos medios, los cuales pueden llegar a desempeñar en este ámbito un importante cometido, articulando las medidas para garantizar un mejor ejercicio de este derecho y amparando situaciones o conductas no contempladas expresamente en la norma bajo la protección del derecho constitucional estudiado. En concreto, el Estatuto de *El País* sostiene en su art. 5 que cabe alegar la cláusula de conciencia «cuando a algún miembro de la redacción se le imponga la realización de algún trabajo que él mismo considere que vulnera los principios ideológicos y violenta su conciencia profesional». Parecida fórmula abierta adoptan el art. 35 del Estatuto de la *Agencia EFE* y el Estatuto del *Periódico de Cataluña*: «los periodistas tienen derecho a negarse a colaborar en la confección de informaciones contrarias a sus convicciones o a los principios éticos y profesionales del periodismo». El Estatuto Marco de Redacción del Colegio de periodistas de Cataluña tiene declarado que «un miembro de la redacción no podrá ser obligado a cumplir un acto profesional o a expresar una opinión contraria a sus convicciones, a la ética profesional o a los principios editoriales». Estos acuerdos privados, no se olvide, tienen por objeto la imposición de un marco deontológico aplicable en el ámbito de una empresa editora, ordenando entonces las relaciones de los profesionales entre ellos, con la dirección y con la propia empresa (*vid.* CARRILLO LÓPEZ, M., *La cláusula de conciencia y el*

apuntado en relación a la necesidad de superar los postulados del principio de neutralidad que aún hoy continúan percibiéndose en los pronunciamientos del TC, sería atinado apostar, con carácter general, por una gestión más democrática de la empresa que garantice la integridad de bienes cualificados que no pertenecen al ciudadano-trabajador, sino propiamente, a la ciudadanía en su conjunto –y, en particular, en este contexto, de los derechos de opinión, de información y la ética profesional de redactores y periodistas–. Así pues, conocidas las persistentes reticencias de los tribunales españoles por exigir de la empresa una actuación positiva en apoyo de la adaptación de las tareas y condiciones de trabajo a los derechos inherentes a la personalidad²⁹, y habiéndose procedido al desarrollo legal del estudiado precepto constitucional, hubiese sido recomendable la incorporación normativa de una garantía individual de carácter globalizador que permitiera al empleado retraerse de tratamientos o decisiones empresariales que pudieran violentar la independencia moral, las creencias íntimas del trabajador y su apreciación subjetiva de la deontología profesional³⁰.

La disposición de un mandato legal que concediese de forma más articulada y garantista un *ius resistentiae* en estos supuestos supondría, de forma indiscutible y sin ambages, la ampliación del contenido del derecho profesional específico contemplado en la norma, configurado, ahora sí, como un derecho de objeción de conciencia por motivos estrictamente individuales³¹. Con ello se habría abierto una inestimable vía a

secreto profesional de los periodistas: una aproximación al estatuto jurídico de los profesionales de la información, Civitas, Madrid, 1993, p. 90).

A su vez, hoy parece vislumbrarse una tendencia favorable al reconocimiento de dicha posibilidad por algunos convenios colectivos de empresa relacionada con el sector. De este modo, en el Anexo VI, Capítulo IV, art. 5 CC. Radiotelevisión Valenciana (DO C. Valenciana, 30 diciembre 1998), según el cual cada miembro de la redacción tiene la facultad de oponerse «a hacer un determinado trabajo que le sea encomendado, cuando considere que vulnera los principios del ordenamiento constitucional o la Ley de Creación de RTVV o violenta su conciencia»; art. 6 CC. Fundación para la Información de Teruel (FITE), (BO Teruel, 22 febrero 2008), «La Dirección no podrá obligar a los redactores a escribir contra sus principios morales o ideológicos» y art. 47 del CC. Prensa no diaria (BOE 11 octubre 2004), «el personal de redacción no podrá ser obligado a realizar trabajos de carácter informativo en los que emitan opiniones contrarias a sus convicciones», ni se les podrá obligar a «firmar aquellas en las que se les impida expresar su opinión sobre el tema de que se trate, cuando deterioren la objetividad de la información».

²⁹ Vid. la recopilación jurisprudencial y observaciones críticas contenidas en ROMÁN DE LA TORRE, M^a D., *Poder de dirección...*, cit., pp. 313-318 y MOLINA NAVARRETE, C., «Bases jurídicas...», cit., pp. 92 -104.

³⁰ De manera opuesta, CALVO GALLEGO, al defender la inexistencia de verdaderas razones objetivas para incluir este supuesto en el ámbito tutelado del art. 20.1, *d* CE. Matiza, no obstante, que el acreedor contractual no actúa «de forma honesta, correcta y leal, esto es, de acuerdo a la buena fe, si en este tipo de situaciones se negase inmotivadamente a intentar dicha acomodación» («La cláusula de conciencia...», cit., pp. 130-132).

³¹ Siendo palmario el ligamen existente entre objeción de conciencia, libertad de conciencia y libertad ideológica (así lo estimó la STC 15/1982, de 23 abril), se plantean ciertos problemas con el ejercicio de ciertas profesiones, tales como la sanitaria y farmacéutica, para las que no existe regulación legislativa respecto al posible ejercicio del *ius resistentiae* frente a órdenes patronales que imponen la participación en actuaciones que contravienen la conciencia del profesional. Para un estudio al respecto me remito a GARCÍA TESTAL, E., *Ejercicio asalariado...*, cit., pp. 347-362.

través de la cual exigir al medio informador, más allá de su simple neutralidad, el deber de respetar los planeamientos o convicciones éticas, ideológicas y morales del comunicador, exonerándole a este último de la elaboración o participación en informaciones incompatibles con su conciencia, sin ulteriores adjetivaciones. Como es evidente, una interpretación flexible del presupuesto de hecho que la norma contempla permitiría sortear tales deficiencias y rehuir la configuración de un poder patronal absolutamente prevalente y definitivo que se resiste a interactuar, en el ámbito de la empresa, con los derechos fundamentales que se dirigen a reforzar el desarrollo de la personalidad. A mi juicio, no puede dejar de formularse una valoración netamente positiva de la visión integradora y extensiva del contenido de la cláusula de conciencia que rebasa la exégesis más ceñida a las palabras empleadas para que tenga cabida la autotutela del trabajador dirigida, esta vez, a salvaguardar su integridad ética, la propia reputación profesional y, en suma, la imagen general de la actividad informadora³². Ahora bien, no se trata de dar cobertura legal a un derecho de resistencia frente a cualquier tipo de discrepancia con la potestad directiva de la empresa pues como se ha insistido páginas más atrás, incluso siendo deseable potenciar en el ámbito de trabajo el libre y pleno desarrollo de la personalidad del dependiente, no tiene cabida una protección incondicional y absoluta de la propia conciencia al entrar en juego diversas variables en estrecha relación con las prerrogativas patronales.

Una operación teleológica reparadora de la ley, de signo no excluyente, está en consonancia con la constatación de que el trabajador tiene derecho en su trabajo, no sólo a la tutela de su salud física, sino también a su personalidad moral. Y llegados a este punto, resulta oportuno precisar, en primer lugar, que en este particular supuesto también es aplicable la doctrina constitucional general tejida en relación a la supremacía de los derechos fundamentales, aunque la misma sea objeto de matizaciones en este ámbito. Cierto es que el propio contrato suscrito obliga al profesional a tamizar y adecuar sus propias opiniones al ideario que sustenta la organización. Ahora bien, que la orientación ideológica de la empresa incida sobre el objeto de la obligación laboral asumida, y que ésta conlleve la realización de las funciones o tareas de acuerdo a las pautas y fines marcados por la empresa, no se traduce en una total renuncia por parte del trabajador de sus derechos fundamentales, los cuales, como es bien sabido, se verán durante la vigencia del acuerdo negocial modulados en la medida que sea estrictamente necesario para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva o a

³² Así también MOLINA NAVARRETE, C., *Empresas de comunicación...*, cit., pp. 154-158. Como explica el autor, «el carácter ideológico y valorativo de la Constitución suministra múltiples fundamentos para reconocer la necesidad de tutelar de modo efectivo el desarrollo de los valores individuales de la persona en libertad, sintetizados en las cláusulas del art. 10.1 CE, dotando de una inequívoca vocación personalista que reclama un desarrollo legislativo y judicial orientado hacia la máxima efectividad de tales libertades individuales» (p. 176).

fin de satisfacer los intereses empresariales merecedores de protección³³. De manera que una adecuada interpretación ponderativa de los intereses en conflicto habría de llevarnos, en mi opinión, a admitir la invocación de la cláusula de conciencia, bien ante razones de discrepancia ligadas a las creencias íntimas de la persona, bien cuando el mandato impartido entra en contradicción con la concepción individual del desempeño ético de la profesión. Y, en segundo orden, lo que se está defendiendo es la práctica de un *ius resistentiae*, de un derecho a no prestar obediencia a una directriz jurídicamente exigible pero que se opone a la propia conciencia, siendo en todo caso el conflicto o discordancia concurrente entre los diversos intereses enfrentados verdaderamente significativo y no manifiestamente insustancial. De otro modo se pondrían importantes trabas a la gestión empresarial y ésta se vería insoslayablemente supeditada a las convicciones morales o éticas del informador que, repárese, no pueden ser enteramente conocidas por el empleador. Entiendo, así, que el contenido de la cláusula de conciencia ha de ser tal que posibilite el ejercicio de la libertad de información en ciertas condiciones de independencia para contribuir firmemente a una adecuada formación de la opinión pública, lo cual habrá de comportar el derecho del trabajador a rechazar la ejecución de una orden o mandato que genere un desasosiego y grave malestar en el informador o lo que se ha llamado una seria «violentación moral»³⁴ del periodista. Por lo demás, hay que afirmar sin ambages que si el profesional se sirve de la cláusula de conciencia para incumplir determinados cometidos y funciones de forma poco razonable, exagerada o arbitraria, claramente nos hallamos ante una actuación abusiva contraria a la buena fe contractual acreedora de la punición oportuna³⁵.

2. Protección legal del principio de voluntariedad

2.1. Tránsito flexible de los trabajos a tiempo completo y tiempo parcial

Desde la constatación unánime de que los objetivos y principios que han movido el prolijo elenco de reformas laborales en los últimos años, especialmente en lo que se refiere a la regulación legal del contrato a tiempo parcial, se incardinan en la búsqueda constante de la flexibilidad demandada por la empresa, se debe decir que tales propósitos de implantar una regulación profesional que aminore lo máximo posible la

³³ De igual modo en CALVO GALLEGO, F.J., «Algunas reflexiones...», cit., p. 398 y MOLINA NAVARRETE, C., *Empresas de comunicación...*, cit., pp. 99-100.

³⁴ CARMONA SALGADO, C., *Libertad de expresión e información y sus límites*, Edersa, Madrid, 1991, p. 32

³⁵ Vid. QUADRA-SALCEDO, T., «La cláusula...», cit., p. 60. Sugestivas resultan sus observaciones en relación a la conveniencia de establecer técnicas complementarias y moderadoras de los posibles excesos en el ejercicio de la cláusula de conciencia. Más concretamente, se remite a «formas de cierto autocontrol colectivo por todos los profesionales, a través de consejos o sociedades de redactores» que puedan evitar «que caracteres o personalidades muy susceptibles o singulares subjetivizaran en exceso el uso de la cláusula». A su vez, como técnica de control, propone la delimitación normativa del número de veces que dentro de un período de tiempo determinado puede invocarse el derecho.

denostada rigidez del mercado se ha de procurar conjugar con la garantía suficiente de los derechos de estos trabajadores. Antes bien, importa aquí recalcar que no sólo existe el interés del estrato asalariado que labora a tiempo parcial por la estabilidad de su puesto de trabajo y a no ser discriminado por su condición particular respecto al resto de la plantilla contratada a tiempo completo, sino también a que sea tutelada su decisión (necesariamente voluntaria como explícita la norma estatutaria) de optar, sobra decir, al desarrollo de un trabajo de semejante naturaleza y, además, de inclinarse por la conversión de su relación a tiempo parcial por un trabajo a tiempo completo (o viceversa)³⁶. De ahí la trascendencia de la previsión legal que frena, aunque deba después matizarse, todo intento del empleador por recurrir a la reorganización de los factores personales de la empresa a través de una decisión unilateral que imponga la conversión, en función de la conveniencia o utilidad empresarial, de una u otra variante de contratación, ni tan siquiera recurriendo a la modificación sustancial de condiciones de trabajo. Queda así vedado el camino que contempla *ope legis* el art. 41.1, *a* ET pues, en principio, sólo cabe en este asunto el libre acuerdo individual entre las dos partes³⁷. Tales precauciones (aplicables también para el retorno a la modalidad contractual de la que se parta) se acompañan de las correspondientes garantías para el asalariado afectado ya que, textualmente recoge el art. 12.4, *e* ET, «el trabajador no podrá ser despedido ni sufrir ningún otro tipo de sanción o efecto perjudicial por el hecho de rechazar esta conversión»³⁸.

Una lectura más detenida del precepto mencionado ha de conducirnos necesariamente a constatar que lo que aquí se contempla no es propiamente un caso de *desobediencia* legal, esto es, un derecho de titularidad individual a resistir o replicar las directrices patronales de mando que encajan en el ejercicio del poder de dirección. Antes bien, técnicamente el precepto da cabida a un explícito supuesto de lícita oposición frente a los requerimientos organizativos del empleador que pretendan modificar la jornada del trabajador alterando la naturaleza de su contrato e ignoren así que tal conversión no puede imponerse unilateralmente. En esta ocasión, en sentido estricto o técnico jurídico, lo que contempla la norma estatutaria es la capacidad del asalariado para apartarse de lo dispuesto por el empresario, asociando a dicha prerrogativa ciertas garantías de las que podrá beneficiarse el trabajador cuando se vea

³⁶ Así vino impuesto por la Cláusula 5.2 de la Directiva 97/81/CE del Consejo.

³⁷ Tal y como advierte CRUZ VILLALÓN, la sustitución de relaciones de prestación a tiempo completo por aquellas otras a tiempo parcial, o viceversa, entroncaría naturalmente en los procedimientos establecidos en el art. 41, *a* ET pues, señala, constituye un ejemplo típico de modificación por reducción de jornada, «pues de otro modo no se entendería la diferenciación legal entre modificación “jornada de trabajo” y de “horario”», «La aplicación judicial...», cit., pp. 432-433. Sin embargo, en la línea de lo que establecía el art. 6 RD 1991/1984, de 31 de octubre, el legislador quiso, años más tarde, impedir tal posibilidad a partir del RDL 15/1998, de 27 de noviembre.

³⁸ *Vid.* BAYLOS GRAU, «La autotutela...», cit., p. 51.

requerido a consentir una transformación contractual de tales características, pero ello sólo en contadas ocasiones pues, como se añade en el último inciso, se avala la decisión novatoria unilateral de la propia empresa cuando ésta se encuentre en medio de una crisis empresarial³⁹. En tal contexto el legislador se remite a lo dispuesto en los arts. 51 y 52, c ET de modo que, cumplidos por el empleador los trámites legales pertinentes, concurriendo las conocidas causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, el empleado no podrá negarse a aceptar la reestructuración empresarial que presupone la alteración de sus condiciones de trabajo.

Lo expuesto nos conduce a pensar que la regla de la voluntariedad que afecta al cambio de la duración de la jornada cuando con éste se vea transformado el tipo de contrato emerge ostensiblemente restringida y se convierte, como han evidenciado conocidos sectores de la doctrina, en un «puro formalismo jurídico»⁴⁰ que pone al trabajador, acepte o no la medida empresarial, aunque no se formule así, en la fatal tesitura de una denuncia extintiva que dé por finalizada la relación laboral *ante tempus*, con las consecuencias naturales que ello comporta, o de transigir con la decisión patronal con el subsiguiente cambio del régimen jurídico al que se somete la relación laboral entre las partes. Queda abierta, no obstante, la posibilidad de impugnación, por lo que todo quedará a resultas de la ulterior calificación judicial. Así, en los supuestos

³⁹ Conviene pasar revista, además, a otro supuesto, esta vez de origen jurisprudencial, semejante al expuesto en el que se asegura la propia tutela de los intereses del trabajador exigiendo su consentimiento como requisito indispensable para que opere la transmisión de la actividad empresarial, en concreto, cuando lo que se da es una sucesión de la plantilla de una empresa a otra en el curso de un proceso descentralizador. Es el TS en sentencia de 3 de junio de 2005 (RJ/5981) el que unifica doctrina y configura un verdadero derecho de oposición a la subrogación contractual en los casos en los que no produzca la transmisión del establecimiento empresarial. Así las cosas, el Tribunal pone de manifiesto que cuando no existe una transferencia efectiva de bienes patrimoniales en los términos que contempla el art. 44 ET (quedando afectada «una unidad económica que mantenga su identidad»), no es dable entender que la sucesión en la plantilla constituye un supuesto de transmisión de empresa tal y como lo recoge dicho precepto y la normativa comunitaria. Advierte la sentencia que «una mera cesión de los contratos de trabajo no es una sucesión de empresa y afirmar lo contrario pone en crisis todo el sistema de protección del artículo 44 del ET». Tales consideraciones le llevan a decretar la nulidad de la subrogación que las dos empresas demandadas acordaron en relación con una trabajadora «porque se hizo a sus espaldas y sin el consentimiento de la misma, contraviniendo las exigencias legales al respecto». De la doctrina judicial comentada se desprende que, en estos supuestos, el trabajador no puede ser trasferido obligatoriamente a la empresa cesionaria. Antes bien, necesariamente ha de concurrir su aceptación individual aunque, como se encarga de precisar la sentencia, su contrato con el cedente se pueda ver afectado por las consecuencias derivadas de dicha transmisión. A mayor abundamiento puede decirse, remitiéndonos a las observaciones de SANGUINETI RAYMOND al analizar la transferencia del personal en el marco de la descentralización de los servicios públicos a través de concesiones administrativas, que este derecho de oposición «puede convertirse en un arma de la mayor trascendencia para la tutela de los derechos de los trabajadores», pues bien utilizado, al contar con el respaldo del mismo, «los trabajadores susceptibles de verse afectados por el traspaso del servicio se sitúan en una posición de especial fortaleza para negociar las condiciones en las que se producirá su desplazamiento a la empresa concesionaria», en «Privatización de la gestión de servicios públicos y precarización del empleo: la inaplazable necesidad de un cambio de modelo», en *RDS*, núm. 39 (2007), pp. 38-39.

⁴⁰ Esta interpretación, que comparto, en CRUZ VILLALÓN, J., «Modificación del tiempo...», cit., pp. 41-42.

en los que la modificación de la jornada se presenta como alternativa a la pérdida del empleo, el empresario quedará habilitado para introducir tales cambios por decisión unilateral, circunstancia que determina que el margen dejado al acuerdo mutuo entre las partes como requisito *sine qua non* se vea reducido en la práctica, como también lo será, consecuentemente, la renuencia del trabajador y la garantía de indemnidad disciplinaria que el propio precepto introduce⁴¹.

A mayor abundamiento, en línea con lo que se apuntó más atrás, la técnica jurídica del pasaje legal estudiado es deficitaria por cuanto parece evidente que la configuración de la garantía de indemnidad que el precepto contempla exige previsiones específicas que no sólo reconozcan la existencia de un verdadero derecho laboral en este ámbito, sino que también proporcionen una decidida tutela del trabajador objeto de un despido disciplinario como retorsión a la resistencia por éste a aceptar la novación contractual. Tal y como acierta en señalar un sector de la doctrina, la garantista

⁴¹ De acuerdo con POZO MOREIRA, F.J., «Revisión del principio de voluntariedad en el trabajo a tiempo parcial a la luz de la reforma laboral de 2001», en *AL*, vol. III (2002), pp. 1001-1002.

Por otra parte, sumamente limitado nace también el principio general de voluntariedad contemplado en el art. 22 LPRL en relación a la vigilancia de la salud de los trabajadores con ocasión, estrictamente, de los riesgos que afectan al trabajo y al propio trabajador. Como tiene declarado el TC en sentencia 196/2004, de 15 de noviembre, (Fj. 7º) «el reconocimiento médico en la relación laboral no es, en definitiva, un instrumento del empresario para un control dispositivo de la salud de los trabajadores, como tampoco una facultad que se le reconozca para verificar la capacidad profesional o la aptitud psicofísica de sus empleados con un propósito de selección de personal o similar. Su eje, por el contrario, descansa en un derecho del trabajador a la vigilancia de su salud», de modo que «la conformidad libre, voluntaria e informada» del trabajador resulta ser un elemento imprescindible a la hora de proceder a la exploración facultativa. La norma pretende ser una garantía de que el control que se pueda efectuar sobre su salud no invadirá determinados aspectos ligados a otros derechos y libertades, tales como su intimidad y dignidad. Sin embargo, una vez recogido el principio vertebral de voluntariedad con carácter general, se regulan a renglón seguido las excepciones a dicha premisa, las cuales se van a sustentar en la imperatividad del reconocimiento y exigen el informe previo de los representantes de los trabajadores. Tales previsiones responden al propósito de favorecer, ante todo, el derecho a la salud de otras personas y también del propio trabajador cuando entra en colisión con la libertad de decidir del individuo. De modo que el trabajador se verá obligado a tolerar en su persona la vigilancia de la salud cuando así lo requiera su propia protección, la de los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa. [Vid. GARRIGUES GIMÉNEZ, A., «Vigilancia de la salud versus intimidad del trabajador: Condiciones de realización de los reconocimientos médicos preventivos», en *TS*, núm. 164-165 (2004), pp. 12 y 16-17]. Ciertamente, entroncando con lo comentado más arriba, el alcance de tales supuestos exceptuados es de tal magnitud que parte de la doctrina se ha cuestionado hasta qué punto la necesidad de consentimiento constituye en realidad la regla general y la excepción la obligatoriedad [De este modo, entre otros, ALARCÓN CARACUEL, M. R., «Los deberes del empresario respecto a la seguridad y salud de los trabajadores», en AA.VV. (Coords. Ojeda Avilés, A., Alarcón Caracuel, M. R. y Rodríguez Ramos, Mª J.), *La Prevención de riesgos laborales, aspectos clave de la Ley 31/1995*, Aranzadi, Cizur Menor, 1996, p. 122; GONZALEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., *Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales*, Trotta, Madrid, 1996, p. 153 o SALA FRANCO, T. y ARNAU NAVARRO, F., *Comentarios a la Ley de prevención de riesgos laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 102]. Sea como fuere, sirva como pequeño inciso, a salvo de aquellos supuestos en que los trabajadores están jurídicamente obligados a someterse a un examen médico pues encajan en las circunstancias previstas expresamente por el legislador (art. 22.1 LPRL), el empleado podrá oponerse a dicha vigilancia de su salud, salvaguardando así su intimidad personal, sin que tal comportamiento pueda merecer consecuencia disciplinaria alguna. Así, también, GONZÁLEZ DÍAZ, F.A., *La obligación empresarial de prevención de riesgos laborales*, CES, Madrid, 2002, p. 247.

previsión normativa queda seriamente debilitada, y por ende parcialmente desasistida la posición jurídica del empleado, al corresponder en estos supuestos la sanción de improcedencia y no la de nulidad dadas la conocidas reticencias de la jurisprudencia a aplicar la técnica de fraude de ley a los efectos del despido disciplinario⁴².

En cualquier caso, el art. 12.4, *e* ET también recoge lo que el propio texto legal denomina «movilidad voluntaria en el trabajo a tiempo parcial» siendo, además, indiscutible el refuerzo protector que proporciona al prever la obligación patronal de informar a los trabajadores de la existencia de plazas vacantes obviando, con todo, cualquier mención a la posibilidad de que los órganos de representación de los trabajadores pudieran ejercer alguna actividad de control en lo que respecta al acceso de los trabajadores al estadio del trabajo a tiempo completo o tiempo parcial. La norma opta, sin embargo, por acudir a la negociación colectiva como instancia desde la cual deba partir la definición del procedimiento adecuado para la conversión de la relación laboral, el régimen de requisitos y preferencias⁴³. Deviene éste, por tanto, el mecanismo jurídico a través del cual los representantes de los trabajadores puedan desempeñar una labor activa de supervisión de dichas transformaciones ofreciendo mayores garantías de objetividad.

2.2. Derecho de resistencia frente a la hora complementaria ilegal

Al margen de las directrices empresariales puramente organizativas, en cuanto al *ius resistentiae* que se ejerce frente al ejercicio irregular de las facultades de mando, corresponde señalar que el apartado *h* del art. 12.5 ET recoge explícitamente un supuesto de legítima desobediencia, esta vez con causa en el incumplimiento por parte del acreedor contractual del régimen jurídico de las horas complementarias o «jornada complementaria» resultante de lo previsto en las fuentes legales y convencionales aplicables⁴⁴. Como se puede observar, siempre que la prestación sea requerida por el

⁴² Siguiendo a CASAS BAAMONDE, «Los contratos de trabajo a tiempo parcial: contrato a tiempo parcial, contrato fijo discontinuo y contrato de relevo (art. 12)», en *REDT*, núm. 100, vol. I (2000), pp. 430-431, si bien la jurisprudencia laboral ha abandonado la vieja construcción de los años 80 sobre el despido nulo en fraude de ley, habría que recuperarla «a la luz de este y otros supuestos legales prohibitivos del ejercicio de la facultad empresarial de despido disciplinario». Así también BAYLOS GRAU, A., «La autotutela...», cit., p. 49. Igualmente, en relación a la actuación punitiva que es lesiva de los derechos de los trabajadores y que aparece verdaderamente prohibida por la configuración de una garantía de indemnidad aplicable al caso, advierte MOLINA NAVARRETE que «deberá considerarse judicialmente, dada la inmediata ejecutividad del poder disciplinario del empresario, como decisiones radicalmente nulas, con las consecuencias de tutela real o reintegración correspondientes» (*Empresas de comunicación...*, cit., p. 184).

⁴³ Sobre esto, POZO MOREIRA, F.J., «Revisión del principio...», cit. pp. 997-1000.

⁴⁴ VALDÉS DAL-RÉ señala que el trabajador «se encuentra habilitado a estos efectos de un verdadero *ius resistentiae* frente a cuyo ejercicio aquél no podrá oponer válidamente ni las facultades de dirección y organización que le son propias ni el deber de obediencia que recae sobre el trabajador» [«Una nueva modalidad de jornada de trabajo: las horas complementarias en el contrato a tiempo parcial

empresario, el trabajador está obligado a realizar las horas concertadas en el pacto de horas complementarias, ahora que con un proceder bien distinto al que se percibe en el art. 20 ET y en aquellos otros que prescriben de forma terminante la ejecutividad de la medida organizativa patronal, el legislador en este caso prefirió despejar cualquier duda que pudiera conducir al recurso del conocido *solve et repete* cuando el trabajador a tiempo parcial y por duración indeterminada ve incrementada su jornada de trabajo por esta vía pero sin que concurra la debida correspondencia entre la decisión patronal y las disposiciones normativas que regulan los requisitos y condiciones de tales horas complementarias, las cuales se canalizan a través de las exigencias del correspondiente precepto estatutario⁴⁵.

Ello tendrá un alcance no menor, tanto por lo que se refiere a la vinculabilidad de la voluntad empresarial encarnada en la delimitación por este sistema del tiempo de trabajo, como por lo que se refiere a los efectos que la misma produce sobre las condiciones de prestación de servicios de quienes desobedezcan las indicaciones empresariales cuando éstas le fuercen a realizar una prestación fuera de la jornada ordinaria de trabajo y al margen de lo acordado en el pacto de horas complementarias. Bajo este orden de consideraciones, su conducta no conformará un incumplimiento contractual y, consecuentemente, no podrá ser sancionada. Técnicamente la norma desbanca la ejecutoriedad inmediata sancionada en ocasiones legalmente y se inspira con contundencia en la «voluntariedad en la disponibilidad» para proclamar un derecho de resistencia⁴⁶. En todo caso, se trata de las posibilidades de reacción que pueda barajar el trabajador cuando el acreedor contractual dispone la realización de un trabajo o la prestación del mismo bajo unas condiciones distintas a las inicialmente pactadas, esta vez no en el propio título jurídico que da inicio a la relación laboral, sino en el pacto que legitima la realización de horas complementarias.

Si en los casos de movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo expresamente se proscribe la conducta disidente del asalariado –presumiblemente al desconfiar de la capacidad del trabajador para enjuiciar la legitimidad de la decisión patronal adoptada, corroborando así la primacía del orden y disciplina categórica que se espera del empleado–, en el supuesto regulado por el art.

(I)», en *RL*, vol. II (1999), pp. 55 y 58]. *Vid.*, también, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C. y CALVO GALLEGU, F.J., *Las horas complementarias y su pacto en el contrato a tiempo parcial*, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 8-9, pp. 44, 105-107.

⁴⁵ Sobre el propósito declarativo y pedagógico del presente pasaje legal, *vid.* BAZ RODRÍGUEZ, J., «La jornada complementaria en el contrato de trabajo a tiempo parcial: aspectos críticos (II)», en *TS*, núm. 187 (2006), p. 46.

⁴⁶ GARCÍA TRASCASAS, A., y BAZ RODRÍGUEZ, J., «La flexibilidad de la jornada y el horario en el contrato de trabajo a tiempo parcial. Un estudio evolutivo de los ordenamientos español e italiano», en *RGDTSS*, núm. 9 (2005), p. 15.

12.5, *h* ET, por contra, en la contemplación de otros argumentos más conectados a la real proyección de los derechos laborales, existe un afán por enfatizar la «necesidad de un cumplimiento absoluto y riguroso del marco legal»⁴⁷. Del diseño legal estudiado no se extrae sin embargo que el resultado o efecto que legítimamente corresponde a una actuación ilícita previa (el incumplimiento patronal de las reglas que rigen la realización de horas complementarias) es la contravención del mandato recibido. En su lugar, rehuendo toda referencia explícita al derecho de resistencia como la genuina derivación jurídica del ejercicio abusivo del poder empresarial, el legislador ha optado por una técnica totalmente diferente y en la línea templada que ha presidido siempre las referencias positivas a las excepciones a la obediencia exigible, ha incluido una medida preservadora de los derechos del trabajador contratado a tiempo parcial que se enfrenta en estas condiciones a la autoridad empresarial. Esto es, se advierte que en caso de haberse producido un rechazo de la pretendida alteración de la jornada de trabajo a través del mecanismo que ofrece las horas complementarias y no estando éste debidamente justificado en atención a las exigencias normativas que regulan dicho requerimiento patronal, la conducta adoptada por el trabajador no será objeto de una medida disciplinaria por desobediencia.

La razón es fácilmente deducible de los aspectos que se incluyen en la definición del art. 12.5 ET: la exigibilidad de horas de trabajo más allá del horario inicialmente acordado en este tipo de contrato y, en definitiva, su propia existencia, surge *ex contractu* pues va ligada de forma inmediata a la existencia de un pacto específico entre los contratantes, de forma escrita y según modelo oficial e, indirectamente, tanto al principio de voluntariedad como al completo y riguroso respeto de la regulación legal sobre el mismo. La orientación a la que obedece el citado precepto permite al empresario gestionar las prestaciones de trabajo contratadas con criterios de elasticidad⁴⁸ sin que ello suponga, no obstante, que pueda utilizar dicho recurso a su sola voluntad y de acuerdo únicamente a las necesidades de la empresa, pues aunque la realización de horas complementarias parta de la iniciativa del empleador, debiendo preavisar con siete días de antelación, el consentimiento del trabajador es un requisito infranqueable. Llegados a este punto, el empresario deberá acomodar sus requerimientos a las garantías esenciales que se deriven de los límites legal o convencionalmente fijados como tajantemente se encarga de afirmar el art. 12.5, *h* ET.

Sobre la base de estas observaciones es ésta la ocasión de examinar con detalle cuáles son las reglas legales que instituyen el régimen jurídico en relación al

⁴⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C. y CALVO GALLEGO, F.J, *Las horas complementarias...*, cit., p. 44.

⁴⁸ VALDÉS DAL-RÉ, F., «Una nueva modalidad...», cit., pp. 54-55.

cumplimiento de la jornada complementaria para que una actuación ilícita del empresario no se traduzca en un menoscabo o, incluso, una ablación de las garantías que normativamente le corresponden al colectivo de empleados que desarrollan sus funciones a tiempo parcial. Así, en primer término se debe indicar que únicamente se abriga tal resistencia asalariada en caso de que la discrepancia que hubiera surgido en torno a este asunto se resuelva posteriormente ante los tribunales a favor del criterio mantenido por el trabajador. Con lo cual, al riesgo derivado del criterio que casuísticamente pudiera determinar el juez competente se le ha de sumar, como se habrá ya advertido, la palmaria parquedad legal, lo que produce una potencial indefinición de los requisitos y condiciones que se han de cumplir para que el trabajador pueda desafiar con las máximas garantías el poder extralimitado de la dirección empresarial. Al quedar ciertos interrogantes sin respuesta se impide al trabajador estar seguro de ejercer un legítimo derecho cuando en nombre del régimen jurídico prescrito para las horas complementarias desoye la ampliación de su jornada ante los requerimientos al efecto del empresario. Precisamente por ello, en relación al tipo de ilegalidad que quepa achacársele a la actuación empresarial para poder proceder al ejercicio legítimo del derecho de resistencia, servirá la distinción entre los requisitos básicos o absolutos que perfilan el régimen jurídico de las horas complementarias y aquellos otros condicionados a su posible rectificación posterior.

Para sintetizar cuanto sigue hay que comenzar señalando que si el incumplimiento que convierte en infractor al empresario tiene su origen en la desatención de alguno de los criterios sustanciales, ya sean de carácter material o formal, que condicionan el incremento por esta vía de la jornada ordinaria pactada en el contrato, el trabajador podrá acogerse lícitamente al *ius resistentiae*. Lo que sucede, a saber: cuando se desatiendan los límites cuantitativos y temporales de la jornada complementaria convenida en el acuerdo específico y expreso porque, como es sabido, se deben cumplir fielmente las reglas que rigen en relación al tiempo de trabajo, sin que puedan sobrepasarse los términos máximos de la jornada complementaria acordada en el correspondiente pacto, y ello con el fin de salvaguardar la identidad del contrato a tiempo parcial y separarlo nítidamente del contrato de trabajo a jornada completa. Se entiende también justificada la desobediencia del asalariado, primeramente, en caso de que no se cumpla el régimen previsto para los descansos en los arts. 34. 3 y 4, 36.1, y 37.1 ET; ante la falta de retribución y cotización de tales horas; cuando las órdenes de tal calibre son impartidas una vez que el trabajador haya renunciado al pacto respetando los trámites legales puestos al efecto; y, en definitiva, en caso de que no exista tal pacto y se pretenda instaurar decididamente por la sola voluntad del empresario (afectando la directriz patronal al núcleo esencial del acuerdo contractual previamente suscrito pues

encarnaría, no una mera especificación de la jornada pactada, sino una modificación contractual a través de la imposición unilateral de horas extraordinarias, las cuales, de no concurrir un supuesto de fuerza mayor, se hallan expresamente prohibidas en este tipo de contratos⁴⁹) o cuando el mismo no se formalizó por escrito (art. 12.5, *a* ET), habiendo sostenido mayoritariamente la doctrina que tal requisito tiene carácter constitutivo o *ad solemnitatem*. De modo que de no constar dicho documento, el acuerdo es inexistente⁵⁰.

En este punto es importante destacar que tales incumplimientos del empresario frente los cuales el trabajador está habilitado para ejercitar su derecho de resistencia no pueden entenderse corregidos por el mero hecho de que el deudor contractual hubiera venido ejecutado las disposiciones patronales que desde hacía tiempo le habían reclamado un incremento ilegal de la jornada. Así pues, debemos considerar que los requerimientos que por parte empresarial se realicen al asalariado para que continúe ejecutando dichas horas complementarias son del todo ilegítimos y no generan en el deudor la consabida obligación de obedecerlas. En otras palabras, el trabajador podrá hacer uso del derecho que recoge el art. 12.5, *h* ET «en cualquier momento del desarrollo del pacto de horas complementarias»⁵¹. Cosa distinta es la presencia de alguna carencia formal en el texto del pacto que pueda ser subsanada posteriormente por la propia actuación de las partes (como el requisito referido al modelo oficial *ad hoc*)⁵² o la desatención de otros condicionantes no absolutos o relativos como pueda ser el quebrantamiento del plazo de preaviso establecido, o de las normas sobre distribución y forma de realización de tales horas.

El desajuste entre la institución jurídica y su normativa reguladora, sea cual sea el cariz y entidad del mismo, hace devenir en ilegal a la hora de trabajo cuya ejecución dispone indebidamente el empresario. No tiene, por tanto, el trabajador la obligación de someterse a tales requerimientos. Ahora bien, en estos supuestos, si el trabajador pese a la actuación empresarial se hubiese decidido por acatar las instrucciones dadas y desarrollar sus labores productivas en la jornada aumentada contraria a derecho, parece evidente que no podría invocar un derecho de resistencia para oponerse a realizar las

⁴⁹ Tipifica como infracción grave el art. 7.5 LISOS la transgresión de las normas y límites aplicables en materia de horas complementarias.

⁵⁰ Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C. y CALVO GALLEGO, F.J, *Las horas complementarias...*, cit., p. 75.

⁵¹ Así se defiende en AA.VV., (Dir., Del Rey Guanter, S.), *El nuevo contrato a tiempo parcial: aspectos laborales y de Seguridad Social*, La Ley, Madrid, 2003, pp. 103-104. Vid., igualmente, BAZ RODRÍGUEZ, J., «La jornada complementaria...», cit., p. 46.

⁵² De este modo en CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J.F., *El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial*, Comares, Granada, 1999, p. 50. También, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C. y CALVO GALLEGO, F.J, *Las horas complementarias...*, cit., pp. 77 y 105.

horas aún no realizadas en nombre de la infracción precedente salvo, claro está, que las mismas estuviesen afectadas por algún tipo de contravención. Habiendo sido enmendada la desviación jurídica que presentaran anteriores directrices empresariales, el trabajador habrá de respetar la voluntad de la empresa y realizar las horas complementarias, ahora ya, legalmente exigidas por ésta.

3. Recapitulación: el problema de las garantías que aseguran la efectividad del derecho de resistencia

En aras a una claridad explicativa interesa ahora realizar ciertas puntualizaciones en torno a los supuestos analizados en páginas anteriores y anticipar varias reflexiones relativas a las circunstancias que constituirán el grueso de estudio en este capítulo. He pretendido, dada la significativa conexión que presentan los elementos básicos de las figuras examinadas, ofrecer un punto de vista integrador y funcional de la acción legislatora concesionaria de una potestad que ante la concurrencia de específicos requisitos ampara la autotutela inmediata del trabajador dependiente. En riguroso sentido técnico tales supuestos constituyen categorías diferentes aunque todas ellas, *lato sensu*, se presentan como expresión de un derecho individual de resistencia del personal laboral de la empresa. Y es que, pese a la ausencia de un fundamento único, existe en todos estos casos un nexo común, aquel que justifica un tratamiento conjunto de los mismos, es decir, la provisión de un mecanismo o instrumento jurídico que posibilita al trabajador abstenerse de acatar consignas patronales que atenten contra derechos previamente reconocidos.

Limitando el presente análisis, como se viene haciendo, a las facultades de autotutela frente al ejercicio del poder de dirección, hay que señalar que a tenor de la reconstrucción del *ius resistentiae* hasta aquí realizado, el trabajo debido constituye el parámetro jurídico que delimita la obligación de obedecer del dependiente y esta es la idea que se toma como base por la doctrina *iuslaboralista* y la jurisprudencia para asignar al trabajador un derecho potestativo orientado a la tutela de su posición subjetiva. Conforma su actuación, por tanto, una reacción frente a una orden o instrucción patronal irregular, adjetivación procedente en tanto que conculca las reglas normativas y contractuales que condicionan la actuación directiva de la empresa. Pues bien, como se ha visto, la individualización legal del incumplimiento empresarial del régimen jurídico de las horas complementarias como motivo de alegación de un derecho de resistencia no constituye un detonante distinto al supuesto-tipo de aplicación del *ius resistentiae* explicado a lo largo de las páginas anteriores. Con su plasmación normativa se ha abogado por reafirmar, en este supuesto, la procedencia de la conducta defensiva

del trabajador. Por eso es oportuno señalar que tales previsiones obedecen a la intención del legislador estatutario, no de reconocer un mecanismo adicional o distinto de garantía de los derechos del asalariado más allá del conocido derecho de resistencia, sino de proporcionar un plus de protección y seguridad de los que en este caso será beneficiario el deudor por expresa decisión del legislador. Dicho de otro modo, es la extralimitación del poder empresarial, el ejercicio abusivo del mismo cuando se inobservan las prescripciones que regulan el ejercicio regular de sus facultades, la circunstancia que desencadena la oposición del trabajador para resguardar su legítimo derecho. Sucede, así pues, que legalmente se remueven los obstáculos que con motivo de la fluctuante doctrina judicial se divisan cuando el trabajador proyecta hacer valer activamente sus derechos, desalentando muchas veces la primigenia intención resistente del trabajador. Precisamente, y sin necesidad de acudir a ninguna medida de interpretación analógica con las circunstancias esgrimidas en sede jurisprudencial como justificativas de la inobservancia de los mandatos empresariales, la acción legislativa sostiene en este caso con firmeza, cumplido el tipo descrito en el precepto, que no se consienten y, por tanto, no van a ser destinatarias de protección alguna por el ordenamiento jurídico, las decisiones del empleador que representen un ejercicio del poder de dirección fuera de sus límites establecidos.

A la par, así como cabe hablar de *ius resistentiae* a las órdenes, no propiamente irregulares o lesivas de la legalidad, pero sí susceptibles de ocasionar una rebaja desproporcionada del disfrute de derechos fundamentales inespecíficos en el curso de una relación de trabajo subordinada, el profesional asalariado de la comunicación tendrá, en virtud de lo dispuesto en la LOCC, la posibilidad de esgrimir un particular derecho de resistencia que se practica, aunque no de forma exclusiva, frente a una actuación que, *a priori*, en otro contexto, es respetuosa con los deberes que gravan la posición acreedora del empleador y que, sin embargo, resulta lesiva de los derechos del empleado meritorios de la correspondiente protección. A este respecto, es sabido que los motivos justificantes de la desobediencia del trabajador que recogen los arts. 3 LOCC, y también el art. 21.2 LPRL, aun siendo dos categorías dispares, albergan en su seno un contenido modalizador de la coexistencia de los legítimos intereses en conflicto: los bienes y derechos constitucionales del trabajador y el poder directivo empresarial.

Otra cuestión importante es aquella relacionada con la red garantista que incorporan los preceptos normativos examinados en orden a la promoción de la efectividad e integridad del derecho subjetivo que estos mismos albergan frente a potenciales conductas o decisiones empresariales lesivas. Tanto en el caso del art. 12.5,

h ET, del art. 3 LOCC, como del 21.2 LPRL se prevé, como mayor o menor rotundidad, un mecanismo de tutela, concretamente, la «indemnidad frente a represalias»⁵³ por la negativa u oposición a cumplir una orden o instrucción dada cuando se dan las condiciones que la norma establece. Lo que sin duda sugiere una prohibición para el empresario que le conmina a abstenerse de tomar decisiones como castigo por hacer uso de tal derecho de resistencia.

Importantes posibilidades se abren, por otra parte, cuando el *ius resistentiae* se contempla legalmente con la finalidad de tutelar un derecho fundamental merecedor de la máxima protección constitucional (cuando se invoca la cláusula de conciencia o el derecho a paralizar la actividad productiva e, incluso, a ausentarse del lugar de trabajo por riesgo grave e inminente), ya que dada la innegable conexión instrumental entre el derecho subjetivo a desobedecer y el derecho constitucional, es posible acudir a los distintos procedimientos de tutela diseñados en el orden social para preservar los derechos fundamentales. Consecuentemente, se da un notable salto cualitativo al superar los cánones y pautas puramente contractualistas y constatar que la confrontación jurídica (aquella que se da entre el poder de ordenación empresarial y la conducta debida por el trabajador) se encuentra residenciada más allá del plano general inicial de la legalidad ordinaria, pues encaja de lleno en el marco de los requerimientos que, en relación a los derechos fundamentales afectados, se exigen conforme al orden constitucional en el que se integra la relación de trabajo dependiente. De manera que la calificación que corresponderá a la medida empresarial adoptada como retorsión ante el ajustado ejercicio del *ius resistentiae* en estos supuestos se ha de conectar necesariamente a la correspondiente protección legal y judicial, amplia o reforzada, de una libertad o derecho fundamental, y resultantemente, no corresponderá la improcedencia sino la nulidad con sus subsiguientes derivaciones si lo que se decretó fue la extinción del contrato.

Más difícil es, sin duda, justificar una declaración de nulidad para el despido disciplinario adoptado a raíz del rechazo del trabajador a ejecutar las horas complementarias indicadas por su superior cuando no se ha respetado el pacto correspondiente y las condiciones que gobiernan su realización. Aun cuando puede resultar polémica, me inclino por la respuesta dada por un sector de la doctrina científica que resuelve los problemas de calificación apostando por la nulidad del despido, para lo cual se toma como posible asidero una vulneración del derecho fundamental a la libertad personal del trabajador (art. 17 CE). Por expresarlo con la mayor brevedad posible, al trabajador se le reconoce legalmente la libertad para no

⁵³ Así aparece rubricada dicha garantía en el art. 9 LOIEMH.

acatar una orden empresarial ilegal, «por lo que, sancionarlo es coartar su libertad»⁵⁴. Esta es, en fin, la vía más apropiada para proteger este legítimo derecho laboral que habilita una facultad legal de autotutela y sancionar su efectividad práctica pese a que carezca del rango de derecho fundamental.

Totalmente vinculado a esta problemática se presenta el asunto de las consecuencias jurídicas que han de corresponder al ejercicio equivocado del derecho de resistencia en dos de los supuestos en los que el legislador ha normativizado una garantía de indemnidad, siendo cierto que la misma se reduce a amparar la intangibilidad de los derechos del empleado cuando se cumple el supuesto de hecho regulado por la norma (art. 12. 5, *h* ET y art. 3 LOCC). No hay referencia alguna que permita esclarecer qué consecuencias tendrá para el trabajador la no obediencia que tiene por causa la percepción errónea de los hechos concurrentes. Sobre este particular, como en tantos otros puntos, el silencio del legislador nos inclina a aplicar el criterio utilizado en los supuestos donde también se contempla el ejercicio del *ius resistentiae* como conducta posible y justificada. Estoy haciendo referencia al amparo de la conducta opositora del trabajador salvo cuando medie mala fe o negligencia grave, técnica que nos conduce a las previsiones que con carácter admonitorio incorpora el art. 21.4 LPRL⁵⁵. Esto pese a que, quede ahora simplemente apuntado pues sobre esto se volverá con detenimiento más tarde, la realidad es que la doctrina jurisprudencial no ha admitido un genérico y apriorístico derecho a no sufrir menoscabos en la esfera jurídica de quien inobserva las órdenes recibidas con el fin proteger un legítimo derecho laboral carente del rango de derecho fundamental.

No se contempla en nuestro derecho una abierta y totalizadora proscripción de la imposición de cualquier tipo de efecto perjudicial pese a la existencia de elementos que induzcan al trabajador a creer ilícitas las decisiones de la directiva empresarial y que éste obre razonablemente y de buena fe. Elemento que se agrava cuando ni siquiera existe un reconocimiento unánime y certero de la pertenencia en el haber del trabajador de un derecho a ejercer resistencia frente al *ejercicio irregular* del poder directivo patronal. La posición mayoritaria se pronuncia asiduamente en contra de una lectura flexible que deje entrever cualquier fisura favorable a una cierta capacidad del estrato laboral para definir por sí mismo los derechos y obligaciones dimanantes del nudo contractual. Visto lo cual, salvo en los casos mencionados en los que existe una configuración legal expresa del derecho de resistencia, o en los supuestos en los que

⁵⁴ Así lo defendieron CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J.F., *El nuevo régimen...*, cit., pp. 60-61.

⁵⁵ *Vid.*, nuevamente, esta interpretación en CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J.F., *El nuevo régimen...*, cit., p. 61. También en BAZ RODRÍGUEZ, J., «La jornada complementaria...», cit., p. 47.

posteriormente se hubiera acordado judicialmente la legitimidad de la actuación resistente en los inciertos términos previstos por la doctrina jurisprudencial, el trabajador estará expuesto a las secuelas negativas que el empresario quisiera hacer derivar de la eventual invocación de un *ius resistentiae*, y ello porque no es extraño que en no pocas ocasiones se estime, anente con la posición defendida del lado empresarial, que toda desobediencia, aun justificada, comporta un acto de insubordinación que merece su respuesta por parte de la dirección de la empresa.

Lo que se propone, en resumidas cuentas, es la extensión de la secuencia protectora que se ofrece al ejercicio del *ius resistentiae* en el art. 21. 4 LPRL más allá del estricto escenario marcado por la existencia de un riesgo grave e inminente, ampliando la tutela frente a todo ejercicio extralimitado del poder directivo. Opción que posibilita que la concreta configuración jurídica de la indemnidad frente a represalias en la norma citada pase a ser también un remedio jurídico frente a cualquier medida represora que se imponga por el ejercicio lícito y no temerario del derecho de resistencia, dentro de sus propios límites y que, por tanto, vaya destinado a exigir el debido respeto de los confines que cercan el quehacer directivo y la obligación de obediencia del subordinado⁵⁶. Tales provisiones en relación a la buena fe, actúan positivamente en favor a la reconstrucción de un genérico derecho a resistir con las correspondientes salvaguardias y garantías, indispensables para la efectividad de aquél.

II. EJERCICIO INDIVIDUAL DE LA POTESTAD DE AUTOTUTELA EN SITUACIÓN DE «RIESGO GRAVE E INMINENTE»

1. Introducción

Hay que comenzar destacando que las dos principales cuestiones que se tratan en este trabajo, los límites al poder directivo y la capacidad de autotutela del trabajador frente a las disposiciones imperativas del empleador o de sus colaboradores, convergen de manera significativa en el derecho que acoge de manera forma el art. 21.2 LPRL, precepto que ampara la suspensión de la prestación y/o abandono del puesto de trabajo ante una situación extrema de riesgo y, particularmente, la negativa del trabajador a cumplir las órdenes empresariales susceptibles de ocasionar un daño grave e inminente a su salud, manifestación concreta y específica, por tanto, del derecho de resistencia general. Como se ha visto, el legislador evitó hacer mención alguna a las garantías que

⁵⁶ «En otras palabras, de nada sirve que hayamos destacado la importancia de un límite jurídico determinado si posteriormente no se sancionan de manera proporcionada los incumplimientos en que hayan incurrido las partes contratantes», en AA.VV., (Dir., Del Rey Guanter, S.), *El nuevo contrato...*, cit., p. 102.

asisten al trabajador objeto de una orden que excede la regularidad debida. En cambio, cuando lo que está en cuestión es la vida de la persona o su integridad, se da un paso más ofreciendo al trabajador la potestad de salvaguardarse de tales situaciones junto con la garantía de indemnidad disciplinaria admitiendo, de este modo, que el trabajador se convierta en sujeto activo y personaje principal de su propia protección frente a los riesgos profesionales. No en vano la seguridad y salud en el trabajo viene siendo desde hace años una cuestión prioritaria en la acción de los poderes públicos.

El análisis que en este capítulo se pretende acometer se centra precisamente en las actuaciones de defensa de las que legítimamente puede servirse el trabajador más allá de las medidas de concienciación y formación sobre las herramientas preventivas en materia de seguridad y salud laboral. Es más, no se trata tanto de ofrecer una revisión del sistema preventivo de los riesgos derivados del trabajo ni, tan siquiera, de delimitar el grado de tutela de los derechos en juego a través del tratamiento reparador instrumentalizado por la normativa de seguridad social, sino de llevar a cabo una vertebración, compendiada y sistemática, del *ius resistentiae* como instrumento jurídico autotutelar del que legítimamente puede servirse el trabajador para mantener ileso su salud e integridad.

La jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse en muchas ocasiones sobre la desobediencia como causa de despido siendo, particularmente, el derecho de resistencia ejercicio por razones de seguridad y salud, una de las materias que más veces ha reclamado su atención. No ha sido la solución dada por los tribunales en muchas ocasiones la que mejor ha permitido mantener la propia persona a salvo de injerencias ilícitas y, en síntesis, redundar en mayor medida en una significativa reducción de los todavía elevados índices de accidentes y enfermedades del trabajo⁵⁷. Merece entonces una reseña especial la institucionalización por vía heterónoma de un singular mecanismo de autoprotección mediante el cual el deudor contractual estará en disposición de hacer frente a los eventuales peligros a los que se expone por el desempeño de su labor de producción.

⁵⁷ Un supuesto paradigmático fue el resuelto por la SJS, núm. 2, de Pamplona, 28 abril 1999 (AS/2020), en el que un grupo de trabajadores decidieron no trabajar, alegando la presencia de un riesgo grave e inminente, ante la posible avería de una de las cabinas pues ésta producía un fuerte ruido y vibraciones. Traigo a colación este caso pues el Juez vuelve a recuperar la vieja doctrina según la cual la «desobediencia no puede minimizarse al amparo de una duda, siquiera sea razonable», anterior verdaderamente al nuevo espíritu que late tras la aprobación de la LPRL. Por ello, sin tan siquiera entrar a valorar detenidamente si existían razones convincentes que apoyaran la apreciación de los miembros de la plantilla, la sentencia declara procedentes los despidos efectuados y ello porque posteriormente se pudo comprobar que la avería era de carácter leve sin capacidad para producir riesgo alguno para la salud de los operarios.

No por sobradamente conocido resulta inane recordar que el art. 21LPRL no se reduce a un mero pronunciamiento programático carente de virtualidad normativa. Establece obligaciones que sujetan a los contratantes y vienen rodeadas de las máximas garantías de eficacia al posibilitar una tutela inmediata y no deferida al momento de pronunciarse los órganos jurisdiccionales. Tal y como suscribe la «Estrategia española de seguridad y salud en el trabajo (2007-2012)», de 28 de junio de 2007⁵⁸, «no es aceptable que el trabajo pueda tener consecuencias insanas o inseguras, cuando no mortales». Es por ello por lo que la intervención estatal se propuso ofrecer en situaciones de emergencia la posibilidad a los trabajadores por ésta afectados de sustraerse del ejercicio del poder empresarial y postergar la realización del objeto de su contrato para otro momento exento de riesgo. Entonces, dicho sintéticamente, lo que la norma incorpora es un medio privado de tutela, configurado por el legislador como un específico instrumento propio y exclusivo ante un concreto tipo cualificado de riesgo, haciendo suya una parte de la doctrina sobre la desobediencia legítima elaborada en sede doctrinal y jurisprudencial con anterioridad a la promulgación de la LPRL⁵⁹.

2. Fijación legislativa de la autotutela preventiva de tipo individual

2.1. Del derecho a la promoción y protección de la salud

Desde la consideración previa de que la actividad productiva es de por sí peligrosa y que no todo riesgo que afecte a la seguridad y la salud podrá ser sorteado, cobra todo su sentido la centralidad absoluta de una preocupación real y omnipresente: la protección de los trabajadores en el entorno laboral. La consecuencia no puede ser otra que, por un lado, el reconocimiento de un derecho en sentido técnico-jurídico cuya titularidad la ostentan quienes ocupan una posición de debilidad en la relación jurídica contractual y, de otro, el deber del empresario de hacer frente a un extenso elenco de

⁵⁸ Se aprueba en concordancia con «Estrategia Comunitaria de Salud y Seguridad en el Trabajo, 2007-2012», [COM (2007) 62 final], que se propone como principal objetivo, la «reducción continua, duradera y homogénea de los accidentes laborales y de las enfermedades profesionales». Propósito que, como es lógico, comparte el plan de acción español y para ello se orquesta un marco general de políticas de prevención de riesgos laborales, tomando consciencia de lo imprescindible de caminar hacia el reforzamiento progresivo de la cultura preventiva en nuestro país a través de la combinación de los más variados instrumentos e implicando a todos los agentes, tanto a las Administraciones públicas, como empresarios y, por supuesto, también a los trabajadores.

⁵⁹ La ya antigua STS 28 octubre 1966 (RJ/4687) admitía como único supuesto de incumplimiento lícito la presencia de un «peligro inminente y grave». De forma similar, la STS 2 de octubre de 1973 (RJ/3591) indicaba que en el supuesto enjuiciado en el cual «obedecer representa correr peligro inminente y grave, la negativa del trabajador está justificada». Junto a los citados, encontramos numerosos ejemplos en este sentido de entre los que nos limitaremos a destacar únicamente las SSTS 5 julio 1983 (RJ/3719), 6 febrero 1986 (RJ/716), 25 junio 1987 (RJ/4636), 9 octubre 1989 (RL/7133). Con mayor detalle, CÁMARA BOTÍA, A., «El derecho del trabajador a interrumpir el trabajo en caso de riesgo grave e inminente para su vida o salud: un apunte sobre sus precedentes normativos y jurisprudenciales», en *AS*, vol. I (1996), pp. 2766-2768 y GARCÍA NINET, J.I., «El deber de obediencia...», cit., p. 886.

obligaciones en el terreno general de la prevención de riesgos y, en particular, cuando la seguridad y salud de los miembros de la plantilla se ve afectada por un peligro de singulares dimensiones.

Bien puede comenzarse recordando que en las situaciones de riesgo grave e inminente entran en juego una serie de medidas de emergencia que redundan en beneficio del derecho a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene en el trabajo recogido en la LPRL en su art. 14.1, norma que a su vez delimita y concreta las expresiones legales precedentes sobre el mismo. Tras el reconocimiento jurídico positivo del derecho en el texto estatutario (arts. 4.2, *d* y 19.1) es cuando tiene lugar un importante hito en este ámbito: la atribución de un régimen jurídico completo al derecho del trabajador a disfrutar de una protección en materia de seguridad e higiene en la LPRL (art. 14.1 LPRL)⁶⁰, constituyendo además la idea de *eficacia* un aspecto nuclear de todo el sistema de prevención.

La Ley 31/1995 (norma que sistematiza y completa una legislación social estática y fragmentaria para adaptar la misma a los principios comunitarios), orquesta el núcleo central de su regulación alrededor del interés del deudor de la prestación laboral por salvaguardar su propia integridad y, a su envés, la correlativa obligación de garantizar la existencia de condiciones de trabajo seguras en medida suficiente para mantener incólume la persona del trabajador en el ejercicio de su actividad profesional. Es evidente que el contenido del tal deber genérico empresarial, concretado en un catálogo de específicas obligaciones incorporadas *ope legis* al contenido del contrato (de carácter instrumental pues persiguen la correcta aplicación del mentado deber), es perfectamente coincidente con las facultades o derechos conferidos a los trabajadores frente a las ilícitas injerencias en su seguridad⁶¹. Lo que comporta que el deber de protección del empresario (también de la Administración pública respecto del personal a su servicio) sea el reflejo especular del derecho de todo trabajador a la protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo. De hecho, la finalidad que asumía ya hace

⁶⁰ Tal y como se ha indicado, una de las principales novedades de la LPRL no descansaba en el reconocimiento del derecho, ya formulado normativamente en el ET, sino en la concreción de su contenido y alcance, tarea que el legislador realizó a partir del correlativo deber de protección del empresario. Así, PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., «El nuevo marco jurídico de la Prevención de Riesgos Laborales: La Ley 31/1995, de 8 de noviembre», en *AL*, vol. I (1996), p. 208.

⁶¹ En buena técnica jurídica, defiende GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO que la figura jurídica idónea para referirse a las situaciones pasivas de empresario y trabajador en materia de seguridad y salud en el trabajo es la genérica de «deber jurídico», en *El deber de seguridad...*, cit., pp. 22-26, 96-97, 138-140. En contra, GONZÁLEZ LABRADA, M., *Seguridad y salud en el trabajo y responsabilidad contractual del empresario*, Cedecs, Barcelona, 1996, p. 307 y AA.VV. (Sempere Navarro, A.V, García Blasco, J., González Labrada, M. y Cardenal Carro, M), *Derecho de la seguridad y salud en el trabajo*, Civitas, Madrid, 1996, p. 153, donde se afirma que «la protección a dispensar por el empresario trae causa de una auténtica obligación y no de un mero deber». De la misma opinión es IGARTUA MIRÓ, M^o.T., *La obligación general de seguridad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 31-32.

más de una década la LPRL relativa a la promoción de la mejora de las condiciones de trabajo, a la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores, revela ya un parámetro general que va a operar como límite intrínseco de toda aquella decisión empresarial que pueda atentar contra los objetivos que presidieron la promulgación de la Ley⁶².

Por otra parte, aunque sin pretender retomar el tema de la efectividad horizontal de los derechos fundamentales constitucionales, considero en este momento oportuno reiterar que también en este terreno se muestran conectados el nivel jurídico constitucional y el infraconstitucional. Lo cierto es que la satisfacción del derecho a la seguridad y salud en el trabajo comportará necesariamente la tutela del derecho a la vida y a la integridad física, psíquica y moral del trabajador. Ahora que, propiamente, siendo este un tema enormemente debatido, no supone el desarrollo legislativo la simple manifestación en el ámbito contractual del derecho de todo ciudadano contemplado en sede constitucional *ex art. 15 CE*. Es decir, al ser ejercido por el trabajador dicho derecho fundamental e inespecífico es objeto de impregnación laboral⁶³, si bien, no puede entenderse que su contenido sea plenamente coincidente con el derecho de los trabajadores a una eficaz protección frente a los riesgos derivados de su actividad profesional. Aunque sí quepa destacar, en primer término, el imprescindible soporte constitucional y público que el derecho fundamental le ofrece y que, como se ha considerado, éste viene conectado directamente con el derecho a la protección de la salud laboral en tanto constitutivo del núcleo básico del referido derecho.

El derecho que recoge el art. 14.1 LPRL, en su formulación positiva, alberga un contenido particularmente dinámico y abierto que no se ciñe únicamente a la supresión de las situaciones de agresión directa a la vida e integridad del individuo ni ve satisfecho su ejercicio con la mera inexistencia de daño o perjuicio alguno sobre tales bienes. La expresión normativa del derecho de protección requiere del empresario un papel activo que garantice, de forma permanente y continuada, tanto un ambiente saludable de trabajo, cuanto el mejoramiento paulatino de las condiciones más idóneas para el desenvolvimiento de su prestación. Se le obliga, en efecto, a emprender cuantas medidas sean necesarias para prevenir accidentes y enfermedades profesionales, incluidos los aspectos relacionados con la obligación de información, formación suficiente y adecuada (de contenido teórico y también práctico), ligados al seguimiento de la actividad preventiva, a la consulta y a la participación colectiva y a título individual de los trabajadores, descritos todos ellos a lo largo del entramado normativo

⁶² Así se manifiesta, por todos, LUQUE PARRA, M., *Los límites...*, cit., pp. 113-114.

⁶³ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. «El derecho constitucional del trabajador a la seguridad en el trabajo», en *AL*, vol. I (1992), pp. 39.

de la LPRL. Siendo además insoslayable la adaptación progresiva de tales acciones en materia de salud y seguridad a fin de que la labor productiva se desempeñe en las mejores condiciones de salubridad y más alto grado de plenitud funcional posibles⁶⁴. En realidad, salvo contadas excepciones⁶⁵, ésta ha sido la interpretación que comúnmente ha adoptado la doctrina, la cual ha defendido el carácter autónomo del derecho subjetivo regulado en la LPRL negando, por tanto, que el derecho atribuido a los trabajadores por el art. 14.1 constituya propiamente un desarrollo legislativo del mentado derecho fundamental⁶⁶.

A partir de este dato primigenio resulta que el derecho a una tutela integral de la seguridad y salud en el trabajo implica incontestablemente la protección de la vida e integridad física y moral del trabajador pero, asimismo, también se halla conectado con la promoción y mejora de la seguridad y bienestar en el trabajo y, por ello, también con el art. 43.1 CE en su vertiente privada (como interés de la persona a la protección de su salud)⁶⁷, derecho que como es sabido preexiste al establecimiento de la relación contractual pues está orientado a preservar la salud de todo individuo y no la de un determinado grupo social; e, incluso, con el art. 45.1 CE en su referencia al derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado en el que, sin duda, se encuentra incluido el medio ambiente laboral⁶⁸. El legislador está, además, obligado a desarrollar su contenido para promover unas condiciones de trabajo seguras y, en el marco de la

⁶⁴ Como afirma de forma diáfana PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., «El deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales», en *RGDTSS*, núm. 8 (2005), p. 6, «el deber de protección del empresario ha visto ampliado de modo sucesivo su propio contenido, que no se limita sólo a las tradicionales obligaciones de hacer relativas al *que* de la prevención (...), para alcanzar también obligaciones instrumentales acerca del *cómo* de la prevención (...) y, al propio tiempo, obligaciones de facilitación de la intervención colectiva de los trabajadores en la acción preventiva, relativas por tanto a *quiénes* deben participar en la misma».

⁶⁵ Vid. GONZÁLEZ LABRADA, M., «La Ley de prevención de riesgos laborales y la obligación contractual de seguridad e higiene: significado y contenido», en *AL*, vol. I (1996), pp. 174-175 y también en *Seguridad y salud...*, cit., pp. 71, 244, 247 y 306-307. La influencia directa de las normas preventivas sobre la relación laboral surge, en opinión del autor, de la «horizontalidad del propio derecho fundamental a la vida e integridad psicofísica del trabajador» (p. 308). En el ámbito comparado, vid. MURCIER, J.P., «Origine, contenu et avenir de l'obligation générale de sécurité», en *Dr.Soc.* núm. 7-8 (1988), p. 615.

⁶⁶ En esta línea, por todos, AA.VV., (Coord. Cabeza Pereiro, J. y Lousada Arochena, J.F), *Comentarios a la Ley de prevención de riesgos laborales*, Comares, Granada, 1998, pp. 51-52; GONZÁLEZ ORTEGA, S., «La seguridad e higiene en el trabajo en la Constitución», en *RPS*, núm. 121 (1979), p. 221 y posteriormente en «Derecho a la integridad física y a la prevención de riesgos», en AA.VV., (Coords. Casas Baamonde, M^a E; Durán López, F. y Cruz Villalón, J.), *Las transformaciones...*, cit., sobre todo, pp. 792 y 795; PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., «El derecho constitucional...», cit., pp. 39-41 y en «La protección del trabajador frente a los riesgos laborales», en *DS*, vol. IV (1996), p. 27.

⁶⁷ Sobre la noción de la salud, tanto como bien jurídico de relevante alcance y disfrute colectivo, como interés y derecho de naturaleza individual, vid. SMURAGLIA, C., «La tutela della salute del lavoratore tra principi costituzionali, norme vigenti e prospettive di riforma», en *Riv.it.dir.lav.*, núm. I (1988), pp. 414-416.

⁶⁸ GONZÁLEZ ORTEGA, S., «Derecho a la integridad física y a la prevención de riesgos», en AA.VV., (Coords. Casas Baamonde, M^a E; Durán López, F. y CRUZ VILLALÓN, J.), *Las transformaciones...*, cit., p. 781 y RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «Trabajo y medio ambiente», en *RL*, vol. II, (1995), p. 104 y en «Medio ambiente y relaciones de trabajo», en *TL*, núm. 50 (1999), p. 14.

relación laboral, ofrecer el debido resguardo a estos bienes personales del trabajador implicados en el desarrollo de la vida contractual. Ello es así en virtud del compromiso público de «velar por la seguridad e higiene en el trabajo», arrojado conforme al principio rector de la política social y económica contenido en el art. 40.2 CE⁶⁹, lo cual sugiere que el derecho a la seguridad y salud subyace a toda norma o principio de nuestro ordenamiento y, subsiguientemente, terminará por comprometer al empresario – en tanto deudor de seguridad– en la consecución de tales objetivos⁷⁰. Precisamente, dando cumplimiento al mencionado mandato, la LPRL recoge el derecho subjetivo de los trabajadores a disfrutar de una eficaz protección frente a los riesgos profesionales para el que también sirven de sustento jurídico los citados preceptos constitucionales⁷¹.

2.2. Modalización de la ordenación directiva en beneficio del derecho a la seguridad y salud en el trabajo

Partiendo de la premisa de que el sujeto obligado y el sujeto beneficiario del cumplimiento del deber de seguridad, ambos posicionados en situaciones subjetivas contrapuestas, son el empresario y el trabajador, respectivamente, que mantienen un vínculo jurídico contractual y, asimismo, que la prevención debe integrarse en la planificación y gestión de los recursos de la empresa, conviene poner de relieve que

⁶⁹ Es menester señalar que los poderes públicos desarrollan una importante labor de intervención reguladora mediante la emisión de normas de derecho necesario, así como de divulgación, formación, investigación y sensibilización general en el ámbito de la seguridad en el trabajo. Cumplen, de este modo, una función en extremo relevante pues actuando sobre el campo en el que se mueve la autonomía privada, tratan de acomodar la gestión y organización empresarial de los procesos productivos a las exigencias preventivas que se orientan a tutelar los bienes jurídicos esenciales aquí afectados. Ello sin olvidar que conjuntamente les corresponde una labor de fiscalización de la aplicación de las normas reguladoras de la seguridad y salud laboral y, eventualmente, represiva si los sujetos implicados en la actividad preventiva desatienden sus obligaciones correspondientes. Con todo, hay que tener bien presente que el propósito central es siempre la protección del trabajador y es precisamente el empresario el agente al que se le encomienda de forma específica y particular la tarea de proteger de manera efectiva a sus empleados de los riesgos laborales y proporcionarles unas condiciones de trabajo seguras y saludables. Los poderes públicos, como ha sido oportunamente observado, se ocupan de una labor principalmente «instrumental o coadyuvante» respecto de las funciones que han de desarrollar el empresario [MARTÍN HERNÁNDEZ, M^a L., «Inefectividad de la normativa de prevención de riesgos laborales y siniestralidad laboral en España: una relación de causa-efecto», en *RDS*, núm. 40 (2008), p. 182].

⁷⁰ Con mayor detenimiento, en relación a dicho cometido informador del conjunto del sistema laboral, GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J.J., *Seguridad e higiene...*, cit., pp. 119-120.

⁷¹ Por lo demás, actúan como relevante respaldo impulsor y tutelar el acervo comunitario y los Convenios de la OIT ratificados por España. La Carta Social Comunitaria, adoptada en el Consejo Europeo de Estrasburgo, el 9 de diciembre de 1989, declara en su punto 19 que «todo trabajador debe disfrutar en su medio de trabajo de condiciones satisfactorias de protección de su salud y de su seguridad». Y el art. 137 del Tratado constitutivo de la CE enarbola como propósito a alcanzar la mejora del entorno de trabajo para proteger la seguridad y salud de los trabajadores. Bajo dicho techo, el legislador europeo ha ido constituyendo un cuerpo normativo, cada vez más avanzado, y compuesto por diversos actos legislativos tendentes a garantizar los deseables niveles de seguridad. La ya sobradamente conocida DM 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989 (DOCE, serie L 183, de 29 de junio de 1989) sirvió como eje de referencia al resto de Directivas sociales comunitarias aprobadas en materia de prevención de riesgos al establecer las bases jurídicas e institucionales de la regulación preventiva.

corresponde al acreedor contractual en el ejercicio de sus facultades, de dirección pero también de organización, combatir los riesgos que puedan derivarse de la actividad que en la empresa se desarrolla e, indisolublemente, conseguir los niveles de seguridad más óptimos⁷². Lo que ocurre es que este deber le es imputable precisamente al sujeto que obtiene beneficio económico de la actividad productiva en cuestión y, como se puede suponer, planifica, dirige y ostenta el control, tanto sobre las concretas circunstancias que pueden dar lugar al riesgo laboral, como de los medios para mitigar o frenar los efectos del mismo sobre los trabajadores a su servicio.

Para ser más exactos, con esto no se pretende obviar que haya otros sujetos distintos del empresario (poderes públicos, fabricantes, proveedores, importadores, etc), incluidos los propios trabajadores (los que prestan servicios integrados en el círculo organizativo y rector ajeno, pero también aquellos otros que no gozan de la consideración de trabajador en el sentido técnico jurídico del art. 1.1 ET) y sus representantes, que también sean destinatarios de un compendio de obligaciones en materia de prevención de riesgos en el trabajo. Como podrá deducirse, el asalariado es un legítimo interesado en el cumplimiento, por parte de todos ellos, de las medidas de protección que la legislación correspondiente les impone, pero no ostenta como correlato un subsiguiente derecho de crédito que le habilite para reclamar jurídicamente el comportamiento ajustado a las reglas preventivas que se espera de éstos. Lo que es sintomático es que el derecho subjetivo resulta oponible de manera exclusiva frente al dador del puesto de trabajo, el otro contratante, aunque sea evidente que el seguimiento de las normas preventivas por el elenco de sujetos obligados resulta imprescindible para que el empleador sea capaz de proporcionar una eficaz protección en este ámbito⁷³.

De todo cuanto antecede, pues implica necesariamente al correlativo y esencial derecho contenido en el art. 14.1 LPRL, cabe deducir que este derecho contractual genérico de los trabajadores se completa y corona con un arsenal de instrumentos jurídicos puestos al alcance del trabajador para asegurarse de que empleador cumple con su deuda de seguridad y forzarle a ello cuando se muestre renuente a tal empeño, de manera que pueda hacer frente de un modo eficaz a los riesgos susceptibles de ocasionar daños en su seguridad y salud. El trabajo contratado puede desarrollarse en condiciones ordinarias de seguridad, o bien basarse en la realización de funciones peligrosas o nocivas, pero en todo caso, el empresario en su deber de proteger y

⁷² Como ha resaltado GONZÁLEZ LABRADA, M., *Seguridad y salud...*, cit., p. 101, el empresario «debe tomar en consideración los recursos humanos –como uno más de los recursos con que cuenta– cuando dirija y planifique su actividad empresarial por las limitaciones de muy variado orden impuestas a esos poderes empresariales, y una de ellas es la genérica obligación que tiene de no invadir la esfera jurídica representada por el derecho fundamental del trabajador».

⁷³ Vid. MARTÍN HERNÁNDEZ, M^a L., *El derecho de los trabajadores...*, cit., pp. 21-22 y 24.

garantizar la seguridad y salud en el centro de trabajo debe evitar ejercitar su poder de mando y dictar disposiciones de las que pueda derivarse una lesión a los bienes tutelados constitucionalmente. Qué duda cabe de que esta regla general acepta diversas matizaciones en función de cuál sea la naturaleza de la prestación contratada y las funciones a desarrollar deducibles del contrato.

Como escueto desarrollo de esta idea, no está de más recordar, por obvio que ello resulte, que el hecho de que el empleador sea parte en la relación laboral entablada y se encuentre a cargo de la organización técnica y productiva de la cual se derivan los riesgos para la seguridad de su plantilla, le convierte en el sujeto jurídicamente encargado de mantener la seguridad en su empresa⁷⁴. Esto se traduce en la exigencia de una acción empresarial que se plantea como indiscutible y que se traduce en el elenco de operaciones que prosiguen: poner las medidas de seguridad oportunas en manos de los trabajadores; proyectar aquellas que sean necesarias para evitar los riesgos capaces de afectar directamente al personal (los que provengan del entramado organizativo bajo cuyos dictados se desarrolle la prestación laboral, pero también de la disposición patronal de la ejecución del trabajo contratado que se lleva a cabo a través de las facultades de dirección)⁷⁵; ordenar la conducta del trabajador imponiendo el seguimiento de ciertas reglas dirigidas a asegurar su propia protección; y, conjuntamente, supervisar de forma continuada la realización del trabajo comprobando que éste se ajuste a las medidas establecidas y a las normas de seguridad dadas⁷⁶.

Así, en materia de seguridad y salud en el trabajo, el ejercicio de las facultades directivas a través de órdenes e instrucciones respetuosas con el contenido que dicta la normativa de prevención constituye, a su vez, un deber empresarial⁷⁷. Pero es que además el ejercicio de dicho poder se encuentra en este punto condicionado, no sólo

⁷⁴ Es esta la razón y no la «inidoneidad» del trabajador para defender sus intereses la que explica que el legislador otorgara los poderes para la prevención de riesgos laborales principalmente al empresario. Así lo manifiesta GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B., *El deber de seguridad...*, cit., p. 213.

⁷⁵ SMURAGLIA, C., *La sicurezza...*, cit., p. 87.

⁷⁶ Son muchas las ocasiones en las que nuestros tribunales han señalado que el deber de seguridad que pesa sobre el empresario comprende la puesta a disposición de los mecanismos de seguridad más adecuados junto con la obligación de dar órdenes e instrucciones concretas sobre la utilización de los mismos, «vigilando y controlando que los operarios hacen uso de los medios de protección puestos a su alcance». Por todas, STSJ Galicia, 11 febrero 1998 (AS/431); STSJ País Vasco, 1 diciembre 1998 (AS/7517); STSJ Navarra, 31 julio 1996 (AS/3267) y STSJ Cataluña, 17 de noviembre 2006 (AS 2007/1062).

⁷⁷ Se indica en AA.VV. (Sempere Navarro, A.V, García Blasco, J., González Labrada, M. y Cardenal Carro, M), *Derecho de la seguridad...*, cit., p. 249, que «dar las instrucciones no sólo constituye una manifestación de esos poderes empresariales que se despliegan en el seno de la relación laboral, sino que constituye un principio de prevención que matiza profundamente el deber general de prevención del empresario (art. 15.1, *i* LPRL), de modo que el poder de dirección se configura aquí como un deber de impartir las correspondientes instrucciones u ordenes, las cuales han de ser acordes con las exigencias de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores, adecuadas a los riesgos existentes, consecuentes con las medidas de protección y prevención adoptadas y conformes a lo establecido en la LPRL».

negativamente en el sentido de que se impide al empresario dar determinadas órdenes peligrosas (siendo su comportamiento de abstención corolario del principio civilista del *neminem laedere*), sino también positivamente ya que, por un lado, se le impone un mayor grado de coercibilidad en la reclamación del cumplimiento de las medidas de seguridad por parte de los trabajadores y ello, como podrá presumirse, adoptando las decisiones precisas para alcanzar los fines y las pretensiones que persigue la legislación de seguridad y salud. Del trabajador se espera que despliegue en el desarrollo de su prestación un comportamiento apropiado que no perjudique a su seguridad ni a la del resto, de modo que la regularidad del ejercicio de las prerrogativas directivas dependerá de que sean efectivamente impartidas órdenes e instrucciones que garanticen tal objeto.

Y, por otro lado, la actividad preventiva del empresario, por imperativo legal, ha de dirigirse necesariamente, a través de una pluralidad de actuaciones sustantivas y formales, a satisfacer el derecho subjetivo a una protección eficaz y con este fin se encuentra obligado a tratar los riesgos laborales como parte componente básica de la gestión global de los recursos con los que cuenta la organización de la que es responsable. En consecuencia, de quien tiene las facultades de mando en su poder se requiere que ponga en práctica un conjunto de medidas o actividades que eviten o, al menos, disminuyan cualquier posibilidad de que un trabajador llegue a sufrir un determinado daño derivado del trabajo⁷⁸ (vengan o no recogidas de forma específica en la normativa preventiva) y, conjuntamente, que dé las directrices necesarias para prevenir, eliminar o reducir en lo posible las situaciones de riesgo que se creen en su ámbito de actuación, sobre todo si éste es susceptible de ocasionar un perjuicio grave e inminente para la salud o integridad de los trabajadores. De no ser así deberá considerarse que la dejadez en sus funciones no es sino una desatención injustificada del deber de protección que le atañe y constituye, en verdad, un incumplimiento del contrato que le une con cada uno de los trabajadores damnificados por dicha inacción⁷⁹.

⁷⁸ Existen ciertos riesgos inherentes a la realización de actividades laborales que, por su carácter consustancial al trabajo contratado resultan imposibles de neutralizar por completo. De modo que, en estos casos, el derecho subjetivo del trabajador a una protección eficaz en materia de seguridad y salud comporta la obligación empresarial de tomar las medidas precisas para conducir dicho riesgo al nivel más bajo posible. Advierte gráficamente PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., «El derecho constitucional...», cit., p. 38 que «trabajo y riesgo profesional están así fatídicamente condenados a cohabitar en el desarrollo de la relación laboral». Sobre esto mismo, MERCADER UGUINA, J. y MUÑOZ RUIZ, A.B., «El futuro de la negociación colectiva en materia de prevención de riesgos laborales», en *AS*, vol. V (2002), pp. 888, anotan que la existencia de ciertas dosis de riesgo «se convierte en un elemento estructural de la propia dinámica social».

⁷⁹ Acorde con el enfoque preventivo que pretendió la LPRL, ésta es la posición defendida por la STSJ Madrid, 5 octubre 2005 (AS/2555), supuesto en el que se estima que la inactividad del empresario que no pone a salvo a un trabajador de los riesgos psicosociales derivados del cumplimiento de su trabajo constituye un incumplimiento contractual inmerso en el art. 50 ET. El mismo criterio *vid.* en STSJ País Vasco, 6 junio 2006 (AS 2007/1204).

2.3. Sobre la institución de un mecanismo jurídico de autodefensa frente a la potencial agresión de valores vitales

Dejando dicho lo anterior, me detendré en el derecho del trabajador individual a interrumpir su actividad pues, en tanto *ius resistentiae* específico que legalmente se instituye en casos de riesgo grave e inminente, forma parte de los instrumentos, aludidos más arriba, a disposición del trabajador a fin de que éste pueda velar por su propia seguridad y salud. El art. 21.2 LPRL provee al trabajador individualmente considerado de la capacidad para tutelar personalmente su vida, integridad psicofísica y salud a través de la interrupción de la prestación e, incluso, del abandono del puesto de trabajo⁸⁰. Es además inobjetable, dicho sea de paso, que el derecho que en caso de riesgo grave e inminente se contempla en sede legal condiciona la organización del trabajo y el legítimo ejercicio de la potestad para impartir mandatos en relación al desarrollo de la prestación debida y al comportamiento exigible al deudor. Y es que, ya se ha visto, la concurrencia de un riesgo de tales características, como es obvio, se erige también en un límite para la autonomía decisoria y organizativa del empleador, esto es, para el ejercicio de cuantas facultades le vengán atribuidas por el ordenamiento en tanto contraparte contractual.

Desde este prisma cabe observar que la «impregnación conflictual» de este instrumento autotutelar dimana «de la preexistencia actualizada, real y manifiesta de una controversia»⁸¹, la cual se suscita en derredor de la calificación de un riesgo que a ojos del asalariado presenta las cualidades descritas en el art. 4.4 ET. Con fundamento en dicha creencia se cristaliza una objeción a la prestación encomendada o a concretos mandatos empresariales. Ahora bien, se debe precisar que no toda orden que *a priori* pudiera estar contraindicada para la salud o integridad personal de los trabajadores representa un ejercicio del poder de dirección que vulnera los dictados constitucionales y legales. Habrá que enjuiciar el contexto fáctico, la potencial lesividad de la misma y estar atentos al objeto de la prestación, dicho de otro modo, al trabajo convenido que por su propia naturaleza puede ocasionar trastornos a la integridad corporal o incluso, poner en peligro la vida del trabajador.

⁸⁰ Resulta, tal y como suscribe DÍAZ MOLINER, la facultad de alejarse del puesto de trabajo un derecho ligado y precedido conceptualmente por la interrupción de las actividades productivas, si bien en la práctica no es posible normalmente deslindar una actuación de la otra pues ambas se producirán de forma simultánea (*Derecho de prevención...*, cit., p. 453).

⁸¹ PURCALLA BONILLA, M.A., *Heterotutela y autotutela de la seguridad e higiene en el trabajo. Un estudio sobre la «deuda de seguridad» del empresario*, Universitat Rovira i Virgili, 1998, pp. 205-272 y, en especial, p. 802.

Sea como fuere, lo cierto es que ante el riesgo más elevado y extremo, y por lo que respeta al ejercicio de las facultades directivas, el empresario no sólo está obligado a desplegar una labor preventiva, sino que debe conducir la ordenación de la prestación hacia la interrupción de la actividad (art. 21.1 LPRL). El propio legislador ha entendido que ésta es una medida de protección materialmente imprescindible para garantizar el mayor nivel de seguridad de la que son acreedores los trabajadores en dichas situaciones⁸². En otras ocasiones, en cambio, lo que se hace es desautorizar el contenido mismo de las órdenes e instrucciones patronales cuando éstas exigen el cese de la paralización del trabajo y el peligro continúa activo. En cualquier caso, lo que interesa destacar, pues será idea central en el presente estudio, es que ninguna restricción de los bienes primarios, cuales son la vida e integridad psico-física del trabajador, puede emanarse de una mera elección o conveniencia de tipo económico y organizativo ni, a la par, la limitación al comportamiento del trabajador que pretenda autoproteger tales bienes se podrá sustentar únicamente sobre la base de la estructuración jerárquica de la empresa y sobre el daño que dicha decisión pudiera comportar a los intereses patrimoniales del empleador sin que exista un motivo mayor digno de protección.

3. La problemática de la calificación jurídica y fundamento del derecho

Sin pararme a estudiar los precedentes reguladores del derecho, pues son de sobra conocidas las distintas normas internas, comunitarias e internacionales que le sirven de referente embrionario, me limitaré a constatar que el mutismo del ET en lo que respecta al ejercicio individual del derecho de autoprotección fue roto con la LPRL. Para ser exactos, es el art. 21.2 el que sirve de cimentación normativa al derecho de autotutela en este ámbito. Su previsión normativa en dicho precepto fue objeto de una aplaudida acogida por gran parte de nuestra doctrina dado que, se dijo, la Ley confería «carta de naturaleza generalizada y claramente cristalizada a este concreto derecho del trabajador»⁸³. Pues bien, precisamente, es la naturaleza del derecho a la interrupción de las actividades productivas y al alejamiento de la zona de peligro lo que reclama en este momento nuestra atención. Es esta una vieja cuestión sobre la que tradicionalmente ha existido un importante debate entre la doctrina *iustlaboralista*, el cual no se pretende recrear con gran amplitud en esta sede aunque sí incidir en la inexistencia de un unánime consenso sobre la calificación del derecho que nos ocupa. Y es que mientras para un sector de la doctrina éste no es más que una manifestación del derecho

⁸² Vid, la clasificación de las funciones que atañen al empresario en cuanto garante de la seguridad y salud en el entorno laboral, distinguiendo entre obligaciones de protección y obligaciones de prevención, estas últimas conformando un estadio previo de las anteriores, GONZÁLEZ DÍAZ, F.A., *La obligación empresarial...*, cit., pp. 139-153.

⁸³ PURCALLA BONILLA, M.A., *Heterotutela y autotutela...*, cit., pp. 205-272 y, en especial, p. 809.

constitucional a la vida y a la integridad psico-física, para otros autores se está propiamente ante un *ius resistentiae* frente a las órdenes del empresario o ante la *exceptio inadimpleti contractus* que exonera al asalariado el cumplimiento de su principal obligación en tanto no se dispongan las medidas de seguridad necesarias en la empresa.

3.1. El anclaje constitucional del derecho a suspender temporalmente la ejecución de la prestación laboral

La primera de las posiciones adoptadas en relación a la razón jurídica explicativa de la atribución al trabajador de un derecho que le autoriza para interrumpir la propia actividad razona que la LPRL tradujo en regulación positiva el derecho fundamental consagrado en el art. 15 CE. Defiende un sector de nuestra doctrina que el instrumento de autotutela que brinda el art. 21.2 LPRL, en tanto «trasunto normativo»⁸⁴ del pasaje constitucional, es un elemento integrante del contenido esencial del derecho a la vida e integridad psico-física del trabajador y, por consiguiente, abunda en la eficacia pluridireccional del mismo. De modo que este derecho, se ha afirmado, «no es otra cosa que la manifestación del derecho a la vida e integridad que el trabajador tiene como ciudadano en la relación laboral»⁸⁵. La facultad que el precepto legal le confiere hace posible que el derecho fundamental se mantenga indemne ante una situación de elevado riesgo que amenaza los intereses jurídicamente protegibles por el conocido pasaje legal. Entonces, lo que la manifestación legal de la autotutela ligada al núcleo básico del derecho fundamental otorga, en definitiva, es «un poder de actuación del derecho»⁸⁶ (a la vida y a la integridad personal) frente al riesgo que previsiblemente es susceptible de causar un severo atentado contra la conservación de la seguridad en la empresa.

⁸⁴ Nuevamente, PURCALLA BONILLA, M.A., *Heterotutela y autotutela...*, cit., pp. 818-819.

⁸⁵ GONZÁLEZ LABRADA, M., *Seguridad y salud...*, cit., p. 426 y también en AA.VV. (Sempere Navarro, A.V, García Blasco, J., González Labrada, M. y Cardenal Carro, M), *Derecho de la seguridad...*, cit., p. 191. En la misma línea, opinan que el derecho del art. 21.2 LPRL forma parte del contenido esencial del 15 CE, GARCÍA BLASCO, J. y GONZÁLEZ LABRADA, M., «El derecho del trabajador a interrumpir su actividad y abandonar el lugar de trabajo en situaciones de riesgo grave e inminente», en *AS*, vol. I (1996), p. 2781; MOLINA NAVARRETE, C., y OLARTE ENCABO, S., «Los derechos de la persona...», cit., p. 384 y OJEDA AVILÉS, A., «Los conflictos en la paralización de actividad por riesgo grave e inminente», en AA.VV. (Coords. Ojeda Avilés, A., Alarcón Caracuel, M. R. y Rodríguez Ramos, M^a J.), *La Prevención...*, cit., p. 323. En el ámbito comparado, señalaba SAVATIER, J., «La liberté dans le travail», en *Dr.Soc.*, núm. 1 (1990), p. 57: «En se retirant de la situation dangereuse, il ne refuse pas d'exécuter son contrat, mais exerce un droit fundamental de sauvegarde de sa personne qui l'emporte sur son obligation d'obéissance». *Vid.* también en «Le retrait de situation dangereuse fondé sur l'insécurité du travail en zone urbaine», en *Dr.Soc.*, núm. 9-10 (2003), p. 806.

⁸⁶ GARCÍA BLASCO, J. y GONZÁLEZ LABRADA, M., «El derecho del trabajador...», cit., p. 2781.

A la par, otra de las razones por la que se ha juzgado acertada la tesis que apuesta por la consideración de dicha potestad de autotutela como parte integrante del contenido esencial del art. 15 CE tiene que ver con un argumento de «justicia procesal»⁸⁷ al resultar aplicable el alcance tuitivo de los derechos fundamentales (arts. 175-182 LPL). En concreto, el acceso al recurso de amparo constitucional y a la tramitación a través de un procedimiento sumario y preferente (arts. 53.2 CE y 177.1 LPL); las reglas de facilitación de la prueba habituales en los procesos sobre posibles vulneraciones de los derechos fundamentales (art. 179 LPL); y especialmente, al trascender el plano de la mera legalidad, la entrada a la declaración de nulidad de la sanción impuesta por violación de derechos fundamentales y, llegado el caso, a la readmisión del trabajador en caso de despido (arts. 113 y 180 LPL)⁸⁸.

Ahora bien, sin negar la razonabilidad de este punto de vista, deben hacerse al menos dos observaciones. En primer lugar, conviene precisar que aunque la admisión del derecho a la interrupción de la prestación en caso de riesgo grave e inminente es una medida claramente dirigida a preservar el derecho subjetivo que la CE califica de fundamental, el derecho a la vida e integridad, favoreciendo sin lugar a dudas la eficacia horizontal del mismo, ello no significa que se trate, propiamente, de la expresión legal de dicho derecho fundamental. Aun fuertemente conectados teleológicamente, no existe en estricta técnica jurídica una identidad entre ambos. La norma legal consagra un derecho específico que puede, y debe, leerse en clave constitucional pero, en sentido riguroso, es un derecho inserto en la dinámica del contrato de trabajo atribuido al deudor precisamente en su condición de parte, distinto de aquél de naturaleza fundamental. Coincido con quien ha afirmado que «una cosa es que un determinado derecho o una concreta institución jurídica regulados por normas de rango infraconstitucional tengan un fundamento o antecedente constitucional –sea mediato o inmediato–, y otra muy distinta que la reglamentación legal de tal derecho o institución jurídica constituya un desarrollo directo del precepto constitucional de referencia»⁸⁹. En realidad el conjunto de derechos y obligaciones que recoge la LPRL suponen la materialización de la exigencia de protección de la prestación en virtud del imperativo constitucional y cualquier infracción grave o muy grave de la normativa preventiva puede constituir una violación del derecho fundamental a la integridad personal en la relación de trabajo.

⁸⁷ PURCALLA BONILLA, M.A., «El derecho del trabajador a interrumpir su prestación y al abandono del lugar de trabajo», en *PS*, núm. 6 (1998), pp. 219.

⁸⁸ *Vid.* MOLINA NAVARRETE, C., y OLARTE ENCABO, S., «Los derechos de la persona...», cit., pp. 384-385.

⁸⁹ MARTÍN HERNÁNDEZ, M^a L., *El derecho de los trabajadores...*, cit., p. 62.

En segundo lugar, el citado planteamiento doctrinal resulta objetable en la medida en que el art. 21.2 LPRL no tiene como único centro de imputación los derechos consagrados constitucionalmente en el art. 15 CE. De hecho, como se podrá comprobar, el pasaje normativo rehúye hacer una única alusión a la vida e integridad para referirse también al derecho a la salud como bien jurídico que habilita ese *poder hacer* reconocido al trabajador para defender el propio interés por vía extrajudicial y de forma personal (exigiéndose, en todo caso, que todos ellos, derechos humanos de relevancia constitucional, se vean afectados de un modo grave e inmediato). Si bien es cierto que, a resultas de la concepción del TC hoy vigente, tal aserto no sería un obstáculo para poder considerar que la facultad conferida en el art. 21.2 LPRL constituye propiamente un ejercicio del referido derecho fundamental. Baste enunciar, en apretada síntesis para no sobrepasar el contexto del presente estudio, que la normativa preventiva hunde sus raíces y, al tiempo, ofrece concreción legal al derecho a la «incolumidad corporal»⁹⁰ en el ámbito de la prestación de trabajo, término que engloba un haz de derechos amparados constitucionalmente *ex art. 15 CE* frente a los ataques que se dirijan a producir un menoscabo en el cuerpo o espíritu de la persona y, en general, frente a «toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular»⁹¹. Pues bien, el TC, tras una minuciosa tarea argumental, ha declarado que el primer escalón de protección constitucional abarca el derecho a que el trabajador no vea expuesta su vida e integridad personal a un riesgo con ocasión de las labores que realiza en la empresa y, solapadamente, también el derecho a que su salud no resulte afectada de forma cierta y grave (resultando de aplicación el art. 53.1 y 2 CE).

Sensu contrario, de acuerdo a la especificación emprendida por el Alto Tribunal del contenido mínimo e irreductible del art. 15 CE, no forma parte del mismo el derecho a no ver el valor personal relativo a la salud humana expuesto a peligros carentes de tal entidad, esto es, a riesgos que no son graves, ni ciertos. Otra solución supondría, en palabras del propio Tribunal, diluir o «banalizar»⁹² el contenido del derecho fundamental reconocido, quedando por tanto excluidas las posibilidades de actuación que vayan destinadas a neutralizar toda vulneración, no ya de la vida o integridad, sino de la seguridad del trabajador o de su salud en su noción más amplia y genérica (como bienestar, equilibrio físico, psíquico y social, etc.), esto es, que se dirijan a reaccionar contra los posibles riesgos laborales que amenacen levemente el derecho a conservar su salud⁹³.

⁹⁰ STC 207/1996, de 16 de diciembre. Fj. 2º.

⁹¹ Por todas, STC 120/1990, 27 junio. Fj. 8º.

⁹² ATC 57/2007, de 26 febrero. Fj. 3º.

⁹³ A propósito de la doctrina constitucional que defiende la inclusión del derecho a la salud en el ámbito material del art. 15 CE únicamente cuando el riesgo a experimentar daños o perjuicios en la salud personal sea grave e inmediato, se pronunció el Magistrado don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera en el

Así, en coherencia con lo indicado, el objeto de protección del art. 21.2 LPRL queda reducido a salvaguardar exclusivamente los altos intereses en juego proclamados en el art. 15 de nuestra Norma Fundamental (en cuyo ámbito tutelar también se halla integrado el núcleo básico del derecho a la salud). Y es que el derecho de autotutela en materia de seguridad y salud en el trabajo ha sido legalmente configurado por la LPRL, no como una facultad para rechazar el cumplimiento de la prestación principal siempre y en todo caso que se vea afectado el interés privado de los trabajadores a llevar a cabo su prestación de servicios en unas condiciones seguras para su vida, su integridad psicofísica y su salud, sino como un derecho a la autoprotección de alguno de estos bienes jurídicos supremos siempre que se vean amenazados por un peligro especialmente próximo y severo.

Con todo, y siendo en realidad incuestionable el fuerte entronque y las evidentes concomitancias entre los derechos constitucionales aquí implicados (la salud, es fácil comprender, no es algo totalmente ajeno a la vida y a la integridad personal), resulta «inaceptable» la asimilación de los mismos, tal y como ha afirmado recientemente el TS en sentencia de 22 de noviembre de 2007 (RJ 2008/1183). De modo que aunque la específica atribución que corresponde a cada uno de los trabajadores en virtud de lo previsto en el art. 21.2 LPRL únicamente se dirija a salvaguardar el contenido «medular» del derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal del trabajador, esto es, aquel que queda comprendido en el art. 15 CE (caso en el que el derecho a la integridad da protección a ciertos contenidos del derecho a la salud y, por tanto, los ámbitos de ambos derechos se superponen)⁹⁴, su fundamento constitucional no descansa únicamente en dicho precepto, sino también en el art. 43.1 CE⁹⁵.

voto particular a la STC 119/2001, de 29 mayo, mostrándose en desacuerdo con que la vulneración de dicho precepto constitucional, merecedor de la máxima protección y eficacia a tenor de lo señalado en los arts. 53.1 y 2 CE, requiera un peligro de tales características para la salud de las personas. Bastaría, subraya, «la existencia de cualquier efecto nocivo» para que se pudiera recabar dicha tutela apoyando su argumentación en la definición polivalente e integral que la OMS ha dado a la salud humana, la cual no queda restringida a la ausencia de infecciones o enfermedades, sino que viene referida a un estado completo de «bienestar físico, mental y social». Así, el término manejado en éste y en otros documentos nacionales e internacionales sobre la materia de seguridad y salud en el trabajo parte de la combinación de distintos factores, tanto físicos como mentales y sociales, que se encaminan a fomentar y mantener el equilibrio y el más alto nivel de bienestar de los trabajadores, prevenir los daños a la salud dimanantes de las condiciones de trabajo bajo las cuales se desarrolla la prestación de servicios y, asimismo, «colocar y mantener al trabajador en un empleo que convenga a sus aptitudes psicológicas y fisiológicas».

⁹⁴ Me remito a lo indicado en CANOSA USERA, R., *El derecho a la integridad personal*, Lex Nova, Valladolid, 2006, pp. 106-108.

⁹⁵ Oportunas me parecen las palabras de GONZÁLEZ SÁNCHEZ al manifestar que el art. 43.1 CE perfecciona el sistema protector que se dispone constitucionalmente en materia de seguridad e higiene en el trabajo. El reconocimiento al derecho a la protección de la salud supone, indica el autor, «un “plus de protección” a los bienes tutelados en el art. 15 y un reforzamiento a la tutela general de la seguridad e higiene del art. 40.2 pues, a través de este precepto (43.1), la seguridad e higiene extiende su ámbito a aspectos tales como el bienestar en el trabajo, la salud integral del trabajador, que refuerzan a los de tutela

3.2. Reconocimiento jurídico-positivo del *ius resistentiae* para la defensa de intereses propios en el campo de la seguridad y salud laboral

En la línea ya apuntada, por más que sea cierto que el art. 21.2 LPRL instrumenta un oportuno mecanismo para que los bienes personales esenciales del art. 15 CE, preexistentes a la norma legal de referencia en materia de prevención de riesgos laborales, lleguen a tener un contenido real, no sería correcto pretender que lo que el citado pasaje legal está proclamando sea fruto del desarrollo normativo del derecho fundamental, de ahí que su plasmación positiva no haya exigido ley orgánica. Aunque sea indiscutible que el TC ha querido recalcar que el derecho a la vida (derecho que junto a la dignidad de la persona constituye en nuestro ordenamiento «el punto de arranque», un «*prius* lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos»⁹⁶) y a la integridad personal, en su versión laborizada, late tras el reconocimiento normativo del instrumento de autotutela del art. 21.2 LPRL, entiendo que lo que el citado fragmento legal instituye, propiamente, no un derecho fundamental en el seno de la relación laboral, sino un límite normativo al proceder empresarial y, paralelamente, un típico *ius resistentiae* materializado en la renuencia singularizada del asalariado a cumplir con su actividad en condiciones de riesgo grave e inminente⁹⁷.

de la vida y la integridad física, y cuya vulneración no se consideran agresiones directas a los bienes que se protegen en el art. 15 (...). De este modo, la aplicación del art. 43.1 al ámbito de los riesgos laborales, resulta relevante por cuanto completa los niveles de protección del trabajador en materia de seguridad e higiene, vincula al Estado al despliegue de una actividad preventiva y compromete al empresario en la consecución de los mismos objetivos», en *Seguridad e higiene...*, cit., pp. 225-226 y 229.

⁹⁶ Así lo puso de manifiesto el TC en la harto citada sentencia 53/1985, de 11 de abril (Fj. 3º). Criterio mantenido en las sentencias 120/1990, 27 de junio y 137/1990, 19 de julio.

⁹⁷ Esta es la opinión de GORELLI HERNÁNDEZ, J., «Deber de obediencia...», cit., pp. 243-244; MONTOYA MELGAR, A. y PIZÁ GRANADOS, J., *Curso de seguridad y salud en el trabajo*, McGraw Hill, Madrid, 1996, p. 244; PÉREZ DE LOS COBOS, F., «La Ley de Prevención de Riesgos Laborales como transposición de la Directiva Marco sobre Seguridad y Salud de los trabajadores en el lugar de trabajo», en *TS*, núm. 73 (1997), pp. 10-11; SALA FRANCO, T. y ARNAU NAVARRO, F., *Comentarios...*, cit., p. 100 y posteriormente en «El deber empresarial de protección al trabajador en materia de seguridad y salud laboral», en *DS*, vol. IV (1996), p. 20. Tesis que también han mantenido, AA.VV., (Coords. Cabeza Pereiro, J. y Lousada Arochena, J.F.), *Comentarios...*, cit., p. 52; BODAS MARTÍN, R., «Derechos y obligaciones», cit., pp. 383 y 398-399; DÍAZ MOLINER, R., *Derecho de prevención...*, cit., pp. 464-465; GARCÍA NINET, J.I. y VICENTE PALACIO, A., «Los derechos de los trabajadores a la protección de la seguridad y la salud en el trabajo y las obligaciones empresariales sobre estas mismas materias», en AA.VV., (Dir., García Ninet, J.I. y Garrigues Giménez, A.), *Lecciones sobre la Ley de Prevención de riesgos laborales*, Universitat Jaume I, Castellón, 1997, p. 98 [previamente, en relación al art. 11 OGSHT, GARCÍA NINET en «El deber de obediencia...», cit., pp. 886-887 y «Artículo diecinueve. Seguridad e higiene», en AA.VV., *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la Ley 8/1980, de 10 de marzo*, Edersa, Madrid, 1981, p. 158]; GARCÍA PIÑEIRO, N.P., «Derechos del trabajador en situación de “riesgo grave e inminente”», en *AJEE*, núm. 33 (2000), pp. 281-288; GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J.J., *Seguridad e higiene...*, cit., pp. 292-293; LÓPEZ GANDÍA, J., *Las cooperativas de trabajo asociado y la aplicación del derecho del trabajo*, Universidad de Valencia, Valencia, 2006, p. 298; MARTÍNEZ FONS, D., «Artículo 20. Dirección y control de la actividad laboral», en AA.VV. (Dir. Del Rey Guanter, S.), *Estatuto de los trabajadores comentado y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2007, p. 412; RIVERO LAMAS, J., «Art. 20...», cit., p. 319 y en RIVERO LAMAS, J. y DE VAL TENA, A.L., «Artículo 21. Riesgo grave e inminente», en AA.VV.

La introducción de este derecho en nuestro ordenamiento jurídico responde al propósito de abrir una nueva vía de defensa que complemente la preventiva intervención legislativa, la cual actúa sobre el origen y evolución de los riesgos laborales modalizando, mediante reglas jurídicas, el ejercicio de ciertas actividades lícitas pero potencialmente peligrosas⁹⁸. En realidad, fallido todo intento de poner bajo control situaciones de hecho caracterizadas por la verosímil inmediatez de una agresión grave a la salud o integridad psicofísica, la norma reconoce, en este supuesto específico, la primacía de los derechos del trabajador en detrimento del ejercicio de los poderes empresariales. El trabajador está facultado, así, para erigirse en definidor de sus propios intereses frente al empleador decidiendo no comenzar o cesar temporalmente la actividad y alejarse de la zona de peligro si ello fuera preciso. Técnicamente, como se tratará de explicar a continuación, estamos ante un instrumento individual de autotutela en su significación más amplia pues, en definitiva, lo que se ampara no es sólo la desatención de una específica orden empresarial sino una auténtica causa de justificación completa de la negativa a trabajar.

El legislador, de este modo, tipifica en la LPRL el *ius resistentiae* en un contexto muy determinado en el que existen enormes dificultades para contrarrestar las causas de un eventual siniestro que presumiblemente está a punto de acontecer⁹⁹. En tales casos se habilita una vía para la legítima defensa en el ámbito laboral antes de que sólo quepa atender a la protección reparadora de las consecuencias lesivas que hubiera producido la actualización de un riesgo profesional grave para la salud del trabajador o terceras personas se hayan visto afectadas. Se constata, pues, que a través del art. 21.2 LPRL se instrumenta un mecanismo de resolución de un conflicto de intereses que, aun con matizaciones, compone la emersión normativa del derecho que los tribunales ya le venían reconociendo al trabajador, si bien de forma un tanto errática, en los supuestos

(Dir. Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M^aN.), *Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios*, Comares, Granada, 2004, pp. 197 y 200; SAMPEDRO GUILLAMÓN, V., «Responsabilidades administrativas: infracciones y sanciones, el procedimiento sancionador», en AA.VV., (Dir., García Ninet, J.I. y Garrigues Giménez, A), *Curso sobre prevención de riesgos laborales*, Universitat Jaume I, Castellón, 1998, p. 552; SÁNCHEZ CUBEL, D., *Todo sobre la nueva Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Praxis, Barcelona, 1996, p. 85; THIBAUT ARANDA, J., «La paralización colectiva de la actividad productiva como medida de Seguridad e Higiene: el artículo 21.3 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», en AS, vol. V (1997), p. 187 y VALVERDE ASECIO, A.J., «Art. 54. Despido disciplinario», en AA.VV. (Dir., Del Rey Guanter, S.), *Estatuto...*, cit., p. 1143.

⁹⁸ FRANCO, M., «Adeguamento al diritto comunitario in materia di sicurezza degli ambienti di lavoro ed evoluzione delle forme di tutela e di responsabilità negli ordinamenti giuridici nazionali», en *Quad.Dir.Lav.Rel.Ind.*, núm. 14 (1993), p. 243.

⁹⁹ Advierten las SSTSJ Cataluña, 13 octubre 2003 (JUR/9132), 30 octubre 2003 (AS/3664), y País Vasco, 17 marzo 2005 (JUR/208528), «que este *ius resistentiae* o derecho de resistencia a la orden empresarial, configurado por la jurisprudencia, tiene hoy día naturaleza legal, al estar reconocido en el artículo 21.2 en relación con el artículo 14.1», ambos de LPRL.

en que las decisiones patronales atentaran contra el derecho a no sufrir daños en su persona. Dicha facultad, entonces, no es exclusiva de la materia preventiva, «sino que se trata de una derivación más del principio general de que el empresario ha de ejercitar de modo regular su poder directivo»¹⁰⁰. Desde el punto de vista eminentemente contractualista que preside el conjunto de la regulación relativa a la seguridad y salud en el trabajo es dable anotar, por tanto, que el fundamento básico del derecho vuelve a residir en una previa realidad contractual.

De esta suerte parece difícilmente obvia la relevante distinción que se aprecia en relación a la transposición de la DM en este punto: mientras que el art. 8.4 del acto normativo comunitario optaba por sortear un reconocimiento expreso del *ius resistendae* limitándose a contemplar, en su lugar, la operatividad de una importante garantía en favor del trabajador objeto de posibles represalias, el citado precepto legal da cobijo, ya firmemente, a un derecho de resistencia¹⁰¹, el cual se configura como derecho subjetivo de carácter material o sustantivo. Es así, de este modo, que en este derecho de naturaleza eminentemente contractual subyace un interés autónomo del deudor de la prestación¹⁰² el cual, como podrá preverse, se dirige a tutelar bienes jurídicos esencialmente privados, de cuya trascendencia y efectos da cuenta su protección en el articulado constitucional.

El precepto que aquí se estudia acoge un mecanismo jurídico que posibilita una actuación inmediata y directa ante una situación arriesgada de modo que, a diferencia de otras facultades que integran el contenido específico del derecho subjetivo a una protección eficaz en el trabajo, se dirige, no tanto a exigir al empresario que provea la adopción de concretas medidas de seguridad que permitan neutralizar una situación peligrosa o de emergencia, como a poner a salvo a los trabajadores que pudieran verse afectados por un riesgo extremo cuya presencia, en ocasiones, no se ha logrado impedir o aminorar pese al cumplimiento por parte del empleador de sus obligaciones en materia de seguridad y salud laboral. La facultad de autotutela permite, entonces, contradecir las órdenes patronales que amenazan la seguridad en el trabajo (situadas a extramuros del

¹⁰⁰ MONTOYA MELGAR, A. y PIZÁ GRANADOS, J., *Curso de seguridad...*, cit., p. 244.

¹⁰¹ Por su parte, la OGSHT, principal referencia en el ordenamiento español en esta materia hasta la promulgación de la LPRL, admite en su art. 11 la interrupción del trabajo, prerrogativa configurada, a diferencia del posterior art. 19.5 ET, como una reacción estrictamente individual y ante un caso muy concreto («todo trabajador, después de solicitar de su inmediato superior los medios de protección de carácter preventivo para la realización del trabajo, queda facultado para demorar la ejecución de éste, en tanto no le sean facilitados dichos medios, si bien deberá dar cuenta del hecho al Comité de Seguridad e Higiene, o a uno de sus componentes, sin perjuicio de ponerlo en conocimiento de la Inspección de Trabajo»). *Vid.*, al respecto, GARCÍA ROSS, A., «Análisis presente y futuro del contenido obligacional del derecho de la seguridad, higiene y salud en el trabajo», en *RTSS*, núm. 14 (1994), pp. 63-64.

¹⁰² DEL PUNTA, R., «Diritti e obblighi del lavoratore: informazione e formazione», en AA.VV. (Dir. Montuschi, L.), *Ambiente, salute e sicurezza*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 191.

ejercicio regular del poder directivo y, consecuentemente, causa de justificación de la desobediencia)¹⁰³ e, igualmente, tomar la decisión de rehusar la prestación laboral para asegurar su vida e integridad cuando no media una intervención de la dirección empresarial en uno u otro sentido.

De no haberse recogido de forma explícita el derecho a interrumpir la prestación ante un foco de riesgo grave e inminente en la LPRL, el trabajador no quedaría expuesto a una total desprotección ya que su derecho de autotutela particular no termina en los supuestos de riesgo grave e inminente. Los arts. 5 c y 20.2 ET, de acuerdo, repito, a la posición ya clásica de los tribunales al respecto, servirían de sustento legal al *ius resistentiae* en estos casos. Y es que hay que entender, en primer lugar y como premisa, que las órdenes e instrucciones dadas por el empresario sobre las condiciones de trabajo en las que se ha de desarrollar la prestación para que ésta no suponga riesgo alguno a la seguridad y salud del trabajador no son algo extraño al poder de dirección empresarial¹⁰⁴. Y ello pese a que exista un régimen jurídico propio que establezca reglas de obligado cumplimiento a cargo del empresario para que, de un lado, revoque la orden dada cuando dicha situación de peligro precisamente tiene su causa en la directriz empresarial impartida¹⁰⁵, de otro, emita las indicaciones precisas para que los trabajadores afectados se pongan a salvo de dicha situación y, si fuera preciso, respete y acompañe la suspensión del trabajo decidido personalmente por el asalariado o decretado por sus representantes legales. En segundo término, que las instrucciones explícitas o implícitas de desarrollar un trabajo en condiciones inseguras, insalubres o peligrosas no crean un débito en el trabajador. No es ya sólo que se dé un supuesto de legítima desobediencia, sino que, para ser exactos, no existiría propiamente una actuación desobediente y, por tanto, un comportamiento punible. Como pequeño inciso, la orden patronal de proseguir la actividad laboral y permanecer en el puesto de trabajo se entiende implícita siempre que el empresario no haya realizado manifestación alguna¹⁰⁶. Por el contrario, el mandato se considerará explícito cuando el empresario

¹⁰³ MONTOYA MELGAR, A. y PIZÁ GRANADOS, J., *Curso de seguridad...*, cit., p. 244.

¹⁰⁴ En contra, GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B., *El deber de seguridad...*, cit., pp. 222-223 al precisar que «existe un especial *ius resistentiae* del trabajador en materia de seguridad y salud en el trabajo, que no es consecuencia de una aplicación analógica de la excepción de no obediencia general en el contrato de trabajo derivada del artículo 20.2 ET, sino que su régimen diferenciado se encuentra en el art. 21.2 LPRL». Y ello a resultas de la defensa por parte de la autora de la existencia de un deber de obediencia ordinario, contrapunto del poder de dirección, que se encamina a garantizar el buen funcionamiento de la organización empresarial (art. 20 ET), junto a otro deber de obediencia que funciona como reverso de la potestad del empresario en materia de seguridad y salud, en virtud del cual se impone al trabajador el seguimiento de las órdenes e instrucciones patronales en beneficio propio, es decir, para satisfacer un interés del que es partícipe (pp. 256-257).

¹⁰⁵ Sobre la insoslayable relación de causalidad se manifiesta la STC 160/2007, 2 de julio (Fj.4º).

¹⁰⁶ Suficientemente diáfana resulta la STSJ Cantabria, 23 enero 2003 (AS/1794), al afirmar «que el trabajo desarrollado por los trabajadores no exige una orden expresa en cada caso de sus quehaceres, por lo que el cumplimiento de los trabajos inherentes al puesto de trabajo es exigible incluso sin necesidad de orden expresa». En este supuesto se enjuicia la posibilidad de imponer el recargo de

desautoriza la actuación del empleado y revalida la orden dada o decreta la continuación de la prestación de servicios en las mismas condiciones pues, considera, no se dan en el caso concreto los requisitos ineludibles para la determinación de la existencia de un riesgo de este tipo¹⁰⁷. Así, la suspensión del trabajo toma como fundamento inmediato y explícito el art. 21.2 LPRL, implícito los antedichos preceptos estatutarios y, como fundamento remoto, los citados pasajes constitucionales.

Si bien es cierto que el TC se ha inclinado por interpretar que la concreta articulación del derecho a la actuación autoprotectora que se ejerce frente al empresario constituye el ejercicio del derecho fundamental a la vida e integridad en el específico terreno de las relaciones laborales pues, entiende, lo que está en juego no es tanto la autotutela del interés particular del trabajador por disfrutar de unas condiciones seguras para su salud sino, justamente, su interés por mantener a salvo su vida e integridad personal¹⁰⁸, de lo que se trata, al fin y al cabo, es de una importante declaración expresa que reafirma la justificación de la desobediencia junto a las concretas garantías que se disponen a su ejercicio. La habilitación de vías de interlocución entre los trabajadores y los mandos directivos de la empresa a fin de favorecer mayores cotas de implicación del personal asalariado en todo lo que tiene que ver con la prevención de riesgos en la empresa y, en definitiva, con las condiciones de trabajo y la marcha de la organización donde viene inscrita su labor de producción, se acompaña de una reafirmación positiva del derecho de resistencia a través del cual se permite al trabajador tomar parte del conflicto que se sustancia entre su propia salud y las condiciones de trabajo y todo ello desde la autonomía pues es precisamente ese asalariado que está expuesto a un riesgo grave e inminente quien, individual y personalmente, evalúa la magnitud del riesgo y

prestaciones a la empresa por infracción de medidas de seguridad a raíz de la lesión sufrida por un trabajador que, ante el estado de fuera de servicio de los medios mecánicos de transporte con los que cuenta la empresa, manipuló manualmente un bidón de glicol de 200 Kg. La sustancia era imprescindible para el normal funcionamiento de la planta de refinería y el trabajador decidió transportarlo dejándolo rodar a fin de que no se viese arriesgada la producción empresarial. El Tribunal entiende entonces que al no costar orden patronal alguna que decretase la paralización de las operaciones de transporte de tales bidones a la refinería mientras la carretilla se encontraba inservible, «es a la empresa y no al trabajador a quien ha de imputarse los efectos de mantenimiento de dicha actividad de transporte de forma manual». Con esto, «se exige a la empresa que asuma las responsabilidades inherentes a la ilegalidad de las operaciones realizadas por la falta de paralización de la actividad igual que si se tratase del cumplimiento de órdenes expresas».

¹⁰⁷ Así lo han defendido GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., *Comentarios...*, cit., p. 142. Por su parte, DÍAZ MOLINER subraya que si el trabajador interrumpe la prestación o se aleja de la zona de peligro estando el empresario o los encargados ausentes, sin que medie manifestación alguna por su parte, se estará ante un supuesto de suspensión unilateral del deber de prestación de servicios que corre a cargo del trabajador o, lo que es lo mismo, ante lo que denomina «desobediencia genérica». De hecho, bajo tales circunstancias, considera el autor que la acción del trabajador afectado por el riesgo es propiamente de colaboración con el empresario en materia de prevención. En cambio, la desatención a la orden concreta que impide la suspensión de la actividad laboral cuando el trabajador percibe una situación de riesgo grave e inminente, o conmina a la reincorporación al trabajo, encajaría en un supuesto de «desobediencia específica». Así en *Derecho de prevención...*, cit., p. 464.

¹⁰⁸ Resume la doctrina constitucional la reciente STSJ Cataluña, 24 enero 2008 (AS/1070).

adopta la medida de autoprotección que la norma le otorga para atajar el peligro que amenaza con minar su salud. Ello no obsta para que en línea de cierre se deba apuntar que este derecho subjetivo a través del cual se reviste al trabajador de la condición jurídica de titular de una concreta facultad de autodefensa, enmarcada en el más amplio campo de las medidas de autotutela, por su contenido absoluto (en lo que suponga de protección a la vida e integridad del trabajador y, consecuentemente, de violación del art. 15 CE), merece ser amparado por las garantías propias de los derechos fundamentales.

3.3. Excepción de contrato no cumplido

De todo lo hasta aquí expuesto ya se puede adelantar que considero inadecuado el empleo de la *exceptio inadimpleti contractus* ex art. 1124 Cc como sustrato jurídico del derecho subjetivo de autotutela del que son titulares los trabajadores en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo¹⁰⁹. No se cumplen las dos premisas básicas que

¹⁰⁹ En contrario, admite la posibilidad de negarse a cumplir la prestación pactada con fundamento en la *exceptio*, VÁZQUEZ VIALARD, A., «La aplicación de la excepción de cumplimiento de contrato en la relación laboral», en *REDT*, núm. 24 (1985), pp. 472-473. Posteriormente, CÁMARA BOTÍA, A., «El derecho del trabajador...», cit., p. 2769. Por su parte, FERNÁNDEZ MARCOS defiende que esta facultad para defender la propia vida e integridad constituye un supuesto de *ius resistentiae* [«El contenido de la Ley de prevención de riesgos laborales: puntos críticos», en *AL*, vol. III (1995), pp. 823-824 y en «Derechos y obligaciones derivados de la situación de riesgo grave e inminente», en *AL*, núm. 44 (1996), p. 852]. Sin embargo, su fundamento, según dicho autor, se desplaza de la configuración y alcance del deber de obediencia para descansar propiamente en «la estricta reciprocidad de los derechos y obligaciones de empresario y trabajador», transmutándose así en una especie de excepción de incumplimiento. En consecuencia, añade, «el ejercicio de este derecho por el trabajador, nace del incumplimiento de la obligación empresarial y se configura condicionado a la previa inactividad y falta de la obligada diligencia por parte del empresario». Es dable subrayar, no obstante, que para este autor la infracción empresarial que habilita el ejercicio del derecho no se reduce exclusivamente a la desatención del deber de seguridad que da lugar, como causa directa, al riesgo grave inminente, o a la estipulación coactiva del proseguimiento de los trabajos bajo tales circunstancias. Defiende que también el trabajador tiene el derecho de abandonar un lugar peligroso o negar su prestación en condiciones de peligro inminente en virtud de un comportamiento incumplidor del empresario que se basa en la omisión de la conducta debida en las situaciones en las que aflora un riesgo grave e inminente. Concretamente, aduce, la interrupción de los trabajos se condiciona «al previo incumplimiento por el empresario de ordenar o permitir el abandono en las mismas condiciones». De modo que el derecho nace, bien por el hecho de que el empresario haya provocado el riesgo por mor de la dejadez en el seguimiento de sus obligaciones en este campo, bien por razón de su pasividad pues no ha adoptado o permitido que sean interpuestas por el propio trabajador o sus representantes las medidas necesarias para garantizar su seguridad y salud cuando éstos perciben la concurrencia de una situación de tales características. Así en «Derechos y obligaciones...», cit., pp. 853 y 855 y *Comentarios a la Ley de prevención de riesgos laborales y normativa reglamentaria*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2001, pp. 113-114.

Pone, sin embargo, de relieve GONZÁLEZ LABRADA, M., *Seguridad y salud...*, cit., p. 423, que aun siendo la *exceptio* un instrumento válido para justificar la negativa del trabajador a allanarse al cumplimiento de la prestación cuando se desatienden las medidas de seguridad exigidas normativamente, éste mecanismo no es del todo eficaz puesto que simplemente reconoce el derecho a una indemnización por el daño causado y no el derecho a recuperar el salario correspondiente a las jornadas no trabajadas. En el derecho francés, descartan también que la inejecución de la prestación en caso de riesgo grave e inminente encuentre fundamento en la *exception d'inexécution*, BOUSIGES, A., «Le droit des salariés de se retirer d'une situation dangereuse pour leur intégrité physique», en *Dr.Soc.*, núm. 4 (1991), p. 282 y FROSSARD, J., «Les recours à l'action unilatérale», en *Dr.Soc.*, núm. 6 (1987), p. 502.

permitirían concebir el supuesto específico de autotutela del art. 21.2 LPRL como ejemplo positivizado de dicho remedio jurídico general. En primer lugar se debe dejar claro que, tal y como se ha acentuado previamente, el derecho a suspender la ejecución de la actividad laboral se configura como un instrumento apto para que el trabajador pueda resguardarse de los efectos lesivos que pudiera sufrir en su integridad y salud. Pero sin que pueda supeditarse la operatividad de dicha autoprotección a que el perjuicio que se pueda cernir sobre tales bienes jurídicos a resultas de la existencia de un riesgo grave e inminente provenga o no de causa imputable al empresario. El incumplimiento de la obligación de seguridad no es un presupuesto necesario del derecho contemplado en el art. 21.2 LPRL¹¹⁰.

Es perfectamente posible que el empleador haya adoptado el conjunto de medidas preventivas ordinarias de las que da cuenta el texto legal y además todas aquellas que pese a no contemplarse en la norma vengan requeridas en virtud de su condición de sujeto deudor –para garantizar la seguridad y salud de quienes trabajan a su servicio y se configuran como acreedores de seguridad–, en tanto que resultan organizativa y tecnológicamente precisas y factibles a tal fin¹¹¹. Y pese a todo ello, no se hubiera podido rehuir la existencia de la situación de riesgo. Se está haciendo mención a fortuitos acontecimientos o a causas desconocidas que de forma imprevista pudieran provocar un accidente sin que haya mediado conducta infractora alguna por parte del empresario o dejación de sus obligaciones y que requieran la interrupción de la prestación. En este sentido puede decirse que la modalidad de *ius resistentiae* que en la legislación preventiva se contempla reúne un doble carácter pues, unas veces responde a una finalidad defensiva y, otras, conservativa¹¹². La primera faz se pone de manifiesto cuando se acude a dicho instrumento como reacción frente a conductas o decisiones lesivas de la seguridad e integridad, ya provengan del empleador, de otros trabajadores o de terceros. Es en este sentido en el que el ejercicio del derecho de resistencia actúa como medio de legítima defensa. Mientras que en el segundo caso la pretensión del trabajador se limita a conservar o mantener incólume los bienes jurídicos esenciales de

¹¹⁰ Por todos, GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B., *El deber de seguridad...*, cit., p. 223.

¹¹¹ Sobre la primacía en nuestro ordenamiento del criterio de posibilidad técnica como condicionante del deber jurídico de seguridad, por encima del juicio de lo razonablemente posible (que entraña una consideración al coste económico de la actividad preventiva), *vid.* GONZÁLEZ LABRADA, M., «La Ley de Prevención...», cit., pp. 178-182. Consúltese también a IGARTUA MIRÓ, M^a.T., *La obligación general...*, cit., p. 105-107, 254 y 266-286 y PURCALLA BONILLA, M.A., *Heterotutela y autotutela...*, cit. pp. 198-201. Sobre este punto me remito a las observaciones en relación al modelo italiano de prevención hechas por LAI, M., *Flessibilità e sicurezza del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 14-19, y la reseña bibliográfica que allí se contiene. Un tratamiento reciente de este tema, al hilo del análisis crítico de la STJCE 14 junio 2007 (asunto C-127/05, Comisión de las CE contra Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte) en RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., «El alcance de la obligación de seguridad del empresario en la Directiva Marco: la disyuntiva entre la seguridad tecnológicamente factible y la razonablemente factible», en *RDS*, núm. 39 (2008), pp. 115-128.

¹¹² Sobre este doble perfil, PURCALLA BONILLA, M.A., «El derecho...», cit., p. 214, nota 23.

su persona, «adquiriendo una funcionalidad integradora de la laguna preventiva ante un manifiesto riesgo o peligro grave e inminente que no constituye un propio incumplimiento empresarial del orden infraconstitucional»¹¹³. Es de destacar, en consecuencia, que el derecho objeto del presente estudio es expresión de un útil de protección y no, en esencia, un medio de conminación o una sanción frente a la inejecución de las obligaciones que pertenecen al acreedor contractual.

Y, en segundo lugar, decir que la excepción de incumplimiento contractual viene dispuesta con carácter general por nuestro ordenamiento a fin de que los trabajadores puedan preservar un derecho de crédito cuando la contraparte incumple la obligación que viene dispuesta para satisfacer tal derecho. Precisamente, faculta la desatención de una obligación jurídica siempre que la otra parte del contrato no cumpla con la suya. Sin embargo, el deber del empresario en virtud del cual viene obligado a garantizar al personal a su servicio una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, aun gozando de naturaleza contractual, no se corresponde en términos de reciprocidad a la obligación primaria del trabajador cual es la de desarrollar la actividad productiva en los términos pactados en el contrato. Es innegable que la atención que el empleador dedique a la observancia de su deber jurídico en este ámbito tendrá su incidencia en el devenir de la prestación laboral adeudada por el asalariado y las condiciones bajo las cuales ésta se desenvuelve. Pero de ello no puede deducirse que la vulneración de las normas preventivas por parte del acreedor contractual determine que el trabajador quede legitimado para negarse a cumplir con el trabajo acordado interrumpiendo al efecto su labor en la empresa en términos semejantes a como legitimaría la *exceptio* la detención de la actividad laboral si no recibe a cambio de la misma el salario correspondiente.

Es criterio comúnmente aceptado que para que proceda apreciar la excepción es requisito indispensable, junto a la inexistencia de contravención de la buena fe, que las prestaciones mutuamente debidas sean interdependientes¹¹⁴ sin que baste aducir el incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias¹¹⁵. Sin embargo, según la interpretación del deber de protección de gran parte de la doctrina *iustlaboralista*, a la cual me adhiero, la deuda empresarial de seguridad carece de naturaleza bilateral o sinalagmática de la que pudiera producirse como efecto subsiguiente la necesidad de

¹¹³ Palabras y distinción contenida en GONZÁLEZ LABRADA, M., *Seguridad y salud...*, cit., pp. 87-89.

¹¹⁴ STS 7 mayo 1996 (RJ/3779)

¹¹⁵ Entre otras, STS 22 noviembre 1995 (RJ/8432); 22 octubre 1997 (RJ/7410); 28 abril 1999 (RJ/3422); 20 junio 2002 (RJ/ 5256) y STS 20 diciembre 2006 (RJ 2007/384).

cumplimiento simultáneo del deber principal de trabajar del empleado¹¹⁶. Y ello en tanto posee un contenido autónomo respecto del deber del empleador de pagar el salario y no se dirige a lograr la satisfacción del interés primario patrimonial del trabajador a recibir la contraprestación dineraria por sus servicios¹¹⁷. La exigibilidad de la obligación empresarial de protección se da, por tanto, al margen de la prestación laboral y de las obligaciones salariales. Ampara, en cambio, otro tipo de intereses esenciales que laten en el desarrollo de la relación laboral (la realización de los servicios contratados en condiciones de seguridad) y que, junto a la prestación principal, han de ser también cumplidos. La no funcionalización respecto de la causa misma del negocio jurídico contractual es, por tanto, un importante rasgo diferenciador. El deber de protección coloca al empresario en una posición subjetiva pasiva, de contenido no patrimonial. Con todo, el débito que conforme a lo expuesto ahora corresponde al empleador «no depende del cumplimiento por parte del trabajador de otro paquete de obligaciones que pudiera funcionar como contrapeso»¹¹⁸. Y, a la inversa, el comportamiento incumplidor del empresario, pese a ser de gran relevancia desde el punto de vista jurídico y ético, no hace menos exigible la prestación laboral, de modo que no cabe invocar la excepción de incumplimiento para enervar o paralizar los trabajos pactados.

Lo que sucede, no obstante, es que la obligación principal del trabajador, la de realizar la actividad acordada, quedará oportunamente detenida, de forma meramente temporal, cuando la infracción por parte del empleador de su deber de garante de los bienes jurídicos supremos aquí afectados derive en una situación en la que se haga completamente irrealizable el trabajo negociado en el contrato pudiendo, de este modo, entrar en juego el art. 1272 Cc¹¹⁹. Mientras que, fuera de dichos supuestos, no es

¹¹⁶ Distinta opinión mantienen un significativo sector de la doctrina italiana. Pone de relieve SUPPIEJ que la relación de trabajo es una relación estructuralmente compleja y, como consecuencia de ello, «tutte le obbligazioni delle parti entrano nel sinallagma, senza che sia consentito di distinguere fra obbligazioni principali e accessorie agli effetti dell'opponibilità dell'altrui inadempimento» («Il diritto dei lavoratori...», cit., pp. 445-446). De igual modo SCIORTINO, P., «Omissione...», cit., p. 589.

¹¹⁷ Defendiendo la autonomía del deber de seguridad, AA.VV. (Sempere Navarro, A.V, García Blasco, J., González Labrada, M. y Cardenal Carro, M), *Derecho de la seguridad...*, cit., p. 157; GONZÁLEZ LABRADA, M., «La Ley de Prevención...», cit., p. 176. En detalle, sobre este asunto, GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B., *El deber de seguridad...*, cit., pp. 165-166.

¹¹⁸ Vid. GONZÁLEZ ORTEGA, S., Seguridad y salud en el trabajo (En torno al art. 19)», en REDT, núm. 100, vol. I (2000), p. 557.

¹¹⁹ MARTÍN HERNÁNDEZ, M^a L., *El derecho de los trabajadores...*, cit., p. 350, en este caso «la actividad del trabajador devendría imposible –objetiva o subjetivamente– y, en lógica consecuencia, jurídicamente inexigible (art. 1272 Cc). Y si el empresario, a pesar de todo sancionara al trabajador, éste podría plantear la excepción del previo incumplimiento empresarial para defenderse, impidiendo que esa sanción unilateral aplicada por el empresario llegue a tener virtualidad jurídica». Asimismo, sobre la imposibilidad de la prestación imputable al acreedor contractual y el mantenimiento del derecho de retribución, señala LOY, G., «Linee di tendenza della normativa italiana in materia di tutela della salute», en AA.VV., *L'obbligazione di sicurezza*, UTET, Torino, 1994, p. 18 : «al fine di stabilire il mantemiento del diritto alla retribuzione non occorre, quindi, dimostrare che il datore di lavoro sia inadempiente o

exigible la prestación del trabajador cuando concurra un riesgo con los requisitos demandados por el art. 21 LPRL, y esto en virtud del ejercicio del *ius resistentiae* que legalmente se instituye en el citado precepto provocando, en esencia, la misma consecuencia jurídica a la que conduciría la consideración del deber como accesorio, pero siendo distinto su dinámica y basamento normativo.

4. Discusión teórica acerca de la existencia de un deber de interrumpir la ejecución de los trabajos

Tampoco debe pasar desapercibida otra de las cuestiones que están relacionadas con la situación jurídica en la que se encuentra el trabajador respecto al empresario en materia de seguridad y salud en el trabajo, y más concretamente, cuando concurre una situación altamente arriesgada que amenaza bienes jurídicos personales consagrados constitucionalmente. Cabe preguntarse, en este sentido, si el derecho a suspender la prestación y, en su caso, a abandonar el lugar de trabajo, también constituye una correlativa obligación particular del trabajador fruto, por un lado, del deber genérico que la norma estatutaria le impone en los arts. 5, *b* y 19.2 ET «en garantía de la satisfacción de sus derechos e intereses respecto de una prestación laboral segura»¹²⁰ (deber referido al cumplimiento de las obligaciones que sobre seguridad y salud laboral introduzcan las regulaciones legales, reglamentarias y convencionales, así como las disposiciones imperativas empresariales) y, por otro, de la obligación de velar por su propia seguridad según establece el art. 29.1 LPRL. A resultas de esta última el trabajador está obligado a realizar su trabajo sin ocasionar daños a su propia integridad pero tampoco a la de terceras personas y con esta finalidad se le exige coactivamente acatar la normativa aplicable en lo que respecta a su puesto de trabajo, pero también las medidas de prevención y protección dispuestas de forma general y con carácter impositivo para el conjunto de la plantilla¹²¹.

abbia violata la legge. Occorre rovesciare il ragionamento: il datore di lavoro può liberarsi dall'obbligo retributivo solo se dimostra che l'impossibilità non è a lui imputabile».

¹²⁰ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., «El derecho constitucional...», cit., p. 44. Señala el autor que este envés del derecho subjetivo a la protección eficaz actúa a modo de «mecanismo de cierre del sistema de protección de la vida e integridad de su persona en la realización del trabajo contractualmente debido». Por su parte, afirman MONTOYA MELGAR, A. y PIZÁ GRANADOS, J., *Curso de seguridad...*, cit., pp. 243 y 263, que la posición jurídica del trabajador en materia de seguridad y salud en el trabajo reviste «una doble cara, fundamentalmente acreedora y sólo secundariamente deudora».

¹²¹ De la existencia de un «deber de autoprotección» habla GORELLI HERNÁNDEZ, J., «Obligaciones y responsabilidades del trabajador en materia de seguridad e higiene en el trabajo», en AA.VV. (Coords. Ojeda Avilés, A., Alarcón Caracuel, M. R. y Rodríguez Ramos, M^a J.), *La Prevención...*, cit., p. 210. Concretamente, advierte que «si bien un elemento fundamental en la evitación de los accidentes de trabajo es que la empresa disponga de los medios oportunos de prevención de los mismos, así como de los mecanismos de protección, hay otro factor añadido, el factor humano, que tiene una gran incidencia en la producción de los eventos dañinos. De ahí que el trabajador deba velar también por su propia seguridad» (p. 211).

Queda claro, a la postre, que la interrupción de la actividad y la retirada cautelara del lugar de prestación de servicios se configura, no como un derecho, sino como un auténtico deber cuando en el art. 21.1, *b* LPRL impone al deudor contractual la obligación de seguir las instrucciones patronales que se adopten para poner a salvo la vida o integridad psicofísica de la plantilla en caso de que la situación de riesgo presente tales características¹²². Pero lo que aquí se plantea es si el trabajador, justamente por el cometido prescrito legalmente de velar por su seguridad y la de otras personas que puedan resultar afectadas por su actividad profesional, no sólo tienen el derecho, sino también la obligación de cesar en su actividad productiva cuando no existe reacción empresarial acorde al tipo de riesgo mayor al que se enfrenta y sus superiores no le dan indicación alguna sobre cómo actuar ante la excepcional situación creada, bien porque son desconocedores de la misma, bien porque éstos discrepen con el operario sobre la valoración del riesgo. Deber, además, que no sólo se conectaría al contenido del derecho subjetivo a desarrollar la prestación en condiciones de *máxima* seguridad (querría decirse, por tanto, que el carácter puramente potestativo de esta figura quedaría desplazado en favor de una protección efectiva del trabajador), sino también a otro interés del que no son partícipes los asalariados, pues opera en beneficio del empleador, que sería de este modo también digno de tutela jurídica por parte del ordenamiento¹²³. La desatención de tal obligación podría entonces depararle una sanción. Mas al ser el reverso del derecho o facultad que el art. 21.2 LPRL otorga, y girar en torno al mismo eje exegético, la punición solo podría corresponder cuando el trabajador no se apartase de un suceso peligroso de alta intensidad susceptible de materializarse de forma inmediata cuando mediase en su actuación mala fe, temeridad o negligencia grave.

Pero lo cierto es que en correcta técnica jurídica, el precepto estudiado descarta configurar al trabajador como un deudor de seguridad. No ha sido tal el propósito de la norma preventiva pues mientras que sí se han dispuesto específicas obligaciones en el art. 29.2 LPRL, el legislador guarda silencio sobre la existencia de un posible deber del trabajador en este contexto más allá de la genérica obligación de velar por su seguridad o la de terceras personas (art. 29.1 LPRL). No se puede por menos que sentar como premisa que es en todo caso el interés del trabajador por salvaguardar sus bienes superiores, la vida, integridad psico-física y salud, el interés defendido de forma

¹²² Dicha prescripción normativa, en pura esencia, no es más que la especificación en el ámbito de la prevención del deber de obediencia que genéricamente sujeta al asalariado. Así, AA.VV. (Sempere Navarro, A.V, García Blasco, J., González Labrada, M. y Cardenal Carro, M), *Derecho de la seguridad...*, cit., p. 249.

¹²³ En este sentido, MONTUSCHI, «La tutela della salute e la normativa comunitaria: l'esperienza italiana», en *Riv.It.Dir.Lav.*, núm. I (1990), p. 398. Igualmente conviene ESCUDERO PRIETO, A., *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales*, MTAS, Madrid, 2005, p. 212, que la facultad otorgada al trabajador de abandonar su puesto de trabajo constituye, a su vez, una obligación jurídica.

prioritaria, tanto por ésta como por el resto de normas en materia de seguridad y salud laboral¹²⁴. Siendo, por tanto, el interés del empresario dirigido a garantizar la buena marcha del proceso productivo aquí envuelto meramente accidental o tangencial. Dicho esto, es evidente que la empresa carece de un poder jurídico para la defensa del mismo ante la omisión del operario y ello aunque éste no se percate del riesgo por simple distracción ya que no estamos ante supuestos en los que el trabajador lleva a cabo una conducta antijurídica e incumple alguna de sus obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo.

Así lo demuestra el hecho de que el art. 21 LPRL no esté estructurado en función de la protección del interés patrimonial del empresario. Confiere, en cambio, un mecanismo de autotutela sin que pueda afirmarse la existencia de una posición activa del empresario en caso de riesgo grave e inminente que sea correlativa a un deber del trabajador en beneficio de este interés ajeno localizado, insisto, en una esfera patrimonial y ligado al correcto funcionamiento de la actividad de la empresa¹²⁵. La suspensión de la actividad o el abandono del puesto de trabajo no se articulan como imperativos jurídicos cuyo seguimiento esté garantizado por la imposición de una acción jurídica prevista. Tampoco la inacción conforma un comportamiento que adolezca de ilicitud en tanto imputable, pudiera pensarse, al hecho de que el trabajador no percibiera el riesgo, o a que habiéndolo advertido, no le hubiese atribuido una entidad suficiente para adoptar la medida que la LPRL ha estimado más idónea para evitar un perjuicio en su seguridad y salud.

En realidad, como se ha reseñado previamente, sólo cabe hablar de la presencia de una infracción sancionable cuando el empresario imparte las instrucciones oportunas para la protección de la seguridad y salud del trabajador potencialmente afectado en una situación de riesgo grave e inminente y éste desoye las órdenes recibidas (infringiendo el art. 5, *c* y 20.2 ET y, a su vez, lo dispuesto con carácter general en el art. 5, *b* ET)¹²⁶. El incumplimiento en este caso de la directrices patronales con finalidad preventiva será merecedor del correspondiente castigo disciplinario pero no ya porque se haya producido una contravención por parte del empleado de un deber particular de seguridad consistente en la suspensión de su actividad, sino porque habrá existido una negación injustificada de la autoridad jerárquica empresarial enmarcada dentro del poder ordinario de dirección y, en consecuencia, achacable a una desatención del deber de obedecer que sujeta al deudor contractual. La dinámica protectora es la que sustenta

¹²⁴ GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B., *El deber de seguridad...*, cit., p. 180.

¹²⁵ Como arguye GONZÁLEZ ORTEGA, S., «La seguridad e higiene...», cit., p. 206: «la seguridad e higiene en el trabajo no puede por menos que plantearse como interés del trabajador (...) enfrentado al puramente económico del empresario».

¹²⁶ *Vid.* RIVERO LAMAS, J. y DE VAL TENA, A.L., «Artículo 21...», cit., p. 196.

el *ius resistantiae* encuadrado sistemáticamente en el art. 21 LPRL y no se guía por la atribución de consecuencias negativas al trabajador por no ejercer el derecho que la propia norma le confiere. Adicionalmente, podría exigirse responsabilidad en caso de que sea la propia conducta previa del trabajador el agente desencadenante del riesgo grave e inminente. Aunque, también en este caso, la imputación habría de venir dada, en atención a las concretas circunstancias, por la concurrencia de una actuación dolosa, negligente o temeraria del operario y no propiamente por la inobservancia de la medida de autotutela regulada en el art. 21.2 LPRL.

El trabajador es libre a la hora de valorar la oportunidad de ejercer este mecanismo autotutelar de seguridad y salud. No puede admitirse que la deuda empresarial en este campo venga compartida¹²⁷, ni aun en un mínimo grado, por el trabajador y exigirle una conducta que en caso de riesgo grave e inminente consista en la interrupción de la producción como tampoco se le puede requerir el rechazo de las órdenes impartidas por el superior ante la creencia de que éstas son potencialmente lesivas. Como elocuentemente se ha señalado, esto supondría un retorno al «reino imaginado de la libertad contractual sin determinaciones materiales que constriñen cualquier acto del trabajador subordinado»¹²⁸. Y es que el vínculo de dependencia o subordinación modaliza de forma sustancial el comportamiento que en estos casos pueda adoptar el empleado. La consideración de este elemento permite afirmar que en caso de accidente el trabajador sufrirá en su persona las consecuencias dañinas derivadas del mismo sin que pueda exigírsele, a su vez, que responda ante el empresario por la actualización de un riesgo del que obligatoriamente debía de haberse percatado y puesto a resguardo del mismo. Por lo pronto se debe destacar que el hecho de que el trabajador no acuda a esta vía de autoprotección que el legislador estatal pone a su disposición, ya sea porque no perciba el escenario de riesgo o porque, aun siendo consciente del mismo, decida no actuar por miedo a equivocarse o a las posibles represalias que podrían sobrevenir *a posteriori* dada la situación de desventaja negocial en la que se encuentra respecto al proveedor de su puesto de trabajo, tiene el efecto negativo de dejar su seguridad y salud en una grave condición de vulnerabilidad. Aunque, como se verá en otro momento, del nivel privado cabe el paso a un nivel

¹²⁷ En sentido contrario, y en relación al art. 20.1 *D.Lgs.* 81/2008 (análogo al art. 29.1 LPRL), mantiene PRATI que el trabajador individual tiene la obligación de proteger la integridad de todos los miembros que conforman la empresa de tal modo que éste asume «vera e propria posizione di garanzia avente ad oggetto la tutela dell'incolumità dei propri colleghi», de acuerdo a la cual será responsable de los accidentes que afecten a terceros «non solo in caso di fatti commissivi, ma anche per l'ipotesi di fattispecie omissive improprie, ossia per avere cagionato danni a terzi in conseguenza di una mancata azione doverosa», así en «Disciplina antinfortunistica: responsabilità del lavoratore», en *ISL*, núm.10 (1997), p. 562.

¹²⁸ BAYLOS GRAU, A., «El criminal casi siempre gana», en *RDS*, núm. 24 (2003), p. 8.

colectivo e incluso público administrativo como medios también adecuados para luchar contra un contexto de riesgo grave e inminente y frenar la actualización del mismo.

Los términos en los que se expresa el texto normativo en este punto no dejan lugar a dudas. No cabe sino convenir con quien afirma que los trabajadores no son «meros convidados de piedra en la política preventiva de la empresa»¹²⁹, sin embargo, lo que en realidad pesa sobre éstos es la obligación de acatar cuantas órdenes vengan dictadas por sus superiores en materia de seguridad y salud en el trabajo, pero no un imperativo jurídico para que sometan a juicio las instrucciones recibidas y rechacen las que estimen inconvenientes o peligrosas¹³⁰. El art. 21 LPRL contiene un límite al poder de dirección y un derecho del trabajador que no puede equipararse, en ningún caso, a la situación jurídica mixta o compleja de poder/deber que alberga el empresario en función de su potestad para controlar y dirigir el proceso productivo promoviendo condiciones de trabajo saludables y su obligación de imponer el cumplimiento de las medidas de seguridad a los empleados. Las exigencias que contiene el art. 29 LPRL se circunscriben a la colaboración con el empresario, al seguimiento de aquellas iniciativas empresariales encaminadas a mejorar las condiciones de seguridad y salud laboral y al uso correcto, tanto de los dispositivos de protección, como de los instrumentos de trabajo¹³¹. Es a través de este elenco de obligaciones preventivas asignadas al trabajador en dicho pasaje legal como se complementa la actuación de prevención a cargo de la empresa¹³². Gozan de naturaleza secundaria o derivada en tanto su cumplimiento va a depender en buena medida del previo cumplimiento empresarial de su deber de seguridad. De modo que la función del «trabajador-pseudodeudor»¹³³ en este ámbito se

¹²⁹ IGARTUA MIRÓ, M^a.T., *La obligación general...*, cit., p. 120.

¹³⁰ Así, BOUSIGES, A., «Le droit...», cit., p. 291; FRANCO, M., «Adeguamento...», cit., p. 246; MONTUSCHI, L., «La sicurezza nei luoghi di lavoro ovvero l'arte del possibile», en *Lav.Dir.*, vol. III (1995), pp. 420-421 y SCIORTINO, P., «Omissione...», cit., p. 592. En España, *vid.* GARCÍA NINET, J.I. y VICENTE PALACIO, A., «Los derechos...», cit., p. 98

¹³¹ En relación a este punto anota LOZANO LARES, F., «Las obligaciones de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales y su coercibilidad a través del poder disciplinario del empresario», en *TL*, núm. 50 (1999), p. 157, que estas obligaciones de carácter cooperativo no son más que «una condición necesaria de la prestación de trabajo, de la que viene a resultar prácticamente inescindible, antes que una auténtica obligación autónoma como el deber de seguridad del empresario».

¹³² Ahora bien, tal y como se infiere del propio precepto, la actuación exigida al trabajador viene matizada por una serie de circunstancias de tipo objetivo y subjetivo que atemperan el contenido de las específicas obligaciones que seguidamente se enumeran en la norma. Cada una de las exigencias imputadas al trabajador resulta condicionada por las capacidades profesionales y personales del operario («según sus posibilidades»), la formación atesorada, así como por las instrucciones recibidas por el empresario, lo cual comportará que las obligaciones a cargo del trabajador queden supeditadas al cumplimiento que de la empresa se espera de sus deberes preventivos. Sucede, lógicamente, que no es el trabajador quien ha de suplantar al empresario a la hora de asegurar una prevención global de los riesgos profesionales que le puedan afectar pues éste es quien tiene que ofrecer condiciones adecuadas de seguridad y salud [Vid. AA.VV. (Coord., Cabeza Pereiro, J., y Lousada Arochena, J.F.), *Comentarios...*, cit., p. 203; GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B., *El deber de seguridad...*, cit., p. 263 e IGARTUA MIRÓ, M^a.T., *La obligación general...*, cit., pp. 57-60].

¹³³ PURCALLA BONILLA, M.A., *Heterotutela y autotutela...*, cit., p. 626.

inscribe necesariamente dentro de la protección objetiva que anticipadamente ha de garantizar el empresario¹³⁴.

En sumárisima síntesis, conviene incidir en que el art. 21.2 LPRL recoge el poder de suspender la propia prestación renunciando a contemplar sesgo imperativo alguno. Dicho mecanismo de autotutela goza de un mero carácter defensivo o reactivo sin que, a su vez, se pueda justificar la existencia de un deber correlativo del que extraer un ejercicio imperativo del *ius resistentiae*. Además, huelga señalar, la ausencia de medidas de autoprotección por parte del trabajador ni atenúa ni exime al empleador de las posibles responsabilidades que puedan derivar del incumplimiento de las funciones incorporadas al contenido de su deber integral de protección eficaz de los trabajadores a su servicio (de planificación de la actividad preventiva, de ejecución de la misma y, en este caso, la de sustraer a los trabajadores de estas situaciones de riesgo grave e inminente decretando la paralización de actividades)¹³⁵. Tampoco puede tomarse en consideración en este ámbito una posible concurrencia de culpas cuando el trabajador, dada su falta de pericia profesional o un exceso de confianza en su destreza, no advierte dicha situación de riesgo. En materia indemnizatoria por daños rige, como es sabido, el criterio según el cual la conducta del trabajador no es compensatoria de la responsabilidad empresarial pues es la propia organización la que responde del deber de protección en toda su amplitud, máxime cuando se manifiesta un riesgo especialmente severo¹³⁶.

A la vista de todo ello, antes de concluir el presente apartado, sería provechoso traer aquí a colación la doctrina sentada por el TS en sentencia de 6 de mayo de 1998 (RJ/4096), en virtud de la cual, la falta de ejercicio del mencionado derecho no puede concebirse como un consentimiento tácito en la producción del daño, «ni culpa concurrente que pueda compensar la de la empresa». De modo que el nexo de

¹³⁴ AA.VV. (Sempere Navarro, A.V, García Blasco, J., González Labrada, M. y Cardenal Carro, M), *Derecho de la seguridad...*, cit., p. 248

¹³⁵ Es importante traer aquí a colación la doctrina sentada por la STS 6 mayo 1998 (RJ/4096) pues contrasta con aquella mantenida por la STSJ Madrid, 2 abril 1997, la cual había estimado que la ocupación del trabajador accidentado como vigilante de seguridad es capaz de alterar la imputación de la infracción a la empresa. El trabajador, indicaba la sentencia impugnada, «debió abstenerse de realizar el trabajo sin adoptar la empresa las medidas de prevención y seguridad que las propias circunstancias imponían, y exigirla su rigurosa y puntual observancia para evitar, previniéndolo, accidentes laborales». El TS desautoriza, sin embargo, el referido pronunciamiento y mantiene que dicha condición que ostenta el trabajador como miembro del comité de seguridad e higiene, así como la falta de ejercicio del derecho de resistencia para negarse a trabajar sin las condiciones óptimas de seguridad, carece de virtualidad para eximir a la empresa de la responsabilidad que ostenta en cuanto al establecimiento de medidas de prevención necesarias para que el trabajo se ajuste de la forma más segura posible. Así, también, STSJ Galicia, 20 diciembre 1999 (AS/4171); STSJ País Vasco, 1 diciembre 2004 (AS/4022) y STSJ Madrid, 20 febrero 2006 (AS/743).

¹³⁶ Vid. GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E., «El significado de la normativa comunitaria en materia de seguridad, higiene y salud en el trabajo: Directiva 83/391/CEE», en *AL*, vol. III (1991), p. 397.

causalidad entre la responsabilidad del empresario y el daño producido no queda desvirtuado por el hecho de que el trabajador que presta sus servicios en un ambiente carente de la seguridad necesaria no haga uso de la oportuna resistencia¹³⁷. Otros ejemplos los encontramos en los tribunales ordinarios. Señala la STSJ País Vasco, 13 febrero 2007 (AS/1585) que la falta de queja directa del trabajador «en modo alguno puede atribuirse a una omisión que exonere a la empresa de responsabilidad alguna»¹³⁸. Por su parte, mantiene una postura abiertamente ambigua la STSJ Galicia, 15 septiembre 1999 (AS/2613) pues tras mostrarse rotunda al anotar que «ninguna trascendente culpa –a los efectos de concurrencia exonerativa o minoradora de responsabilidad– cabe atribuir a quien se limita a obedecer la orden y no ejercita (...) su legítimo “ius resistentiae”», entiende que existe culpa mínima de un trabajador que no se opone al seguimiento de una orden imprudente, a consecuencia de lo cual procede a rebajar el importe del recargo de prestaciones impuesto.

Finalmente es de destacar, por la singularidad del caso resuelto y por contrastar con las anteriores, la STSJ Madrid, 1 diciembre 2006 (JUR 2007/83827), que se aparta parcialmente de esta doctrina declarando la irresponsabilidad de la empresa por el accidente laboral sufrido por el trabajador. En este caso se advierte que la resistencia de éste no es únicamente un derecho sino también un deber, lo cual le lleva al Tribunal ha desestimar el recurso interpuesto por el trabajador accidentado alegando que era su obligación desobedecer la orden dada por su jefe de equipo (que le imponía emplear una máquina que estaba averiada, estado que era conocido por el trabajador) y seguir la orden expresa de los mandos superiores (el ingeniero director y el jefe de fabricación) de no trabajar en dicha máquina hasta que la misma fuera reparada. Solución que se alcanza sobre la base de que estaba en la mano de dicho empleado el oponerse a tal mandato proveniente de su superior inmediato y, conjuntamente, el comunicarle a los jefes de éste la orden contraria recibida¹³⁹. Pues bien, entiendo que el aceptar semejantes consideraciones no hace sino engrosar el ya generoso abanico de obligaciones que recaen sobre el sujeto de menor poder contractual olvidando, en primer término, que del empleador se reclama continua vigilancia en el cumplimiento de éstas y en la realización del trabajo; que el mando intermedio ejerce por delegación el poder de directivo que corresponde al titular de la organización y, consecuentemente,

¹³⁷ Reproduciendo el criterio mantenido por el TS, las SSTSJ Andalucía, 24 febrero 2000 y 29 enero 2001 (AS/2762 y 2177, respectivamente); SSTSJ Extremadura, 7 noviembre 2001 y 28 septiembre 2004 (AS/4555 y 2952).

¹³⁸ De forma similar se manifiesta la STSJ Asturias, 2 octubre 1998 (AS/3579).

¹³⁹ En la línea indicada, STSJ C. Valenciana, 9 septiembre 2004 (AS/3604), la cual descarta imponer a la empresa el pago del recargo de prestaciones de Seguridad Social derivadas del accidente de trabajo sufrido por el empleado y subraya «desconocemos si la empresa dio órdenes al operario de trabajar de ese modo, pues no obra en el relato fáctico, pero si así hubiera sido, el trabajador debió haberse negado a trabajar de esa forma».

la empresa habrá de hacerse responsable de las consecuencias que las decisiones de éste acarreen; y, conjuntamente, que la empresa no puede descargar su total responsabilidad por el incumplimiento de las normas de seguridad en la imprudencia del asalariado afectado. Más acertada me parece, consecuentemente, la línea seguida por la STSJ Cantabria, 23 enero 2003 (AS/1794) que sobre la posibilidad de un ejercicio obligatorio del *ius resistantiae* que vaya más allá de una concepción del mismo meramente facultativa, no deja resquicio alguno a la duda al afirmar que «la interrupción de actividad está configurada jurídicamente como un derecho del trabajador, no como un deber»¹⁴⁰.

5. Articulación jurídica del *ius resistantiae* en la LPRL

5.1. Presupuesto de hecho habilitante

Aunque como ha quedado reseñado *supra* el trabajador tiene derecho a una protección eficaz frente a todas clases de riesgos que le puedan afectar, el derecho de resistencia que contempla el art. 21.2 LPRL no se enuncia positivamente como un derecho de protección integral sino que interviene únicamente frente un riesgo poseedor de ciertas características que atienden a su intensidad y al momento en el que se pueda prever su manifestación, independientemente, eso sí, de las condiciones de trabajo o del aspecto relacionado con la ejecución de la prestación de los cuales se deriven. Así, la articulación del derecho se produce a través de una noción o construcción jurídica central: el riesgo grave e inminente. Resulta por tanto del todo imprescindible para el empleo de este remedio jurídico la tipificación de manera diáfana del riesgo ya que éste, a la luz de la configuración normativa, se convierte en el presupuesto de la conducta del trabajador siendo, por tanto, la pieza nuclear para identificar la figura contemplada legalmente.

Baste ahora señalar que la situación descrita positivamente como hecho justificativo de un concreto tipo de desobediencia asalariada, por lo general, no se deja entrever en una primera fase de la labor preventiva. La LPRL, de acuerdo a la redacción dada por la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, contempla que el empresario debe evaluar inicialmente los riesgos para la salud y seguridad de los trabajadores, análisis que se llevará a cabo teniendo presente tanto la naturaleza de la actividad que se desarrolla, como las características de los puestos de trabajo y del personal que efectuará cada una de las labores de producción (art. 16.2, *a*). Si fruto de esa evaluación resultara la detección de una situación de riesgo, «el empresario realizará aquellas actividades

¹⁴⁰ Entre la jurisprudencia comparada, la *Cour de Cassation* francesa sentencia que en ningún caso se le puede reprochar a un trabajador víctima de un accidente de trabajo el no haberse retirado de una situación de grave peligro (sentencia de 9 diciembre 2003, núm. 02-47579).

preventivas necesarias para eliminar o reducir y controlar tales riesgos» (apdo. *b*). Pues bien, cuando esa tarea de localización no ha sido del todo eficiente, cuando se divisaron situaciones de riesgo pero no fue suficiente el plan posterior para impedir que se reprodujesen, o bien en caso de que las nuevas condiciones dieran lugar a nuevos riesgos y la planificación preventiva no se modificara para adaptarse a las presentes circunstancias, es cuando es más probable que nos encontremos ante el supuesto de hecho contemplado en el controvertido precepto. Como se puede imaginar, lo corriente es que el riesgo más extremo no se origine de forma instantánea, sino que provenga de la modificación de riesgos enclavados en un contexto objeto de transformación o de la agravación de riesgos anteriormente revelados.

Al hilo de lo comentado no está de más recordar que los problemas que en la práctica se han suscitado a resultas de la colisión entre el deber de obediencia y el *ius resistentiae* vienen exigiendo una resolución necesariamente casuística. Ha sido y sigue siendo muy polémica la determinación del alcance de la obediencia debida y las posibilidades de estimación subjetiva de la legitimidad del proceder directivo empresarial. Y precisamente en este contexto hemos de ubicar la previsión legal de un derecho de resistencia circunscrito a los supuestos de ejecución del trabajo en condiciones de manifiesta peligrosidad, la cual ha de alcanzar su grado máximo.

La delimitación del riesgo en el art. 4.4 LPRL pretende actuar a modo de filtro o pasador de la aplicabilidad del derecho de autotutela del art. 21 LPRL tratando de proporcionar, así, mayor seguridad jurídica al ejercicio del mismo. Aunque si bien quepa objetar que, pese a la plausible intención del legislador, la definición legal proyecta contraluces interpretativas varias y complejas, amén de otras disfuncionalidades sobre las que se dará cuenta en los siguientes epígrafes. Es cierto que la norma ofrece una redacción un tanto lacónica. Sin embargo no es este, bajo mi punto de vista, el origen del problema. El legislador es tajante y da cuenta del exacto escenario que autoriza el ejercicio del derecho. Ahora que un enunciado más amplio de las propiedades que tratasen de designar unívocamente el riesgo grave e inminente no constituiría precisamente el remedio buscado. Para qué someter el ejercicio del derecho a unas condiciones perfectamente tasadas cuando las propias circunstancias de gravedad e inminencia en el riesgo imposibilitan la calma necesaria para medir la concurrencia o no de dichos requisitos. Una conceptualización más estricta haría que la valoración del supuesto de hecho por el trabajador afectado fuera tremendamente farragosa. Y es que lo que contribuye negativamente a la seguridad ansiada no es la brevedad del precepto y sí, en cambio, la inclusión, ineludible por otra parte, de conceptos con destacado

componente subjetivo, susceptible de apreciaciones fundadamente distintas, el cual da lugar a no pocas dificultades interpretativas en su aplicación práctica¹⁴¹.

5.1.1. Definición legal del riesgo grave e inminente

A diferencia de lo sucedido en otros ordenamientos como el inglés, francés, italiano o portugués, el legislador español prefirió hablar de riesgo en lugar de peligro grave e inminente (salvo en el art. 21.1, *c* LPRL, donde se menciona a este último). El supuesto de hecho que contempla la norma denota una situación de riesgo incontrolado, que persiste en el tiempo y rebasa palmariamente el conocido como «riesgo aceptable». En un contexto tal, cuando se «coloca al trabajador en una situación proclive al daño»¹⁴² y existe una probabilidad cercana de que dicho evento lesivo se materialice, nos encontramos propiamente, no ante un riesgo, sino un peligro, si bien en este caso no sería necesario aludir también a las nociones de gravedad e inminencia que quedan, por su propia consistencia, implícitas en la noción de peligro, ya indicadora de la existencia de un riesgo de máximo rango¹⁴³.

Sea como fuere, en relación a los rasgos caracterizadores de la noción de «riesgo grave e inminente», cabe constatar que la norma se refiere al mismo como «riesgo laboral», circunstancia, que si nos ceñimos a lo dispuesto en el art. 4.2 LPRL, podría parecer limitar la capacidad de autotutela a los supuestos en los que el posible daño provenga del propio trabajo desempeñado en la empresa. Más correcta es la expresión empleada en el art. 21 cuando en el primer inciso da cabida al riesgo grave e inminente de siniestro que se genera como consecuencia directa o inmediata del trabajo que allí se desarrolla pero, igualmente, al que nace «con ocasión» del mismo (que se manifiesta, por tanto, dentro de su radio de influencia)¹⁴⁴. Éste es sin lugar a dudas el hecho causante del ejercicio del derecho de resistencia que aquí se estudia: la presencia de una amenaza de deterioro grave de la seguridad o salud de los trabajadores (o, incluso, de los propios ciudadanos no vinculados jurídicamente con la empresa), ya provenga de las concretas condiciones del lugar de trabajo y se articule en este caso como remedio frente a los peligros estrictamente ocasionados por la actividad laboral (los cuales forman parte de la esfera de acción del empleador), o bien del entorno menos inmediato

¹⁴¹ De ello daba cuenta FERNÁNDEZ MARCOS, L., *Comentarios a la Ley...*, cit., pp. 110 y 117 y previamente en «Derechos y obligaciones», cit., pp. 846 y 857.

¹⁴² GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J.J., *Seguridad e higiene...*, cit., p. 187.

¹⁴³ FERNÁNDEZ MARCOS, L., *Comentarios a la Ley...*, cit., p. 109 y LÓPEZ GANDÍA, J. y BLASCO LAHOZ, J.F., *Curso de prevención de riesgos laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 25.

¹⁴⁴ Así lo puso de manifiesto OJEDA AVILÉS, A., «Los conflictos en la paralización...», cit., p. 313. La misma opinión, recientemente, en SALA FRANCO, T., *Derecho de la prevención de riesgos laborales*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 133.

o externo, frente a riesgos ajenos a la empresa a los que se expone el trabajador¹⁴⁵. En todo caso, para que un riesgo pueda merecer tal calificación es imprescindible la cercanía en el tiempo de la eventual actualización del riesgo, el potencial lesivo de tal circunstancia y la probabilidad del daño, decayendo por tanto el ejercicio del derecho cuando el peligro de accidente laboral sea simplemente remoto o de leves consecuencias. La combinación de todos estos factores determina la magnitud esperada del riesgo. Entonces:

a) Hay que insistir en que la noción legal hace depender la calificación del riesgo, entre otros factores, no de una mera posibilidad futura de materialización inmediata y de que el trabajador sufra un daño como consecuencia directa de ello (presupuesto configurador del «riesgo laboral», art. 4.2 LPRL), sino de la *probable* actualización del riesgo, nota esta última que sin requerir una certeza objetiva o absoluta, entraña de por sí un convencimiento acerca de la concreción del riesgo en un futuro cercano de no adoptarse las medidas oportunas¹⁴⁶. Y, haciendo acopio del patrón conductual que ha de conducir el proceder del trabajador en este contexto, se requiere que pueda preverse de forma *razonable* la realización en cualquier momento del siniestro y sea igualmente presumible la producción de lesiones graves para la salud del trabajador o trabajadores como consecuencia del mismo¹⁴⁷. De modo que el trabajador afectado deberá emprender una valoración comparativa de las hipótesis que sobre dicho riesgo puedan existir teniendo, por tanto, que entrar a considerar si aquella que encarna la verificación del evento dañoso viene provista de un grado de probabilidad sensiblemente mayor que la hipótesis opuesta.

Como queda bien claro, «la certidumbre o verisimilitud de que se produzca una situación de peligro para la vida o salud del trabajador es determinante»¹⁴⁸. Se trata aquí, precisamente, de objetivar el riesgo para lo cual se opta por introducir de nuevo un elemento señaladamente subjetivo¹⁴⁹. Se plantea así la cuestión de cuándo será probable racionalmente que el riesgo se traduzca en siniestro laboral grave siendo conscientes del marcado carácter ambiguo de la locución empleada legalmente para referirse a la amenaza que autoriza la adopción de medidas de interrupción de la actividad laboral por

¹⁴⁵ En el mismo sentido, por todos, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «Disposición derogatoria de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Un ejemplo a evitar», en AS, vol. V (1997), p. 26, nota 9.

¹⁴⁶ FERNÁNDEZ MARCOS, L., «Derechos y obligaciones...», cit., p. 846.

¹⁴⁷ Ya antes, en el ámbito sectorial, se admitía la existencia de un motivo razonable como causa suficiente para interrumpir los trabajos (art. 30 del Estatuto Minero, aprobado por RD 3255/1983, de 21 de diciembre).

¹⁴⁸ AA.VV. (Sempere Navarro, A.V, García Blasco, J., González Labrada, M. y Cardenal Carro, M), *Derecho de la seguridad...*, cit., p. 190.

¹⁴⁹ Vid. FERNÁNDEZ MARCOS, L., *Comentarios a la Ley...*, cit., p. 110.

parte del trabajador. Será difícil calcular cuando concurre la nota de la probabilidad que aquí viene a constituir un límite al ejercicio del derecho de resistencia, lo cual deja abierta en la práctica una segura polémica aplicativa.

b) De otro lado, el riesgo objeto de este estudio encaja en el grado más alto de riesgo laboral, cualitativamente distinto al riesgo contemplado en el art. 4.4 LPRL. El segundo de los factores que han de concurrir nos remite al rasgo de la *gravedad*, el cual se predica tanto del riesgo como del menoscabo en la salud que pueda llegar a sufrir el trabajador. Esto es, la magnitud del riesgo se valora por la repercusión o impacto que pueda acarrear en la salud del trabajador requiriéndose una singular severidad de la consecuencia lesiva (quedan excluidos los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales de carácter leve o de exiguuo alcance). Riesgo grave, en definitiva, es aquél que es capaz de ocasionar un daño grave para la salud de los trabajadores, empleando el legislador en la explicación conceptual del término, como se observa, el propio término que se pretende definir.

Al margen de las evidentes incertidumbres que como es lógico provocan tales hechos, podemos preguntarnos si la preceptuada magnitud del previsible evento lesivo (consecuencia de la inminencia de un riesgo grave) puede evaluarse realizando una consideración conjunta de los potenciales daños en la que también se tengan en cuenta los perjuicios que pudieran producirse en la salud de otros trabajadores o de terceros. En este sentido, a la vista de la parquedad legal y la notable trascendencia de los bienes jurídicos implicados, no puede más que coincidirse con quien afirma que debe considerarse también como grave a aquel riesgo «que afecte a un gran número de trabajadores aunque la incidencia individualizada sea menos grave o leve»¹⁵⁰. El problema radica, entonces, en determinar cuantos trabajadores afectados serían necesarios para que el riesgo merezca dicha calificación. Concreción que, como podrá comprenderse, no puede hacerse recurriendo a la exigencia taxativa de un número más o menos exacto de afectados aunque lo contrario parece abocar ineluctablemente a una nueva nebulosa interpretativa que vuelve a jugar en contra de la posición del trabajador. Necesariamente lo apuntado, como se verá más adelante, deberá llevarnos a la interpretación generosa del supuesto de hecho que autoriza que una decisión autoprotectora del asalariado suplante la voluntad empresarial.

c) Por último, el carácter de urgencia que preside el derecho del trabajador a interrumpir su actividad y, en definitiva, a apartarse de ciertas órdenes empresariales, se

¹⁵⁰ ÁLVAREZ MONTERO, A., *El delegado de prevención. Estudio crítico de su régimen jurídico*, Comares, Granada, 2001, p. 292.

manifiesta en la nota de la *inminencia*, circunstancia que nos indica que la materialización del mismo se producirá presumiblemente de forma repentina o, en todo caso, en un corto período de tiempo. De ahí la importancia de que el empresario haya previsto la posible situación de riesgo y haya dispuesto los mecanismos oportunos para atajar el problema incluyendo, como se verá más tarde, los canales que faciliten la comunicación entre los empleados y los cuadros de mando, a fin de que los primeros puedan recibir adecuadamente la información precisa que les permita eliminar el riesgo o, de no poder ser así, suspender la ejecución de la prestación y alejarse de la zona afectada. Sirva en este momento recalcar que no se requiere dicha proximidad en lo que a las consecuencias para la salud físico-psíquica se refiere pues éstas podrán salir a la luz en un plazo diferido de tiempo más o menos largo sin que ello impida la calificación del riesgo de acuerdo al art. 4.4 LPRL y la actuación en consecuencia¹⁵¹. Es el riesgo, se insiste, de que éste se produzca lo que ha de ser inmediato, de modo tal que sea reacción permitida la de emprender urgentemente una acción de legítima defensa en tanto se procede a la eliminación del mismo. Naturalmente, si ello fuera posible.

Lo dicho es perfectamente comprensible en atención a como prosigue el precepto estudiado: «en el caso de exposición a agentes susceptibles de causar daños graves a la salud de los trabajadores», tales como a reacciones ionizantes, tóxicos o muy tóxicos, productos químicos, etc.¹⁵², «se considerará que existe un riesgo grave e inminente cuando sea probable racionalmente que se materialice en un futuro inmediato una exposición a dichos agentes de la que puedan derivarse daños graves para la salud», aun cuando la afección se produzca paulatinamente y el daño no se manifieste de forma súbita. Se da cabida así a aquellos supuestos en los que el daño a la salud del trabajador no descende de un hecho traumático o accidente, sino de una situación más compleja en la que el deterioro de la salud del trabajador se va produciendo de forma progresiva como consecuencia del contacto, por tiempo suficiente, con sustancias peligrosas, ya sean de naturaleza física, química o biológica, respecto de las cuales sea posible mantener la existencia de una relación causal con el quebranto de la salud. La calificación del riesgo se determina, entonces, atendiendo a la probabilidad y proximidad de la exposición, así como al tipo de perjuicio que pudiera comportar sobre la persona del trabajador la manipulación de dichas sustancias o la mera cercanía a las mismas, dejando a un lado el hecho de que la materialización del evento lesivo sea o no actual. No se requiere, por tanto, que la lesión, patología o enfermedad resultante se

¹⁵¹ «Se produce así una disociación entre la causa y los efectos cuya aparición queda diferida a un momento posterior, centrándose la inminencia en el hecho mismo de una exposición cualificada», AA.VV. (Sempere Navarro, A.V, García Blasco, J., González Labrada, M. y Cardenal Carro, M), *Derecho de la seguridad...*, cit., p. 190.

¹⁵² Anexo I del RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los servicios de prevención.

manifieste de forma repentina o en una secuencia temporal cercana y es que, como se puede entender, la actualización del daño y la gravedad del mismo es el resultado de la sinergia de un conjunto de elementos, objetivos y subjetivos, que interaccionan en este contexto. Esto es, dependerán de la cantidad del agente agresor con el que haya estado en contacto el trabajador, la duración de la exposición, el nivel de concentración del mismo en el organismo, así como de los propios mecanismos de absorción, metabolización y eliminación de la constitución de cada persona. Variables, además, difíciles de calcular.

Ajeno a la definición normativa del riesgo, el art. 21.1, *b* LPRL exige la concurrencia adicional de otro requisito, esta vez no para el ejercicio por parte del trabajador afectado de dicha facultad de interrupción, sino determinante del supuesto en el que el mismo empresario se verá forzado a decidir el cese de la prestación de servicios pactada en el contrato. Y es que se habla de un riesgo *inevitable*, no en tanto a una segura producción y sí, más bien, en alusión al hecho de que no puede ser sorteado con un razonable grado de certeza a pesar de las medidas de seguridad que proceda adoptar. Se entienden incluidos en tal calificativo, tanto aquellos cuya realización no puede impedirse al ser inesperados o imprevisibles (ni siquiera neutralizarse en función de la formación y las instrucciones recibidas), como aquellos otros que irrumpen ante una actividad preventiva de la empresa que se revela insuficiente o que permanecen pese a haber sido ésta oportunamente dispuesta.

Este requisito no se encuentra expresamente previsto en el segundo apartado y, consecuentemente, hemos de entenderlo no aplicable al supuesto de que la interrupción corresponda al ejercicio del derecho en manos del trabajador. Y ello fundamentalmente por dos motivos: en primer lugar porque «los bienes más insitos de la persona física»¹⁵³ que se dirige a proteger la norma preventiva y, más específicamente, el precepto estudiado, exigen en todo caso que la interpretación del mismo sea la más acorde con la efectiva salvaguardia de los mismos. Y, en este sentido, introducir este tercer elemento como presupuesto al ejercicio del derecho aquí contemplado no hace sino enredar las posibilidades de autotutela en una maraña más compleja, si cabe, de conceptos difíciles de concretar por el trabajador. Cuándo el riesgo podrá o no eludirse depende de distintas variables que pueden no estar por completo en conocimiento del trabajador afectado por la amenaza de daño grave e inminente. Ello sin olvidar que existe una estrecha conexión entre el requisito discutido y la formación e información recibida por el trabajador. Tanto es así que, como se ha señalado, un riesgo que se muestra objetivamente evitable *ab initio*, puede después transmutarse en subjetivamente inevitable cuando el trabajador,

¹⁵³ Reproduciendo la expresión empleada en la STS 8 noviembre 1990 (RJ/8534).

por diversas razones de carácter particular, no se haya visto en condiciones de afrontarlo debidamente¹⁵⁴. De lo que se trata, en definitiva, es de abrir los cauces para que el trabajador pueda sortear una agresión en su persona y no de complicar esta medida de autoprotección haciendo discurrir la decisión que debe tomar en estos casos el trabajador a través de un intrincado camino repleto de incertidumbre que, a fin de cuentas, demore el alejamiento del peligro o desaliente a quien deba enfrentarse al criterio del proveedor de su puesto de trabajo cuando éste se manifiesta contrario a la interrupción de los trabajos.

En segundo lugar, acudiendo a los exactos términos en los que está formulado el ejercicio del derecho, poniéndolo en relación con el art. 21.4 LPRL, podría ya, sin ulteriores requisitos que acompañen a los ya contemplados de manera explícita, llegar a entenderse que el proceder del trabajador cuya actuación se enjuicia pudo ser abusivo y no venir amparado por el ordenamiento si éste tenía a su alcance y era conocedor de una forma más rápida y segura de hacer desaparecer el riesgo –no siendo además la misma susceptible de generar otros riesgos colaterales–¹⁵⁵ poniendo así a salvo su propia seguridad y la del resto de sus compañeros y todo esto sin necesidad de interrumpir la ejecución de su prestación laboral u optar por una drástica huida. Pero ello, de nuevo, debe valorarse a la luz del cúmulo de circunstancias que rodeaban a quien se ve en la situación de tomar una rápida decisión para salvaguardar su salud o incluso su vida.

Planteada la cuestión de este modo, hay que señalar, en último término, que la referencia a la inexorabilidad del riesgo como requisito para que el empresario pueda emprender las medidas precautorias oportunas en estos supuestos resulta, a mi juicio, amén de «perturbadora»¹⁵⁶, del todo innecesaria¹⁵⁷. Y es que el empresario normalmente aspirará a suprimir la situación de riesgo, si es que cabe una actuación adecuada para eliminar el mismo, antes de ordenar la paralización de la prestación siendo ésta una medida perjudicial para sus intereses de tipo económico, productivo u

¹⁵⁴ DEL PUNTA, R., «Diritti e obblighi...», cit., p. 189.

¹⁵⁵ Advierte OJEDA AVILÉS, que siendo igualmente eficaz para alejar el riesgo de accidente la interrupción de los trabajos y/o el abandono de la zona de peligro y la adopción por el trabajador de otro tipo de medidas menores, ha de entenderse que prevalecen éstas últimas sobre aquéllas en virtud del principio de buena fe contractual. Idéntica solución se da cuando son los representantes de los trabajadores los que se enfrentan a dicha situación, esta vez, en razón de la competencia de colaboración que prevé el art. 64.7, c ET (antiguo art. 64.11 con anterioridad a la Ley 38/2007, de 16 de noviembre) para el comité de empresa a fin de procurar el mantenimiento y el incremento de la productividad en la empresa. Así en «Los conflictos en la paralización...», cit., p. 315.

¹⁵⁶ ÁLVAREZ MONTERO, A., *El delegado...*, cit., p. 293.

¹⁵⁷ Con anterioridad al nuevo *Code du Travail* el ordenamiento francés reservaba el requisito de la inevitabilidad sólo en relación a la obligación atribuida al empresario (en caso de «danger grave, imminent et inévitable») para que éste interrumpiese la ejecución de la prestación (art. L.231-10). Tras la reciente reforma, dicha referencia ha desaparecido y el art. L.4132-5 habla únicamente de «danger grave et imminent».

organizativo. La presencia de este tercer elemento queda como simple reminiscencia de la regulación de esta materia por la DM¹⁵⁸, que lo incluía como requisito para ejercicio de la autotutela por parte del trabajador individual y que el legislador español, con sumo acierto a mi juicio, por las razones antes expuestas, optó por obviar inspirándose en este punto en el art. 19, *f* del Convenio núm. 155 OIT¹⁵⁹. Esta conclusión tiene una consecuencia fundamental. Y es que la supresión del requisito de la inevitabilidad es garantía de una protección más completa y perfeccionada en tanto que evita que figure en el texto legal un condicionante que a lo que conduce es a dificultar el ejercicio del derecho por parte de los trabajadores y sus representantes¹⁶⁰.

5.1.2. Las dudas que suscita la descripción normativa: campo abierto al conflicto de interpretaciones entre los contratantes

Si ya no se discute sobre si una situación de tales características genera o no un *ius resistentiae* a favor del trabajador, cuestión perfectamente resuelta en la norma, el problema principal viene protagonizado por el criterio empleado legalmente en la calificación del riesgo porque ofrece, ya se ha avanzado, notables flancos a la crítica principalmente por razones de orden material y no tanto formal. Teniendo presente el elemento meramente temporal, esto es, que la apreciación y valoración de la existencia del riesgo grave e inminente se producirá con carácter previo a su efectiva realización, sin que se pueda precisar con exactitud en dicho momento la intensidad de la amenaza, desde consideraciones puramente formales se puede constatar que a dicha desventaja se

¹⁵⁸ Reprochaba la incorporación de este elemento en el texto de la Directiva PÉREZ DE LOS COBOS, F., «La Directiva Marco...», cit., p. 1237 y «La Ley de Prevención...», cit., p. 11. A su vez, la doctrina italiana también había manifestado enormes reservas al respecto, por todos, *vid.* FRANCO, M., «Adeguamento...», cit., p. 246.

¹⁵⁹ No así otros ordenamientos como el portugués (art. 274.2 *Código do Trabalho*), o el italiano que mantuvo dicha referencia en la noción positiva de peligro acogida como presupuesto del derecho de resistencia en este campo. Se remarca, de este modo, el grado de probabilidad que ha de pesar sobre la evolución de los hechos constitutivos del peligro. Consiguientemente, el reclamo a la inevitabilidad termina por conllevar que la facultad que ostenta el trabajador para negarse a desarrollar su trabajo en un contexto de grave riesgo, de consecuencias inmediatas, aparezca configurada legalmente como *ultima ratio*. Con ello se pretende evitar el posible empleo fraudulento del derecho de resistencia del que ya había advertido BIAGI con anterioridad a la transposición de la DM al ordenamiento italiano: «i possibili abusi potrebbero gravemente screditare un istituto che, rettamente inteso, appare una scelta di civiltà già compiuta da tempo dalla giurisprudenza più sensibile». Esto en «Dalla nocività conflittuale alla sicurezza partecipata: relazioni industriali e ambiente di lavoro in Europa verso il 1992», en AA.VV. (Dir. Biagi, M.), *Tutela dell'ambiente di lavoro e direttive CEE*, Maggioli, Rimini, 1991, p. 130. Así también lo interpreta FRANCO, M., «La responsabilità del datore e del prestatore di lavoro in materia di sicurezza nel D.Lgs. 19 settembre 1994, n. 626», en *Riv.It.Dir.Lav.*, vol. I (1996), p. 289. De otro lado, a la concepción restrictiva del *droit de retrait* defendida por un sector de la doctrina científica y jurisprudencial, el cual en los años 80 llegaba a calificar el mismo como un recurso enteramente excepcional o *dernier resort*, se refiere GRINSNIR, J., «Sécurité et conditions de travail: le point sur les questions en évolution», en *Le Droit Ouvrier*, núm. 490 (1989), pp. 337-338.

¹⁶⁰ MARTÍN HERNÁNDEZ, M^a L., *El derecho de los trabajadores...*, cit., p. 264, entiende que pese al silencio legal este requisito es también extensible al ejercicio colectivo de la facultad de interrupción.

suma el inconveniente añadido de tener que determinar la concurrencia de unos factores no fácilmente objetivables a pesar de los esfuerzos del legislador, circunstancia que sin duda acrecienta la inseguridad de quien rechaza la prestación principal en tanto su seguridad no venga garantizada. Al respecto se podría afirmar que los elementos caracterizadores del riesgo están sin duda necesitados de un apuntalamiento por parte del intérprete judicial. Sin embargo no se puede desconocer que resulta difícil que a través de la *praxis* judicial se pueda suplir la indeterminación de la que adolecen los conceptos empleados pues las aportaciones en esta materia están intrínsecamente ligadas a la resolución contingencial –teniendo en cuenta sus circunstancias y finalidades–, de cada uno de los conflictos planteados con ocasión del empleo del recurso autotutelar que se estudia.

Quizás una valoración más prudente lo que permite señalar es que la respuesta más adecuada a las deficiencias normativas que se advierten no ha de venir tanto de un esfuerzo teórico por depurar los conceptos que la propia Ley emplea, sino de remover los obstáculos que pongan trabas a que el trabajador pueda sentirse habilitado para interrumpir su actividad cuando pueda entenderse que dicha actuación es razonablemente necesaria para procurar una protección eficaz de su seguridad y salud. Avatares normativos y jurisprudenciales se han sucedido en opuestas direcciones pero el contexto coetáneo permite explicar la predilección, en la época actual, por posiciones más flexibles orientadas sin ambages hacia la consecución de una autentica efectividad preventiva en la empresa. Ya se tuvo la ocasión de señalar que la jurisprudencia del TC en torno a la vigencia y validez de los derechos fundamentales en la relación subordinada de trabajo se ha mostrado especialmente evolucionada. Ahora que el particular *activismo* que ha mostrado el Alto Tribunal no ha impedido que junto a una jurisprudencia especialmente posibilista en pro de la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales y, en particular, del derecho a la vida e integridad física, ciertos pronunciamientos, no sin pocas ambigüedades, hayan restado operatividad al mismo cuando se ve envuelto o amenazado en un escenario concreto. Es por esto que resultaría de especial importancia que las insuficiencias de la norma se vieran colmadas por obra, muy especialmente, de la negociación sectorial. Su intervención en este sentido podría servir para iluminar el régimen jurídico del derecho, si bien no existe una actuación comercial mínimamente relevante en este sentido.

Luego de hacer mención a todas estas cuestiones, preciso se hace reconocer que al trabajador no se le exige acreditar la existencia objetiva del riesgo grave e inminente pues le basta con que de buena fe haya creído, y así conste, en la presencia del mismo. Pero en todo caso el juicio personal del sujeto afectado deberá dirigirse a comprobar si

el riesgo reúne el componente sustantivo plasmado positivamente: la excepcionalidad del contexto, el cual comportará necesariamente que el ejercicio del derecho a rechazar la prestación principal del dependiente sea igualmente extraordinario, circunscrito a supuestos cuya gravedad goce de abultada magnitud quedando descrito, aunque se evite tal constatación en la norma, como mecanismo al que acudir cuando se hayan agotado todas las demás opciones. Con todo, entiendo un tanto absurdo sostener una postura extrema que lleve al juzgador a exigir a ultranza la presencia de estos requisitos a los que se ha hecho mención previamente, pues haría a la figura completamente inoperante.

5.1.3. Circunstancias desencadenantes del riesgo

A. Clasificación

Llegados a este punto interesa realizar una mínima ordenación sistemática de los distintos factores que pueden llegar a causar el tipo de amenaza a la que se dirige el art. 21 LPRL. Como apunte previo no puede dejar de subrayarse que dentro de la noción legal de «riesgo laboral», deliberadamente amplia, se entienden incluidos todos aquellos riesgos que deriven de cualquier magnitud relacionada con la actividad productiva y la intervención del trabajador en dicho proceso (art. 4.7 LPRL, claramente extensivo del contexto contemplado por la normativa precedente). Amén de aquellos que arranquen de condiciones externas al propio marco empresarial (siendo conscientes de que también sobre el mismo inciden agentes extraños a las condiciones en las que el trabajo se desenvuelve), del estado en el que se puedan encontrar las instalaciones que albergan el desarrollo de la prestación y de la situación particular de cada uno de los empleados que pueda constituir un factor específico de riesgo. Dicho lo cual, el derecho aquí objeto de estudio ampara la autoprotección frente a todo peligro que pueda derivarse de alguno de los condicionantes siguientes¹⁶¹:

a) Los medios materiales e instrumentos con los que cuenta la empresa («locales, instalaciones, equipos, productos y demás útiles existentes en el centro de trabajo», art. 4.7, *a* LPRL), potencial fruto de ciertas incidencias y traumas corporales como caídas de altura, golpes, atrapamiento de órganos móviles, desprendimiento de materiales, cortes, pinchazos, accidentes de tráfico, quemaduras con objetos calientes o con sustancias corrosivas, incendios, explosiones, etc.

b) La exposición a determinadas condiciones ambientales *impersonales* pueden provocar trastornos psicofisiológicos o puramente fisiológicos: entendiéndose incluidos,

¹⁶¹ Tomando como punto de partida la clasificación contenida en SÁNCHEZ CUBEL, D., *Todo sobre la nueva Ley...*, cit., pp. 52-53.

en estrecha relación con la salubridad del lugar de trabajo, los agentes físicos (ruido, vibraciones, iluminación, temperatura, radiaciones ionizantes –rayos X o gamma– y no ionizantes –ultravioletas, infrarrojos, microondas, etc.–, humedad, presión atmosférica, etc.), químicos (polvos, gases, vapores, aerosoles, humos o líquidos), biológicos (bacterias, virus, hongos, parásitos, etc.) o cancerígenos con los que pueda estar en contacto el empleado con ocasión de su trabajo, provengan de dentro o de fuera de la empresa.

b) La fatiga física o mental que tiene origen en una sobrecarga de trabajo y se explica por el esfuerzo que requiere la prestación de servicios contratada. Son relevantes tanto requerimientos de carácter estrictamente físico (movimientos repetitivos, la postura de trabajo, la manipulación de cargas o el esfuerzo muscular que exige una determinada actividad), como la presión mental que ejerce la actividad desarrollada sobre el sujeto (factores de riesgo ligados al ritmo acelerado que pueda requerir la ejecución de determinados trabajos, la complejidad de la tarea, el nivel de concentración al que el trabajador debe de hacer frente en el desarrollo de su labor o la incesante readaptación a las aplicaciones técnicas que a resultas de la imparable innovación tecnológica se adentran en ciertos puestos de trabajo). Como se puede percibir, estos últimos condicionantes no componen una categoría radicalmente separada de los factores de tipo psicosocial pues ambos están ligados íntimamente a las condiciones de trabajo bajo las cuales se desenvuelve la actividad y se retroalimentan unos a otros dado que el agotamiento mental puede generar estrés o procesos de angustia y ansiedad.

Pero lo relevante aquí es que la inmediatez a la que se refiere la Ley casa mal con este tipo de riesgos que demandan para su constitución un proceder continuado. La amenaza grave e inminente, por su propia definición, exigiría la presencia combinada de varios factores, bien de carácter temporal (la degradación en la salud laboral provocada por la carga física o mental alcanza un grado tal que a partir de un determinado momento, el cual actúa como punto de inflexión, la ejecución de la prestación en tales condiciones es susceptible de provocar un menoscabo importante en la salud o integridad del trabajador), bien de tipo material (en casos en los que el desarrollo de ciertas profesiones exija en todo momento elevado grado de atención y precisión en el agente ejecutor) y también, como no, de tipo personal (en atención a variadas circunstancias particulares, la propia constitución del trabajador o su estado de salud, éste pudiera verse especialmente afectado por trabajar bajo tales condiciones de sobreactividad y agotamiento).

d) Agentes de riesgo de tipo psicosocial¹⁶². Así, en primer lugar, pueden ser determinantes de un riesgo laboral las decisiones adoptadas por el empresario (o por vía indirecta, a través de la actuación de su equipo colaborador) en el marco de la ordenación patronal de la prestación, a través del ejercicio de las funciones directivas pero también, y sobre todo, como resultado de la disposición de los métodos de trabajo y la estructuración organizativa de la producción (a estos efectos, son relevantes los procedimientos de utilización de los bienes materiales de la empresa, la concepción de los puestos de trabajo o las cuestiones relacionadas la rotación del personal, guardias, ritmos de trabajo, máxime cuando éstos son repetitivos o monótonos). Actuación empresarial, esta última, de índole colectiva que no se enmarca propiamente en el poder de dirección como se ha indicado con anterioridad pero que puede dar lugar, sin duda, a eventuales riesgos que constituyen una cualificada amenaza para la seguridad y salud en el trabajo y sobre los que el deber de protección también recae. En segundo lugar, constituyen también un factor de riesgo las relaciones interpersonales que se sustentan en el lugar de trabajo, esto es, el clima social en la empresa (lo que envuelve las relaciones entre los propios compañeros, así como el nivel de conflictividad mantenido con la dirección), desencadenante en algunos casos de diversas patologías psíquicas.

Olvidados durante mucho tiempo y disimulados tras los más próximos problemas de integridad física, en los últimos años estos problemas de origen psicosocial han despertado un creciente interés, hecho sin duda motivado por el innegable despunte de las distintas variantes de acoso, los problemas de inadaptación e insatisfacción, el estrés laboral, depresión o del resto de riesgos psicosociales como fuente de la siniestralidad en el trabajo en España y en Europa¹⁶³. Pese a no existir una regulación propia¹⁶⁴, ya sea en la vertiente preventiva¹⁶⁵ como reparadora¹⁶⁵, lo cierto es

¹⁶² Vid. la NTP 443 del INSHT.

¹⁶³ La Estrategia comunitaria 2007-2012 sobre seguridad y salud laboral, entre los objetivos a desarrollar, propone tener en gran consideración los riesgos psicosociales a los que se ven expuestos los trabajadores como consecuencia del ejercicio de una actividad productiva e insta a los interlocutores sociales a arbitrar mecanismos de prevención de la violencia y acoso en el lugar de trabajo. Por su parte la Estrategia española hace hincapié en que el diseño de las políticas públicas en seguridad y salud «debe integrar todo el conjunto de riesgos a los que se ven expuestos los trabajadores y trabajadoras como consecuencia del ejercicio de su actividad dentro y fuera de los centros de trabajo», prestando especial atención a los riesgos psicosociales, llamados comúnmente riesgos emergentes pues si bien reflejan situaciones tan antiguas como la humanidad, es en los tiempos más recientes cuando se ha observado un considerable recrudescimiento y propagación de los mismos.

¹⁶⁴ Téngase en cuenta que aunque no venga contemplado de un modo específico el riesgo psicosocial en la LPRL, éste entronca perfectamente en la definición legal de riesgo del art. 4.2. Al tiempo, los factores organizativos quedan perfectamente incluidos en los principios de la acción preventiva (art. 15.1.d y g LPRL). Por su parte, son muchas las voces que se alzan para reclamar una mejora de la normativa española en materia de prevención de riesgos que incluya una referencia concreta y detallada de los riesgos psicosociales y determine el alcance del deber de protección empresarial ante los mismos, circunstancia que redundaría en beneficio de la seguridad jurídica y haría más eficaz y factible la actuación preventiva en este ámbito. Sobre este asunto, MARTÍNEZ BARROSO, M^a R., *Riesgo psicosocial...*, cit., pp. 167-168, 181, 190 y 199 y OLARTE ENCABO S., «La incidencia del

que la doctrina prevencionista le ha dedicado una inestimable atención al conjunto de problemas de origen psicosocial, por la frecuencia e incidencia con la que se presentan, ya que tienen graves repercusiones sobre la salud e integridad del individuo.

En aras al legítimo ejercicio del derecho de autotutela del art. 21.2 LPRL es de notar que constituye riesgo jurídicamente relevante aquel que incide negativamente y de forma severa sobre la esfera individual de la persona en sus múltiples manifestaciones (también las dolencias psicológicas y extrañamiento social con alteraciones psicosomáticas tales como insomnio, cansancio, irritabilidad, ansiedad, agresividad, dolores de cabeza, mareos, trastornos digestivos y cardiovasculares, etc.). Ahora bien, una vez puesta de manifiesto la admisible operatividad del derecho que tal precepto recoge, toca ahora precisar que difícilmente una orden o instrucción patronal podrá desencadenar un riesgo de los conocidos como psicosociales, distinto a la violencia psicológica o al acoso sexual, que admita la calificación de riesgo grave e inminente. Ciertamente es, por ejemplo, que los mandatos patronales que requieren para su ejecución la máxima concentración, un excesivo rendimiento y el desarrollo continuado de una labor estresante son susceptibles de ocasionar a medio o largo plazo daños físicos y psíquicos, pero no es en este tipo de riesgo en el que el legislador está pensando cuando positiviza el derecho a interrumpir el trabajo pues muy rara vez se cumplirán los requisitos constitutivos del tipo normativo¹⁶⁶. Gozarán, no obstante, del instrumento tutelar que

acoso moral en el ámbito del sistema de la Seguridad Social: hacia la equiparación de las enfermedades profesionales», en AA.VV. (Coord. Correa Carrasco, M), *Acoso moral en el trabajo: concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 179-180.

¹⁶⁵ El análisis de la doctrina judicial más reciente permite constatar que nuestros jueces y tribunales han otorgado a las situaciones de incapacidad que tengan su origen en comportamientos psicológicos-patológicos, siempre que guarden relación causal con el desempeño de la prestación laboral, la consideración de contingencias profesionales, siendo palpable en los últimos años la tendencia a considerar como accidente de trabajo a la dolencia psíquica provocada por tales circunstancias. Para ello la jurisprudencia mayoritaria se ha servido de una interpretación extensiva del propio concepto de accidente de trabajo (art. 115.1 LGSS) y de la presunción del art. 115.3 LGSS (alcanzando ahora a las enfermedades debidas al trabajo). Pioneras han sido las sentencias del TSJ País Vasco, 7 de octubre de 1997 y 2 de noviembre de 1999 (AS/3163 y 4212), en relación al estrés laboral y el síndrome de *burn-out* como accidente de trabajo. Seguidas por otras tantas como, a título de ejemplo, STSJ Castilla-La Mancha, 31 marzo 2004 (AS/1560) y 30 diciembre 2005 (AS/3712); STSJ Cataluña, 20 enero 2005 (AS/319); STSJ Andalucía, 10 enero 2007 (AS 2008/53), éstas también sobre el conocido como «síndrome de desgaste personal». Y sobre la consideración del acoso laboral como accidente de trabajo, las SSTSJ Navarra, 18 mayo 2001 (AS/1821), 15 junio 2001 (JUR/230916); STSJ Murcia, 12 enero 2004 (JUR/190910) y STSJ Cataluña, 10 octubre 2006 (JUR/50478). En la doctrina, *vid.* los estudios de MARTÍNEZ BARROSO, M^a R., *Riesgo psicosocial...*, cit., pp. 47 y 67-72; MELLA MÉNDEZ, L., «El acoso psicológico en el derecho del trabajo», en *TS*, núm. 145 (2003), pp. 28-30; NAVARRO NIETO, F., «Aspectos críticos en el tratamiento jurídico del acoso moral laboral», en *TS*, núm. 202 (2007), pp. 35-36 y OLARTE ENCABO, S., «Acoso moral y enfermedades psicolaborales: un riesgo laboral calificable de accidente de trabajo», en *TL*, núm. 80 (2005), pp. 73-91.

¹⁶⁶ Si bien destaca FERRADANS CARAMÉS, que «el reconocimiento del “*ius resistendae*” es el único que puede aliviar al trabajador algunas situaciones, tales como el padecimiento de riesgos psicosociales como el estrés o el acoso laboral, que provocan alteraciones que pueden ser difícilmente reparables», [«Prevención de riesgos psicosociales», en AA.VV. (Dir., De la Flor Fernández, M.L.), *Análisis de la regulación jurídico-laboral de los riesgos psicosociales*, Informe de investigación

constituye el elemento nuclear del presente estudio, el derecho a resistir, si tales decisiones unilaterales viniesen revestidas de la irregularidad a la que se refiere el texto estatutario por desbordar los confines que delimitan el legítimo ejercicio del poder directivo.

e) Factores inherentes a la propia persona del trabajador¹⁶⁷. Se está haciendo mención a las condiciones particulares del empleado que le puedan hacer más vulnerable al riesgo. Entre ellas a situaciones transitorias tales como embarazo; parto reciente¹⁶⁸; la convalecencia de alguna enfermedad y alteraciones de la salud provocadas por la medicación o por tratamientos no farmacológicos¹⁶⁹; dependencia del alcohol o de sustancias psicotrópicas o estupefacientes; trastornos del sueño; o la edad, puesto que los trabajadores jóvenes están menos familiarizados con los riesgos laborales y es muy probable que tengan mayores dificultades para enfrentarse debidamente a los mismos, mientras que los trabajadores de avanzada edad a menudo suelen experimentar una pérdida de reflejos, fuerza física y agilidad que les hace más propensos a los accidentes de trabajo. También las características especiales que constituyen un rasgo permanente de la constitución del trabajador (discapacidades físicas, psíquicas y sensoriales que hayan sido reconocidas, e incluso alergias a ciertos productos o materiales empleados en la empresa que son inocuos o de efectos irrelevantes para la generalidad); y aspectos relacionados con la capacidad intelectual, nivel cultural o las

financiado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2008, p. 14, disponible en www.seg-social.es/stpri00/groups/public/documents/binario/100617.pdf].

¹⁶⁷ Tal y como dejaba sentado SAVATIER, J., «Champ d'application du droit de retrait d'une situation dangereuse», en *Dr.Soc.*, núm. 7-8 (1996), p. 685, «le droit de retrait peut s'exercer même si le risque couru par la poursuite du travail demandé au salarié résulte de son propre état de santé, et non de conditions de travail présentant un danger pour un travailleur quelconque».

¹⁶⁸ Vid. SALA FRANCO, T., «El deber empresarial...», cit., p. 24. Por su parte, un cierto sector de la doctrina duda de la operatividad del mecanismo autotutelar contenido en el art. 21.2 LPRL empleado como recurso protector por parte de una mujer embarazada o durante el período de lactancia. En esta línea, GORELLI HERNÁNDEZ, J. y IGARTUA MIRÓ, M^aT., *Las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 111 y 123, pues señalan dichos autores, «las dificultades prácticas y aplicativas del mismo y la inseguridad respecto a la respuesta que los Tribunales vayan a dar en un futuro al recurso a esta vía pueden hacerla una opción poco atractiva para la trabajadora».

¹⁶⁹ El TS ha manifestado en un número nada desdeñable de ocasiones que no concurre causa incompleta de justificación para oponerse al cumplimiento de una orden, sino total cuando, en atención a las dolencias o incapacidad física del trabajador, la realización de la actividad laboral constituya un grave riesgo para su integridad. Así en las tempranas sentencias del TS de 30 de abril de 1986 (RJ/2282), 29 de enero de 1987 (RJ/298) y 27 de julio de 1988 (RJ/6257). En esta última se añade que «el simple hecho de haber aceptado por una pequeña retribución realizar funciones ajenas al trabajo a que le obligaba su contrato laboral, 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». Igualmente significativa es la STSJ País Vasco, 6 mayo 1997 (AS/1647), donde se indica que no cabe apreciar culpabilidad en el comportamiento de quien no desarrolla los trabajos que anteriormente sí desempeñaba por causa de un déficit sobrevenido en su salud que le impide o desaconseja realizarlos.

habilidades sociales del individuo, así como su grado de formación o cualificación profesional¹⁷⁰.

No se descubre nada nuevo al señalar que las directrices patronales deben ser enjuiciadas desde la consideración de criterios generales o abstractos a través de los cuales pueda ser descifrada su peligrosidad o potencial lesivo. Entonces, la valoración ha de hacerse de acuerdo con la normativa específica que en cada caso recoja las prescripciones que rigen en materia de seguridad y salud en los lugares de trabajo, aunque éste no sea el único parámetro o criterio de enjuiciamiento que deba tenerse en cuenta. También deben superar otro filtro que tiene que ver con la tutela de la salud del trabajador a título individual. Teniendo presente las condiciones en las que tiene lugar el desarrollo de la concreta prestación de trabajo y, al tiempo, la situación singular del sujeto asalariado, el empresario está obligado a personalizar el contenido de las órdenes e instrucciones directivas en los términos legalmente previstos, esto es, en función de la incidencia que puedan ocasionar en la seguridad de los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos¹⁷¹.

¹⁷⁰ La STS 5 julio 1983 (RJ/3719), se pronuncia sobre la desobediencia de un trabajador que se niega a ejecutar un trabajo encomendado (mover un cable de alta tensión) al estimar dicha tarea razonablemente peligrosa «por requerir una delicadeza y precisión para las que no se encontraba capacitado». El Tribunal en este caso entendió que el hecho de carecer de la preparación suficiente para acometer tales funciones restaba gravedad a la conducta incumplidora del trabajador, con lo cual la hacía inmerecedora del despido como sanción. Más cercanos en el tiempo, la STS 30 junio 2003 (RJ/7694) declara la procedencia del recargo de prestaciones económicas habida cuenta que el empresario no había tomado en consideración «las capacidades profesionales de los trabajadores en materia de seguridad y de salud» en el momento de encomendarle a varios trabajadores labores relacionadas con la manipulación de explosivos. Al efecto, incumbe al empresario adoptar, como prescribe el art. 15.3 LPRL, «las medidas necesarias a fin de garantizar que sólo los trabajadores que hayan recibido información suficiente y adecuada puedan acceder a las zonas de riesgo grave y específicas». En el mismo sentido también la STSJ Cataluña, 19 enero 2005 (JUR/54949) y STSJ Extremadura, 19 diciembre 2005 (JUR 2006/48374).

¹⁷¹ La STS 14 junio 1988 (RJ/5293) aportó un buen ejemplo a los ya abundantes pronunciamientos destinados a amparar la conducta de separación de un trabajador de las órdenes por el empleador impartidas en aras de salvaguardar su seguridad y salud. La sentencia, por todos conocida, entra a enjuiciar un despido justificado en la negativa de una trabajadora a ocupar su puesto en la máquina semiautomática tal y como venía haciendo desde el inicio de la relación laboral. La trabajadora esgrimía en su favor una imposibilidad física para desarrollar su tarea pues había sido operada recientemente de estenosis mitral. La Inspección de Trabajo, por su parte, había considerado que el trabajo encomendado era perfectamente compatible con la salud de la trabajadora, lo cual comportaba, *a priori*, que su conducta había sido del todo desmedida e injustificada. Sin embargo, lo verdaderamente trascendente de esta sentencia es, por un lado, que el Tribunal hace un llamamiento a una conducta más tolerante por parte de la empresa para que ésta tenga en consideración las circunstancias particulares de cada trabajador. De otro, que con anterioridad a la positivización de las garantías que posteriormente recogería el art. 21.4 LPRL, la sentencia decreta la improcedencia del despido, pese a la equivocada apreciación subjetiva de la trabajadora, y ello porque estima que la creencia de que el trabajo requerido ponía en serio riesgo su salud no era fruto de una valoración absurda, irracional o malintencionada, pues «el estado de aprehensión de los enfermos que padecen dolencias cardíacas es difícil de vencer y basta la realidad de esta situación para que la conducta a que esta circunstancia impele no pueda ser calificada de plenamente responsable y sea exigible en la empresa una conducta más tolerante antes de llegar a la situación extrema del despido». En esta dirección, *vid.* también la STSJ Galicia, 20 febrero 1997 (AS/318).

Algunos grupos de trabajadores precisan, ya es conocido, de una protección específicamente orientada a sus circunstancias particulares, la cual es perfectamente compatible con la facultad de autotutela que la normativa de prevención reconoce en el art. 21.2 LPRL. En estos casos la probabilidad de generar lesiones, enfermedades o patologías derivados del trabajo no entronca propiamente con una consideración objetiva del riesgo (para la cual se tiene únicamente en cuenta la peligrosidad intrínseca a la naturaleza de las actividades laborales encomendadas o las circunstancias bajo las cuales se desenvuelven) sino, por contra, con la aptitud psicofísica del trabajador individualmente contemplado, la cual adquiere aquí la condición de factor determinante. Por eso es importante traer aquí a colación lo dispuesto en el art. 25.1 y 2 LPRL pues, como corolario a la aplicación del principio-guía de adaptación del trabajo a la persona (art. 15.1, *d* LPRL), se le exige al empleador tener en cuenta el conjunto de aspectos relacionados con las características personales de los trabajadores en las evaluaciones de riesgos, en lo concerniente a la concepción de los puestos de trabajo y conjuntar las medidas de prevención y protección que se estimen precisas para mantener indemne la integridad de estos trabajadores, lo cual también se cohonesto con la posibilidad de que el trabajador individual rechace el contenido de una orden patronal que le exponga a un peligro o suponga un riesgo para terceros. Precisamente, el asalariado que tenga mermada la capacidad para desarrollar la actividad laboral encomendada de forma análoga a como es desempeñada por el resto de trabajadores, tiene en sus manos la potestad para ponerse a salvo de un riesgo que podría entrañar negativas consecuencias y, con ello, refutar legítimamente las órdenes empresariales relativas a la ejecución de tareas incompatibles con sus circunstancias personales¹⁷².

Más allá de las consideraciones aquí expuestas, conviene tener presente que algunos de estos factores encarnan un elemento de riesgo puramente hipotético cuando de lo que se trata es de la concurrencia de un riesgo grave e inminente. En primer lugar hay que señalar que difícilmente puede esgrimirse la edad para justificar la actuación de quien se aparta del cumplimiento de la prestación encomendada, o la discapacidad reconocida que afecta al trabajador, pues estos rasgos ya habrán sido tenidos en cuenta por la dirección de recursos humanos a la hora de organizar el trabajo. Siendo éstas circunstancias conocidas por el empleador, de toda lógica es que se haya procedido a emplazar al personal que reúne tales características en puestos de trabajo acordes a sus condiciones personales eludiendo, así, que el cumplimiento de las tareas encomendadas pueda constituir un grave e inmediato peligro para dichos trabajadores¹⁷³.

¹⁷² Vid. BAYLOS GRAU, A., «La autotutela...», cit., p. 47.

¹⁷³ Recuérdese, de hecho, las prohibiciones a propósito del trabajo de los menores en el art. 6.2 y 3 ET (no habiéndose producido todavía el desarrollo reglamentario anunciado por el art. 27.2 LPRL) y que, en todo caso, de acuerdo a la deuda de seguridad que atañe al empresario, éste tendrá que asegurarse de que los trabajos sean realizados por trabajadores capacitados específicamente para ellos.

Y, en segundo lugar, si el derecho del art. 21.2 LPRL se arguye por razón de la existencia de una de estas circunstancias personales que impiden el desarrollo de las labores comprometidas en condiciones de seguridad y tales factores fueran determinantes de una inaptitud física, psíquica o sensorial sobrevenida, ya sea transitoria o permanente, no es descabellado pensar que pasado el momento de grave peligro no procedería aquí seguir empuñando el remedio legal que recoge el antedicho precepto. No es el propósito de la norma que en tales casos el trabajador pueda permanecer al margen del trabajo que habitualmente viene desarrollando y perciba a cambio íntegramente el salario pactado. El empresario podrá hacer uso de las distintas posibilidades que le proporciona la norma: a) de específico carácter preventivo y de protección (a través de la adaptación del puesto de trabajo a las dolencias particulares de dicho trabajador; la adecuación de las instalaciones, equipos de trabajo y maquinaria, la reestructuración del tiempo y métodos de trabajo; la adopción de las medidas previstas en el art. 26.2, 3 y 4 LPRL cuando las condiciones del puesto de trabajo influyan negativamente en la salud de la mujer embarazada o en período de lactancia, etc.); b) otras medidas laborales de tipo general (recurriendo a la atribución de funciones distintas a través de la movilidad funcional; a la suspensión de la relación en virtud de los arts. 45.1, *c* y 48.2 ET; la extinción de la relación cuando se dan las circunstancias descritas en el art. 49.1, *e* o en el art. 54.2 *f* ET; e, incluso, aunque esta posibilidad podría ser objeto de mayores objeciones, acudiendo al despido del art. 52, *a* ET a fin de prescindir de ese trabajador cuando la limitación funcional que sufre por problemas de salud le inhabilite de forma objetiva y definitiva para su trabajo¹⁷⁴).

B. Posibilidades de autotutela frente conductas de hostigamiento en el trabajo

Singular mención merece el acoso moral considerado en sí mismo un riesgo profesional que anida en la empresa, de origen psicosocial y con una preocupante incidencia sobre la salud laboral. No es propiamente tributario de la actividad productiva que se realiza, sino que deriva del entorno o del ambiente en el que ésta se

¹⁷⁴ Sobre esto, PALOMO BALDA, E., «Grupos especiales de riesgo», en AA.VV., *Ley de prevención de riesgos laborales. Últimas reformas y análisis de la normativa específica en la materia*, CGPJ, Madrid, 2006, p. 329. Precisa, además, que el recurso a la extinción de la relación sólo sería ajustado a derecho si no fuera factible acondicionar el puesto de trabajo que hasta ese momento venía ocupando la persona afectada o destinarla a otro compatible con su condición individual (pp. 304-305 y 331). Igualmente, LAI, M., *La sicurezza del lavoro tra legge e contrattazione collettiva*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 34-35. De hecho, esta es la fórmula que parece adoptarse en el art. 6.2 RD 1368/1985, de 17 julio, para el concreto ámbito de la relación de carácter especial de los minusválidos que trabajan en centros especializados de empleo. Se prevé, precisamente, que una vez constatada la ineptitud sobrevenida del trabajador, el empresario deberá proporcionarle un puesto adecuado a sus características y sólo cuando ello no sea posible procederá la extinción del contrato de conformidad a lo establecido en el art. 16.2 *a* de la norma.

lleva a cabo. Primeramente, en aras a una exposición ordenada, es necesario desde el punto de vista ontológico deslindar conductas calificables como acoso de otros posibles agravios cometidos en el ámbito laboral mediante la utilización abusiva de los poderes patronales y en particular, por lo que aquí interesa, del poder de dirección¹⁷⁵. Ciertamente es que en el ámbito de las relaciones de trabajo no son idénticas las situaciones de maltrato psicológico vertical-descendente y las formas abusivas del poder de dirección, mas en la práctica jurídica son varias las normas que, de forma combinada o separada y sea cual fuere su verdadera naturaleza, permiten (si se aplican tales instrumentos jurídicos de forma adecuada) la contestación autoprotectora del trabajador. Y ello porque en todo caso se trata de comportamientos ilícitos no amparados por el ordenamiento.

Para proceder a la delimitación de tales acciones censurables, desencadenantes ambas de un conflicto profesional¹⁷⁶, habrá de pasar revista a las motivaciones, el modo de obrar y el resultado de la actuación patronal. Y así, siguiendo este orden, puede decirse que el denominado acoso institucional o *bossing*, a través de la degradación paulatina de las condiciones de trabajo que soporta la persona con quien se mantiene una relación asimétrica de poder, persigue el abyecto propósito, explícito o implícito, de crear un entorno intimidatorio, denigrante u ofensivo (muchas veces con el objeto de reforzar la propia posición de dominio). Estas conductas, a fin de cuentas, pueden proponerse acabar con la reputación del trabajador y aniquilarle profesionalmente, entorpecer el desarrollo de sus funciones laborales con el objeto de provocar la quiebra psíquica de la víctima o incluso obstruir el ejercicio de sus derechos hasta, en bastantes ocasiones, generar en su persona una actitud de radical desconfianza en sí mismo y de miedo a la realidad que consigue su autoexclusión (a través de una baja médica o de la renuncia a su puesto de trabajo). La arbitraria administración de facultades directivas carece, sin embargo, de dicha intencionalidad lesiva y se dirige en su lugar a la búsqueda de un resultado empresarial positivo¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Sobre el asunto arroja luz la SJS núm. 33 de Madrid, 18 junio 2001 (AS/1667), seguida por las SSTSJ País Vasco, 26 febrero 2002 (AS/2932) y 23 diciembre 2003 (AS/4176); STSJ Extremadura, 20 marzo 2003 (AS/2810); STSJ La Rioja, 16 noviembre 2004 (AS/3104); STSJ Islas Canarias, 14 marzo 2005 (AS/693); SSTSJ Aragón, 24 enero 2006 (AS/1082); STSJ Aragón, 28 febrero 2006 (AS/1618) y STSJ Madrid, 25 febrero 2008 (AS/1118).

¹⁷⁶ En doctrina, en torno a la distinción entre los roces o fricciones laborales y las prácticas hostigadoras, CORDERO SAAVEDRA, L., «La delimitación jurídica entre el acoso moral y las tensiones laborales», en AS, núm. 6 (2003), pp. 41-44 y SERRANO OLIVARES, R., *El acoso moral...*, cit., pp. 72-74.

¹⁷⁷ Repárese, sin embargo, en que los distintos enunciados positivos que recogen en nuestro ordenamiento una noción de acoso (si bien referida únicamente a la violencia psicosocial movida por razones discriminatorias), han moderado ostensiblemente el requisito de la intencionalidad del agresor en tanto se admite la calificación como acoso de una conducta carente de un propósito hostigador siendo suficiente, en su defecto, con que la acción provoque un ataque contra la dignidad e integridad de la persona. Tanto el art. 7, *a* Ley 51/2003, 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, como el art. 28.1, *d* Ley 62/2003, 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (ambas en transposición de las

De otro lado, ya se había visto que el acoso moral se manifiesta a través de una violencia extrema repetida de forma sistemática y recurrente, mientras que cabe apreciar un ejercicio abusivo de las facultades de la dirección pese a que no se dé la referida reiteración y se trate de una actuación puntual de duración limitada, toda vez que el plausible objetivo de la eficacia y competitividad empresarial se pretenda lograr empleando para ello métodos indebidos no ajustados a derecho. Siquiera de soslayo conviene advertir que son muy variadas las fórmulas de expresión del acoso moral pero entre ellas, cuando el agente hostigador es el propio empresario, caben las decisiones patronales que conllevan la destrucción de las redes de comunicación que mantiene el trabajador con los compañeros o terceros a la empresa provocando, así, el aislamiento del sujeto; o bien la asignación de tareas innecesarias, degradantes, repetitivas, imposibles de cumplir, para las que el empleado no está cualificado, las funciones que

Directivas 2000/43/CE del Consejo, 29 de junio de 2000 y 2000/78/CE del Consejo, 27 de noviembre de 2000), describen el acoso como «toda conducta (...) que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo». Aun así, entiendo que la norma no es obstáculo para que se pueda considerar al elemento subjetivo como requisito inherente a las conductas constitutivas de *mobbing*. Son evidentes las dificultades probatorias que acarrea la constatación del carácter tendencioso de la acción enjuiciada, de modo que, aplicando analógicamente al acoso moral la noción legal transcrita, se incrementan las posibilidades de defensa del trabajador ya que bastaría, entonces, para extender la tutela aplicable al *mobbing*, con la existencia de indicios de tal fin hostigador o bien con que la ponderación conjunta de la totalidad de los hechos concurrentes revele que la acción de presión ha puesto en peligro los bienes jurídicos a los que hemos hecho mención. Es decir, la fórmula jurídica empleada legalmente «que tenga como objetivo o consecuencia» permite arbitrar los mecanismos de protección que se estimen oportunos para salvaguardar la dignidad o integridad de quien la vea amenazada y ello pese a que no se hubiera podido acreditar en juicio la intencionalidad del agente. No obstante, sin llegar a desconocer la indiscutible utilidad del recurso al método analítico, comparto la idea de quienes han considerado que la imposición deliberada de un clima hostil (patente o disfrazado bajo el carácter irascible o dictatorial del agresor) constituye en realidad un requisito inherente a la conducta reprochable aquí estudiada (ello aunque la comprobación de la presencia de este ánimo de persecución no sea imprescindible para que sean desplegadas las oportunas vías jurídicas de protección). Y desde esta perspectiva, es dicho rasgo teleológico uno de los elementos esenciales que posibilitan la distinción de tales prácticas de aquellas otras que simplemente demuestran una administración irregular de los poderes empresariales las cuales, precisamente, no ambicionan el enraizamiento o perturbación de la vida laboral. Así lo han defendido, entre otros, ARAMENDI SÁNCHEZ, P., «Acoso moral: su tipificación jurídica y su tutela judicial», en *AS*, vol. V (2002), pp. 383-384; CORREA CARRASCO, M., «El concepto jurídico del acoso moral en el trabajo», en AA.VV. (Coord. Correa Carrasco, M), *Acoso moral...*, cit., pp. 62, 68-69, 75 y 90; GIMENO LAHOZ, R., *La presión laboral tendenciosa: El mobbing desde la óptica de un juez*, Lex Nova, Valladolid, 2005, pp. 87, 96 y 168; NAVARRO NIETO, F., «Aspectos críticos...», cit., pp. 27-28 y ROMERO RODENAS, M^ªJ., *Protección frente al acoso en el trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2004, pp. 30-31. En cambio, no comparten que la intencionalidad destructiva sea elemento objetivo y definidor del acoso moral COLLADO, L., «Concepto, clasificación jurídica y tipología del acoso moral en el trabajo (-mobbing-). Diferencia con otras figuras», en AA.VV. (Dir. Agustí Juliá, J.), en *Riesgos psicosociales y su incidencia en las relaciones laborales y seguridad social*, CGPJ, Madrid, 2008, pp. 69-71; CRUZ VILLALÓN, J., DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M.L. y ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., «Concepto y tratamiento jurídico de los riesgos psicosociales», en AA.VV. (Dir., De la Flor Fernández, M.L), *Análisis...*, cit., p. 13 y SERRANO OLIVARES, R., *El acoso moral...*, cit., pp. 36-42 y 56. Por su parte, evidencia el creciente empleo por parte de la jurisprudencia de elementos «objetivables» a la hora de detectar y calificar como tales las situaciones de *mobbing*, JURADO SEGOVIA, A., «Sobre la caracterización jurídica del acoso moral en el trabajo a la luz de los pronunciamientos judiciales», en *RDS*, núm. 25 (2004), pp. 198-202.

requieren una cualificación menor o simplemente se mantiene al trabajador sin ocupación durante gran parte de su jornada¹⁷⁸. Tales acciones convergen con la práctica arbitraria de las facultades directivas, si bien ésta persigue, se insiste, dar vida a una determinada estrategia tocante a la actividad y reorganización de la mano de obra que le permita al empleador obtener el máximo beneficio.

Finalmente, por cuanto respecta a la afectación de los derechos resultante de las referidas conductas, es sabido que el hostigamiento moral presenta efectos pluriagresivos, existiendo cierto consenso en que en toda situación de acoso subyace un atentado directo e inmediato a la dignidad del trabajador¹⁷⁹, circunstancia que está indisolublemente ligada a los procesos de acoso y que en la mayoría de los supuestos, ya sea por su reiteración o por la especial ofensividad de tales prácticas, trae consigo una lesión de los valores jurídicos amparados por el derecho fundamental del art. 15 CE¹⁸⁰. Se dice, al hilo de esto último, que directrices o mandatos patronales que imponen condiciones de trabajo vejatorias acostumbra a ocasionar, a medio o largo plazo, síntomas psicossomáticos, reacciones anormales hacia el trabajo y el ambiente laboral, así como negativas secuelas en la integridad orgánica del trabajador a raíz de la somatización de la tensión nerviosa provocada. La cosa cambia cuando estamos ante un desempeño arbitrario de la ordenación de la prestación pues en este caso la vulneración de tales bienes jurídicos vitales para el trabajador no sólo no se busca, sino que no siempre éstos se verán puestos en riesgo ni, por supuesto, terminarán lastimados.

En todo caso, no debe olvidarse que estas últimas conductas, las que son manifestación de un ejercicio directivo caprichoso o abusivo encuentran ya contestación suficiente a través de las vías de legalidad ordinaria. Esto es, acudiendo a la exigencia de regularidad previamente estudiada tales prácticas tendrán la consideración de

¹⁷⁸ Clásica es ya la definición de acoso moral dada por LEYMANN y los cinco típicos básicos de actuaciones acosadoras, que comprenden hasta 45 comportamientos distintos, que el psicólogo alemán identifica en su obra más conocida, *Mobbing: La persécution au travail*, Seuil, D.L. Paris, 1996, pp. 42-43. Vid., del mismo autor, «The definition of mobbing at workplaces», en *The mobbing Encyclopaedia*. Disponible en: <http://www.leymann.se/English/12100E.HTM>. Muy conocida resulta también la noción de acoso y clasificación de conductas que indican la presencia de *mobbing* realizada por ZAPF, KNORZ y KULLA, recogida en la NTP 476 del INSHT, «El hostigamiento psicológico en el trabajo: *mobbing*», de 1998.

¹⁷⁹ Sobre el particular, MARTÍNEZ GIRÓN, J., «Dignidad del trabajador y acoso moral», en AA.VV., *Derecho vivo...*, cit., p. 101; ROJAS RIVERO, G., «Algunos aspectos procesales de la protección legal contra el acoso», en *RGDTSS*, núm. 8 (2005), p. 7 y SERRANO OLIVARES, R., *El acoso moral...*, cit., p. 91.

¹⁸⁰ Numerosos autores han dado cuenta de la íntima ligazón entre la dignidad y el derecho a la integridad personal, sobre todo con la mención a la integridad moral que incluye el Texto Constitucional. Entre éstos, FERNÁNDEZ SEGADO, F., *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992, p. 214, afirmaba que «la misma dignidad del ser humano se encuentra en la base del reconocimiento y razón de ser de este derecho a la integridad física y moral». Un análisis reciente en CANOSA USERA, R., *El derecho...*, cit., pp. 63,74-75, 88, 99 y 195.

irregulares y, por tanto, carecerán de la condición necesaria para generar en el trabajador el deber de obedecerlas. Pese a la displicencia con la que el legislador ha tratado tradicionalmente esta materia, la regla de la regularidad puede ser utilizada de manera eficaz en nuestro ordenamiento para salvaguardar al afectado del abuso de poder de su superior, puesto que se encuentra plenamente vigente, si bien el intérprete judicial se viene resistiendo a hacer un uso normalizado de la misma y a otorgar una claridad hermenéutica que permita una afirmación rotunda y sin ambages de la legítima desobediencia en tales casos.

Por su parte, más allá de la autotutela reactiva e inmediata que proporciona el art. 50 ET para los casos de maltrato psicosocial en el trabajo, y puesto que la conducta hostil repercute negativamente sobre los derechos fundamentales de la víctima, éste tiene a su disposición los instrumentos de tutela específica de los mismos (si opta por mantener su vínculo contractual, podrá solicitar al juez la cesación de la conducta atentatoria de sus derechos fundamentales; la restauración del derecho reponiendo la situación al momento anterior de producirse la lesión; y la reparación de las consecuencias dimanantes de dicha conducta antijurídica). Además, como no, el derecho reconocido en sede jurisprudencial y que se refiere a la posibilidad de resistirse al cumplimiento de los mandatos que soterradamente se dirijan a socavar la dignidad del trabajador, su reputación social y renombre profesional, que pongan en peligro la integridad física del trabajador en su doble vertiente (comprendiendo los sufrimientos corporales, pero también los de carácter psíquico)¹⁸¹, le sometan a un trato humillante, desprecien la capacidad de autodeterminación del individuo o le fuercen a actuar contrariamente a su voluntad (integridad moral a la que se refiere el art. 15 CE)¹⁸². Interesa subrayar, precisamente, cómo en nuestro ordenamiento la protección frente a tales prácticas empresariales puede alcanzarse sin necesidad de acudir al tipo específico que contempla el art. 21 LPRL pues ya se avanzó que el acoso moral cristaliza siempre un atentado a la dignidad de la persona¹⁸³.

¹⁸¹ Vid. SEGALÉS FIDALGO, J., «La integridad moral como bien jurídico a proteger y la tutela constitucional frente al acoso moral», en *RL*, vol. II (2007), pp. 27-28. Contrariamente a lo aquí expuesto, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «Artículo 15», en AA.VV., (Dir. Alzaga Villamil, O), *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, vol. II, Edersa, Madrid, 1984, p. 317, rechaza que el concepto de integridad física abarque el derecho a no sufrir menoscabos en la integridad psíquica.

¹⁸² Define MOLINA NAVARRETE el derecho a la integridad moral como el «derecho fundamental a ser uno/a mismo/a, el derecho a forjar una propia identidad personal o bio-social y a mantenerla, al margen de condicionamientos o imposiciones externas», «Las nuevas leyes «antiacoso»: ¿Tienen algo útil para la prevención y sanción del acoso moral en el trabajo -mobbing-?», en *Diario La Ley*, núm. 5942 (2004), Ref. D-23.

¹⁸³ Ante una situación de acoso moral, como se ha adelantado, el trabajador tiene en su haber el ejercicio de la facultad resolutoria del nexo laboral por incumplimiento empresarial grave. Tradicionalmente la doctrina del TS ha dejado sentado que «lo procedente es que el trabajador solicite la rescisión del contrato laboral, sin abandonar, la actividad laboral que desempeña en la empresa, dado que la extinción del contrato se origina por la sentencia constitutiva de carácter firme que estime que la empresa ha incurrido en alguna de las causas que dan lugar a la resolución, pero no antes de hacerse este

Justamente, a propósito de la aplicación del remedio jurídico específico que contempla el art. 21.2 LPRL y que posibilita que la víctima de tales conductas permanezca alejada de su lugar de trabajo en tanto no concluya la agresión¹⁸⁴, hay que advertir que el precepto en cuestión no hace mención alguna a los riesgos que no se circunscriben exclusivamente a la esfera física sino que vienen referidos, más bien, a la salud psíquica o moral de los asalariados. Pese a ello, la *ratio legis* pretendida inclina a pensar que éste trata también de ponerlos al salvo de tales afecciones¹⁸⁵. Consecuentemente, en los casos en los que el acoso se revela a través del sometimiento del asalariado a condiciones de trabajo que ponen en riesgo grave e inminente a su salud (aunque no se hubiera materializado una lesión o patología psíquica resultante de tales conductas)¹⁸⁶, también ésta en su manifestación moral, el trabajador tendrá derecho a interrumpir su actividad y abandonar si así lo estima oportuno el centro de trabajo¹⁸⁷.

pronunciamiento» (de entre una abundante jurisprudencia, SSTS 22 octubre 1986, RJ/5878; 26 noviembre 1986, RJ/6516; 18 julio 1990, RJ/6425 y 23 abril 1996, RJ/3403). Sin embargo, la aplicación de esta regla general decae cuando «la continuidad laboral atente a la dignidad, a la integridad personal o, en general, a aquellos derechos fundamentales que corresponden al hombre por el solo hecho de su nacimiento» (STS 8 noviembre 2000, RJ 2001/1419). Así, en el supuesto de que el trabajador se vea sometido a la prestación de servicios en un ambiente vejatorio o humillante resulta plenamente aplicable esta excepción, la cual posibilitará a la víctima el abandono de su puesto de trabajo aunque aún se esté sustanciando la acción resolutoria.

¹⁸⁴ El ordenamiento francés desarrolló a través de la Ley de modernización social (Ley núm. 2002-73, de 17 de enero de 2002) una iniciativa legislativa que modificó el anterior art. 122-49 *Code du Travail* y dispuso que ningún trabajador tiene la obligación de soportar conductas repetidas de acoso psicológico junto a la garantía, y ello es lo relevante, de que ningún asalariado podrá ser sancionado, despedido o ser objeto de una medida discriminatoria, directa o indirecta («notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat») por haber sufrido o haberse negado a sufrir tal maltrato psicológico (así se expresa el art. L1152-2 del Código vigente).

¹⁸⁵ Se ha consagrado jurídicamente que la salud de los trabajadores que prestan sus servicios en el marco de una relación asalariada «abarca no solamente la ausencia de afecciones o de enfermedad, sino también los elementos físicos y mentales que afectan a la salud y están directamente relacionados con la seguridad e higiene en el trabajo» (art. 3, e del Convenio 155 OIT, de 22 de junio de 1981, BOE 11 de noviembre de 1985). De modo que el empresario está obligado a prevenir riesgos que dañen la salud física pero también la salud moral y social que tengan que ver con la adopción de medidas de carácter organizativo. Así lo ha reconocido el TC en una de sus más recientes sentencias (160/2007, de 2 de julio) en la que da amparo a una trabajadora ratificando la apreciación realizada por el tribunal de instancia que decretó la nulidad de una orden de traslado que la obligaba a trabajar bajo las órdenes de la persona a la que en su día denunció. Sobre la consideración de que resulta obvio «que las dificultades serán previsibles en un ambiente laboral semejante, al igual que los riesgos potenciales de perjuicio a la salud aparejados» (en este caso psicológica). El Alto Tribunal aprecia una conexión directa entre los hechos acaecidos y la salud lo cual permitirá a la trabajadora desviarse de la directriz empresarial tomada.

¹⁸⁶ Ya me he manifestado en el capítulo anterior contraria a la «teoría médica» y favorable a la tesis jurídica que entiende no exigible la producción de un daño psíquico catalogable clínicamente para poder considerar la concurrencia del acoso moral (me remito a lo señalado en la nota 86, Capítulo III).

¹⁸⁷ Parece descartar dicha posibilidad ROMERO RODENAS, M^aJ., *Protección...*, cit., p. 33, cuando indica que el trabajador «no puede sustraerse a las conductas de intimidación de que es objeto ya que no tiene la posibilidad de abandonar el centro de trabajo y además se ve obligado a retornar diariamente al mismo, lo que contribuye a aumentar la sensación de angustia e impotencia ante el trato a que se ve sometido». Conviene señalar, sin embargo, que el criterio técnico 34/2003, de la DGITSS, admite que en casos agravados y notorios de hostigamiento moral se puede colocar a la víctima de tales acciones deliberadas en situación de riesgo grave e inminente para su vida o salud. Igualmente, la Corte

Vuelven a salir a colación los rasgos distintivos del tipo que operan como condición para la aplicabilidad del derecho, los cuales adolecen de mayor indeterminación cuando lo que se ve afectada es la integridad moral y la incolumidad psíquica del trabajador. Resulta, por tanto, la conceptualización legal de dicha figura enteramente insatisfactoria en este ámbito. Valga no obstante en este momento reseñar que a la luz de todo lo expuesto este tipo de comportamientos ofensivos, humillantes o violentos que se ejercitan desde una posición de dominio deben ser considerados, en sí mismos, graves, pues afectan seriamente a valores esenciales del individuo¹⁸⁸. Y ello a sabiendas de que puedan existir procesos de acoso compuestos por una sucesión incesante de actos de agresión y prácticas empresariales de carácter despótico, carentes de lesividad cualificada si son considerados aisladamente en tanto que responden a decisiones aparentemente neutras que no vulneran, por sí solas, ningún derecho de la personalidad del trabajador. Pues bien, en estos casos, las mencionadas acciones deben ser consideradas en su conjunto y contextualizadas en el seno de dicho proceso para que quede puesto de manifiesto su entidad jurídica y el grado de sufrimiento que son capaces de provocar en la víctima¹⁸⁹.

Bajo tales circunstancias no es ni mucho menos desacertado pensar que no procede aquí, a efectos de determinar si se está o no ante la figura legal regulada en el art. 21. 2 LPRL, entrar a medir o cuantificar cuál es exactamente la intensidad de la potencial afectación de la salud que es susceptible de ocasionar la presión ejercida sobre el sujeto. En la valoración de tales extremos no sólo se ven implicadas cuestiones objetivas que encajan en la medición del daño, sino factores fundamentalmente de carácter subjetivo, ya que el eventual perjuicio causado en el estado psíquico o moral no necesariamente es valorado de la misma forma por todas las personas (depende, entre otras variables, de las percepciones y vivencias de de la víctima, su estado psicológico, la existencia de situaciones precedentes en las que se haya visto envuelta de la misma manera, etc.). Elementos como la autoestima o la voluntad del trabajador pueden ser atacados con la misma intensidad a través de una misma conducta empresarial dirigida a varios trabajadores y afectar de diferente manera e intensidad a cada uno de ellos. A

de Casación francesa ha puesto de manifiesto cómo «le harcèlement moral exercé par un employeur est susceptible de faire peser sur la santé du salarié un danger grave et imminent», en sentencia de 14 junio 2006 (núm. 04-43769).

¹⁸⁸ AGRA VIFORCOS, B., FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. y TASCÓN LÓPEZ, R., «El acoso moral en el trabajo (*mobbing*): análisis sobre la limitada respuesta jurídica a un antiguo problema de reciente estudio y futura solución legal», en *RTSS (CEF)*, núms. 233-234 (2002), p. 33, han considerado la aplicación del derecho *ex art. 21.2 LPRL* ante un comportamiento empresarial de hostigamiento en el trabajo. Sobre esto mismo precisan que «el *mobbing* produce, con certeza, daños sobre la persona del trabajador (estrés, depresión, desequilibrio), con lo cual queda acreditada la gravedad y la seguridad del daño». *Vid.* también NAVARRO NIETO, F., «Aspectos críticos...», *cit.*, p. 27.

¹⁸⁹ CORREA CARRASCO, M., «El concepto jurídico...», *cit.*, p. 57.

similar conclusión puede llegarse sometiendo a enjuiciamiento el segundo elemento constitutivo de la definición del mentado precepto. La inminencia, interpretándola de acuerdo al sentido más literal, parece no ser compatible con la propia noción de acoso moral pues en este caso se requiere una actividad lesiva recurrente y prolongada. Será por tanto, se ha afirmado con acierto, «tarea de la víctima determinar si ya ha llegado a esa situación límite (“no aguanto más”), por encima de la cual cabría entender que el daño derivado del acoso moral ya es inminente»¹⁹⁰.

Y es que lo importante aquí es conjugar una interpretación generosa de estos requisitos que esté a la altura de la protección que merece la salud en el entorno de trabajo. Se trata, nuevamente, de que la concepción de lo que ha de ser una infracción contractual cuando se desatienden mandatos concretos eventualmente peligrosos para la salud psíquica y moral del trabajador, no desconozca que los derechos de la persona aquí envueltos han de hacerse valer por encima de los intereses estratégicos o productivos de la empresa.

Planteada la cuestión en estos términos, hemos de concluir que de acuerdo a como se expresa la Ley, no es preciso que exista efectiva y objetivamente dicho acoso para que se estime legítima la actuación desobediente del trabajador si es que se acredita que éste tenía razonables motivos para pensar que estaba siendo víctima de dicha conducta por parte de su empleador o superiores. Basta con que concurra el «*mobbing* subjetivo» aunque la percepción psicológica de acoso que tiene el trabajador no sea fruto de la existencia real de un trato degradante y pudiera deberse, entre otras razones, al estado de intolerancia en el que se halla la «aparente víctima» respecto de las condiciones bajo las cuales se desarrolla el trabajo o al agravamiento de dolencias psíquicas como consecuencia del trabajo¹⁹¹. Por contra, el ejercicio del derecho de resistencia sería injustificado y, por tanto, sancionable, cuando el acoso se invoque con el censurable propósito de ocasionar un perjuicio al empleador, simplemente esconda una negación del poder patronal o el falso *mobbing* esté asociado a una creencia

¹⁹⁰ Así, AGRA VIFORCOS, B., FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. y TASCÓN LÓPEZ, R., «El acoso moral...», cit., p. 33 (nota 96).

¹⁹¹ Nuevamente, AGRA VIFORCOS, B., FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. y TASCÓN LÓPEZ, R., «El acoso moral...», cit., p. 33. En cambio, propone un sector de la doctrina, en aras de asegurar que no quepa consecuencia negativa para el trabajador que detiene la prestación de sus servicios aunque la sentencia posterior considere inexistente el acoso psicológico, la posibilidad de solicitar judicialmente la suspensión de la relación laboral como medida cautelar *ex arts. 726 y 727 LEC* o la ejecución provisional de la sentencia resolutoria que no haya alcanzado firmeza. De esta opinión son ARAMENDI SÁNCHEZ, P., «Acoso moral...», cit., pp. 389-391 y MELLA MÉNDEZ, L., «El acoso psicológico...», cit., p. 27. Sobre los inconvenientes aplicativos de tales medidas, GONZÁLEZ DE PATTO, R.M., «La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador casualizada en *mobbing*», en AA.VV. (Coord., Ruiz Pérez, E.), *Mujer y trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2003, pp. 172-173 y ROJAS RIVERO, G., «Algunos aspectos...», cit., pp. 20-22.

enteramente infundada o a una susceptibilidad extrema fuera de todo comportamiento razonable que le es exigible al trabajador.

C. Puntos de encuentro entre el derecho a rechazar la prestación y las cuestiones medioambientales

Ya se ha apuntado, siquiera brevemente, que a la hora de reconocer como lícito el ejercicio del derecho de interrupción y/o abandono del lugar de trabajo es indiferente la procedencia del riesgo caracterizado con las connotaciones de grave e inminente. De hecho la gran mayoría de estas situaciones en las que la seguridad y salud laboral se ven fuertemente amenazadas obedecen a la interacción de factores de diversa índole, sin que sea un elemento determinante que en este origen multicausal haya incidido una conducta empresarial incumplidora de los deberes jurídicos atribuidos al empleador (nótese que éste también responde frente al trabajador por los actos y decisiones del personal directivo sin que pueda escudarse en una delegación de funciones)¹⁹² o que haya mediado una irreprochable e impecable diligencia empresarial¹⁹³. La amenaza puede también ser el resultado de cualquier otra circunstancia ajena a las obligaciones que en relación con el entorno y organización del trabajo le atañen, siempre que, y este es el elemento concluyente, se ponga de manifiesto en el desarrollo de la prestación de servicios de la que se ocupa el trabajador.

Hay que dejar claro que pueden ser fuente generadora del riesgo elementos no relacionados propiamente con el desarrollo del proceso productivo y el contenido de la prestación, sino más exactamente con el entorno en el que ésta se desenvuelve¹⁹⁴. Poco importa por tanto la procedencia de los problemas del ambiente de trabajo generadores del riesgo (pudiendo derivarse de actividades originadas en el ámbito físico del centro y también de sucesos totalmente ajenos al control empresarial, tales como los derivados de fuerza mayor, distracciones o de la actividad de terceros cuya actuación sea causa relevante del riesgo) pues la razón de tal calificación no está en un origen netamente achacable a la conducta del acreedor contractual. Es posible, por ejemplo, que la

¹⁹² La delegación no altera la imputación de una infracción a la empresa ni las consecuencias derivadas de la misma. *Vid.*, al respecto, STSJ Galicia, 20 diciembre 1999 (AS/4171).

¹⁹³ Sentenciaba CARRERO DOMÍNGUEZ, C., *El régimen jurídico sancionador en prevención de riesgos laborales*, La Ley, Madrid, 2001, p. 229, que «la diligencia que se exige debe ser calificada como meticulosa, minuciosa, escrupulosa y exacta. Ello conlleva la necesaria, por obvia, afirmación que si el empresario no se cree capaz de llevarla a cabo deberá tomar aquellas medidas y elegir a las personas que la realicen por él».

¹⁹⁴ En este sentido, RODRÍGUEZ PIÑERO, M., «Trabajo...», cit., p. 111. Igualmente, *vid.* GARCÍA BLASCO, J. y GONZÁLEZ LABRADA, M., «El derecho del trabajador...», cit., p. 2275; LAI, M., «La nuova normativa sulla sicurezza del lavoro», en *Riv.It.Dir.Lav.*, vol. I (1995), p. 487 y RODRÍGUEZ RAMOS, M.J., «Salud laboral versus medio ambiente: por una política de prevención de riesgos laborales también en el medio externo», en AS, vol. V (2002), p. 1209.

situación de riesgo que soporta un trabajador tenga como punto de arranque, bien sea la impericia, la fatiga, las prisas o bien el exceso de confianza en el que eventualmente pudieran incurrir sus compañeros o, incluso, el propio trabajador, dada la seguridad que le genera la habitualidad con la que se realiza la actividad laboral; o que ni tan siquiera sea achacable a la ejecución del proceso de fabricación y producción de la empresa porque se deba, por ejemplo, a comportamientos violentos de los propios compañeros o a accidentes de procedencia externa causados por las labores desarrolladas en otros establecimientos colindantes o próximos, a fenómenos naturales de tipo hidrológico, meteorológico, geofísico o biológico y, también incluso, a sucesos relacionados con la seguridad ciudadana¹⁹⁵ o con desórdenes en la vía pública que pongan en riesgo la integridad de quienes se encuentran en ese momento prestando un servicio asalariado¹⁹⁶. En conclusión, que los efectos del riesgo, aunque éste provenga del exterior del centro de trabajo, se revelen en el interior de la empresa constituye el elemento definitivo que opera en la calificación.

Todo el hilo discursivo, a los efectos que aquí nos interesan, deja entrever las incuestionables interferencias y superposiciones que se sustancian entre medio ambiente de trabajo interno y externo, no en vano el TS ya calificó al medio natural como el

¹⁹⁵ Así lo entendió la STSJ C. Valenciana, 23 junio 2000 (JUR 2001/2206), al declarar injustificado el despido de tres trabajadoras empleadas como limpiadoras en un colegio. Éstas se habían negado a trabajar separadamente, distantes las unas de las otras, mientras que la empresa les había requerido en varias ocasiones que se mantuvieran cada una en su puesto de trabajo. Entiende el Tribunal 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 y ser utilizado el patio del colegio para tales fines, sin que exista un conserje o medidas de seguridad». A la vista de los hechos, no cabría deducir «la existencia de un acto de indisciplina o contrario al buen desempeño de sus obligaciones laborales, sino un mecanismo de defensa frente a agresiones de terceros». A mayor abundamiento, *vid.* SALVAGNI, M., «Il datore di lavoro ha sempre l'obbligo di tutelare l'integrità psico-psichica dei dipendenti contro il rischio di aggressioni criminose di terzi», en *Riv.Giur.Lav.*, núm. 4 (2008), pp. 938-945.

¹⁹⁶ De gran interés es también el supuesto presentado ante la Corte de Casación francesa en relación a unos hechos acaecidos en Versalles el 29 de mayo de 2001. Tras continuados ataques a conductores de una línea de autobuses urbanos, éstos deciden inmediatamente cesar su trabajo. La inseguridad no se debe aquí a una dejación por parte del empleador de sus obligaciones sino, más exactamente, al incumplimiento de los deberes que pesan sobre la Administración y que tienen que ver con la misión a ésta encomendada de garantizar la seguridad pública. En este caso, los trabajadores demandan a la empresa que se negó a pagarles el salario de uno de los días en los cuales la actividad laboral permaneció, por estas razones, suspendida. Pretensión que no es amparada, sin embargo, por el Alto Tribunal, el cual no entra a valorar el fondo del asunto, (las posibilidades de ejercicio en tales casos del *droit de retrait*, la duración de éste, o ni siquiera si el empresario desatiende sus obligaciones preventivas cuando persiste en la explotación de un servicio en unas condiciones de manifiesta inseguridad) al haber entendido que los empleados no tenían un motivo razonable para ejercer su derecho a retirarse de una situación grave e inminente (23 abril 2003, núms. 01-44.806, 01-44.809, 01-44.915 y 01-44.921). SAVATIER, al comentar dicha sentencia, añade: «Le recours à cette cause d'exonération des obligations contractuelles ne doit pas depender de l'imputabilité à l'employeur du risque, pour la vie ou la santé du salarié, que ferait courir la poursuite du travail. On peut donc admettre que les salariés puissent opposer à leur employeur une cause d'insécurité du travail qui ne trouve pas sa source dans l'organisation interne de l'entreprise, mais dans des risques liés à la dégradation d'un climat social dont les pouvoirs publics ont la charge d'assurer le caractère paisible», («Le retrait...», cit., p. 806).

«supersistema de integra los demás» (STS 26 diciembre 1989, RJ/9649)¹⁹⁷. Del medio exterior que envuelve a la empresa pueden provenir riesgos que afectan a la seguridad de la población y, por supuesto, también a la de los ciudadanos en su condición de trabajadores, siendo evidentes las importantes conexiones entabladas entre el art. 45.1 CE y las cuestiones relativas a la prevención de riesgos que aquí ocupan. Mientras que, en sentido inverso, la promoción y mejora del medio ambiente-naturaleza no sólo comportará un evidente reflejo positivo en las condiciones de vida de los ciudadanos, sino también en las condiciones laborales del personal productivo¹⁹⁸. En tanto, los materiales y procedimientos empleados por la empresa (piénsese en el manejo laboral de sustancias peligrosas como explosivos, sustancias inflamables, corrosivas, sensibilizantes, carcinógenas o mutagénicas), así como los fallos en los sistemas de protección del medio ambiente interno, o de fábrica, pueden ser origen de potenciales efectos nocivos para la integridad o salud de los trabajadores e, igualmente, de la población en general cuando los efectos del sistema de producción sobrepasan la esfera empresarial y llegan a acarrear importantes daños en el medio natural (tanto de incidencia territorial –contaminación del aire, el agua y el suelo, acumulación de residuos, desaparición de especies vegetales y animales, deforestación, ocupación del

¹⁹⁷ Ejemplos paradigmáticos en la doctrina española de esta visión «ambientalista» omnicomprendiva, RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «Medio ambiente...», cit., pp. 12-13, quien sostiene: «es artificial la distinción entre los aspectos del medio ambiente interiores y exteriores a la empresa. La tutela del medio ambiente sólo podrá conseguirse desde una perspectiva integrada que contemple la acción de las organizaciones productivas, no sólo en sus efectos externos, sino también en sus efectos internos. La empresa debe respetar el medio ambiente externo que le rodea, no deteriorándolo, pero también debe proteger el medio ambiente interno, el ambiente de trabajo. De ahí la necesaria conexión que tiene raíces históricas, entre la protección de la seguridad y la salud laboral y la prevención de los riesgos laborales, con la disciplina medio ambiental» (anteriormente en «Trabajo...», cit. p. 105). Opinión coincidente en MARTÍN HERNÁNDEZ, M^a. L. y SASTRE IBARRECHE, R., «Un nuevo espacio para la acción sindical: la defensa del medio ambiente», en *RDS*, núm. 16, (2001), pp. 60, 73-76 y RIVAS VALLEJO, M^a P., «La protección del medio ambiente en el marco de las relaciones laborales», en *TS*, núm. 103 (1999), p. 11.

¹⁹⁸ DOLZ LAGO, M.J., «Aproximación a la dimensión laboral de la protección del medio ambiente en Europa», en *Diario La Ley*, vol. I (1993), p. 1054. Trayendo consigo, igualmente, importantes beneficios para el tejido empresarial. Sin entrar a valorar las conocidas tensiones entre medio ambiente, protección de los recursos y desarrollo económico (JORDANO FRAGA, J., *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Bosch, Barcelona, 1995, pp. 109-119), se hace ineludible reconocer los visibles resultados en la eficiencia y rentabilidad de la empresa que comporta la imbricación entre progreso y mantenimiento de la salubridad del medio ambiente, en primer lugar por una cuestión de pura lógica (la producción empresarial se nutre de los recursos naturales y el agotamiento de los mismos pone en ostensible peligro no sólo el crecimiento económico, sino la propia subsistencia). En segundo orden, porque las políticas empresariales sensibles a las preocupaciones medioambientales mejoran la imagen de la organización empresarial en cuestión y le comportan ventajas competitivas respecto de otras empresas. Al hilo de lo indicado, no podemos sino estar de acuerdo con la reflexión del citado autor, cuando repara en que «si desde el punto de vista valorativo es preferible que la razón de la protección del medio ambiente descansa sobre los valores intrínsecos a éste, desde un punto de vista pragmático el éxito de la labor será o dependerá en buena medida del interés económico o la rentabilidad de la misma. Por eso, la solución de los problemas ambientales se encuentra hoy más cercana desde el momento en que los Estados y la comunidad internacional han caído en la cuenta de que defender nuestro medio ambiente no sólo es algo ético o estéticamente respetable o aconsejable, sino que es una inversión ineludible (...). Sea o no el mero interés económico el que justifique la utilización racional de los recursos naturales, el propio interés de la sociedad es la mejor garantía del resultado» (p. 147).

suelo o destrucción del paisaje— como de incidencia global —cambio climático, destrucción de la capa de ozono y pérdida de biodiversidad—). Sirvan de ejemplo los graves efectos sobre el medio extralaboral que por razón de su actividad pueden llegar a producir las industrias dedicadas al tratamiento y manejo de residuos, a la depuración de aguas, las centrales nucleares, las industrias químicas, así como las actividades que emplean productos químicos como la industria del metal, automóvil, limpieza, farmacéutica, construcción, textil, agricultura, etc.

Dicho esto, el punto de partida no va a ser tan genérico y en este espacio únicamente procede analizar una de las variadas perspectivas que admite el tratamiento de la protección del medio ambiente —en sentido lato— y los derechos de los trabajadores. En concreto, me dispongo a realizar una serie de consideraciones que encajan en lo que vendría a ser un estudio bidireccional de la materia. Dedicaré, pues, estas páginas a analizar: a) En primer lugar, las posibilidades de rechazar el cumplimiento de la prestación habitual cuando lo que está en juego es la protección del medio ambiente en sentido general o amplio; b) Y, en segundo, el impacto seriamente perjudicial que el conjunto de condiciones presentes en el espacio natural pudiera tener sobre la seguridad y salud en el trabajo y el ejercicio al efecto de la prerrogativa jurídica del 21.2 LPRL. Siendo consistentes, se sobreentiende, que detrás de dicho riesgo estará, en no pocas ocasiones, la acción del hombre y, mayoritariamente, la del tejido industrial. Y es que es éste un camino de ida y vuelta, en el que la acción de la empresa, de una u otra forma, deteriora y contamina el suelo, el aire, ríos y mares, la flora y fauna silvestre, tanto en su funcionamiento ordinario (debido al consumo energético y de agua, emisiones, residuos, o la liberación de sustancias tóxicas provenientes del proceso productivo) como en el clandestino (a través de vertidos ilegales a los medios acuáticos naturales, por ejemplo), factores que inducen al amenazante cambio climático que trastoca profundamente los ciclos térmicos, climatológicos y está en el origen de muchos de los fenómenos violentos que se suceden últimamente, los cuales constituyen un riesgo para la seguridad de todos, también de los trabajadores¹⁹⁹.

¹⁹⁹ En relación a qué se debe entender por medio ambiente y cuál es el contenido del art. 45 CE se han originado numerosos debates entre la doctrina de las distintas disciplinas. El propio TC en sentencia 102/1995, de 26 de junio, adoptó una posición eminentemente amplia que conjuga los elementos naturales y humanos con valores históricos, culturales y artísticos. Realizando una descomposición factorial analítica, el medio ambiente comprende, señala el Tribunal, «una serie de agentes geológicos, climáticos, químicos, biológicos y sociales que rodean a los seres vivos y actúan sobre ellos para bien o para mal, condicionando su existencia, su identidad, su desarrollo y más de una vez su extinción, desaparición o consunción» (Fj. 4º. *Vid.* asimismo el Fj. 6º). Una concepción más estricta mantiene MARTÍN MATEO, R., *Derecho ambiental*, IEAL, Madrid, 1977, pp. 75-79. Un repaso de las diferentes teorías, en España y en el contexto internacional, en JORDANO FRAGA, J., *La protección...*, cit., pp. 56-74, autor que, por otra parte, defiende una posición intermedia. Dicho esto, por lo que aquí importa, es evidente que el medio ambiente al que nos estamos refiriendo, aquél que es capaz de poner en serio riesgo la salud del trabajador, integra únicamente los elementos naturales o físicos que contribuyen a la consecución de un equilibrio ecológico.

a) Aunque técnicamente la norma reduce el ejercicio del *ius resistantiae* a los supuestos en los que los trabajadores, por razón de su trabajo, se vean en un grave peligro para su vida o salud, conforme al sentir cada vez más firme y arraigado en la conciencia de nuestra sociedad (orientado a la defensa de los valores medioambientales como «interés público protegible»²⁰⁰) resultaría adecuado defender que el trabajador está autorizado a interrumpir la prestación si advierte que su actividad probablemente entrañará un riesgo inmediato y especialmente incisivo en el entorno natural. Y ello pese a que la contaminación o degradación ecológica no llegara a incidir directamente, y en un primer momento, en la salud del personal salariado. No caben, como acertadamente se ha sostenido, «separaciones estrictas entre el medio ambiente sin más y el ambiente de trabajo, cuya protección es un premisa necesaria para prevenir y proteger la salud y la seguridad de los trabajadores»²⁰¹. Pues, en definitiva, el daño medioambiental, de llegar a producirse efectivamente, tarde o temprano, dejará sentir sus efectos sobre la salud de ese trabajador o trabajadores y, en fin, de la población en general dado que la salubridad del medio ambiente (*lato sensu*) es un elemento determinante de la calidad de vida de todos.

Aun siendo cierto, por otra parte, que la técnica legislativa empleada en la LPRL, desde una perspectiva tremendamente reduccionista, ciñó su preocupación exclusivamente al riesgo empresarial, es criticable una postura hermenéutica rígida y cerrada que atienda a la dimensión interna e ignore toda suerte de tratamiento conjunto de realidades que prosiguen distintos recorridos (el riesgo puramente laboral y el riesgo ecológico) pero que son susceptibles de desencadenar al fin graves problemas en la salud del trabajador en cuanto agente productor pero también, y especialmente, en cuanto ciudadano y consumidor²⁰². Lo cierto es que las situaciones de riesgo grave e

²⁰⁰ Vid. ÁLVAREZ MONTERO, A., *El delegado...*, cit., pp. 291-292.

²⁰¹ RODRÍGUEZ PIÑERO, M., «Trabajo...», cit. p. 112.

²⁰² A diferencia de lo que sucede en la LPRL, otros textos normativos sí contemplan expresamente entre sus objetivos la evitación de consecuencias notablemente perjudiciales para el medio ambiente comenzando, así, a tomar cuerpo la superación de la fractura abierta entre la seguridad laboral y la ambiental. Este es el caso del art. 5 RD 1254/1999, 16 de julio, por el que se aprueban medidas de control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas, donde precisamente el accidente grave es definido como «cualquier suceso (...) que sea consecuencia de un proceso no controlado durante el funcionamiento de cualquier establecimiento al que sea de aplicación el presente Real Decreto, que suponga una situación de grave riesgo, inmediato o diferido, para las personas, los bienes y el medio ambiente (...) y en el que estén implicadas una o varias sustancias peligrosas» (art. 3). Asimismo, abundan en una provechosa superposición de los riesgos, el RD 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo (art. 1.4); RD 665/1997, de 12 de mayo, riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo (art. 5.4); RD 374/2001, de 6 de abril, riesgos relacionados con los agentes químicos durante el trabajo (art. 2.5); RD 783/2001, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre protección sanitaria contra radiaciones ionizantes (Título V) o el RD 396/2006, de 31 de marzo, que establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud aplicables a los trabajos con riesgo de exposición al amianto (art. 6, b).

inminente confluyen significativamente con las cuestiones medioambientales, de modo que las medidas que se adopten para proteger la seguridad y salud de los trabajadores pueden también ayudar a tutelar el medio ambiente. Téngase en cuenta que la suspensión por el asalariado o asalariados de las tareas controvertidas o, si así lo decidieran sus representantes, la paralización general de la producción (art. 21.3 LPRL), disminuirá las posibilidades de actualización del riesgo (piénsese en el riesgo de explosión de la fábrica, o de expulsión de residuos tóxicos).

No es, sin embargo, la LPRL la única norma que debe atenderse en caso de que concurra un riesgo grave e inminente y el bien inmediatamente perturbado sea el medio extralaboral. El art. 17.1 LRM (26/2007, de 23 de octubre), prevé que «ante una amenaza inminente de daños medioambientales originada por cualquier actividad económica o profesional» el operador de dicha actividad tiene el deber de informar a la autoridad competente y de «adoptar sin demora y sin necesidad de advertencia, de requerimiento o de acto administrativo previo las medidas preventivas apropiadas». Hay que entender, por tanto, que es obligación del empresario el decretar el cese de las actividades productivas cuando fuera necesario para evitar el deterioro grave e inminente del medio exterior. Asimismo, el art. 18 recoge la facultad de la autoridad competente, en caso de amenaza inminente de producción de un daño medioambiental, para exigir al empresario que «adopte inmediatamente las medidas encaminadas a prevenir y a evitar tales daños y requerir su cumplimiento». Más clara se muestra la LCAPA (34/2007, de 15 noviembre) cuando contempla en su art. 35 la posibilidad de que el órgano competente en materia de medioambiente (en su ámbito respectivo, de la CCAA o de las entidades locales), «en los supuestos de amenaza inminente de daño o para evitar nuevos daños» para la salud humana o el medio ambiente en un futuro próximo, pudiera acordar entre otras medidas preventivas, la «clausura temporal, parcial o total de las instalaciones» y la «suspensión temporal de la autorización para el ejercicio de la actividad»²⁰³.

b) No puede perderse de vista que situaciones de riesgo grave e inminente pueden originarse más allá del espacio físico del centro de trabajo y, por lo que aquí importa, proceder del entorno natural. La cuestión que se nos plantea aquí pasa por esclarecer si frente a tales riesgos tiene derecho el trabajador a acudir al mecanismo de autotutela que aquí se estudia, en defensa de su vida, integridad y salud, siendo cierto que la normativa de seguridad y salud en el trabajo se construye, propiamente, con

²⁰³ Entre las normas reglamentarias de prevención, cabe destacar el art. 68 RD 783/2001, de 6 de julio, antes citado, donde se establece que «los Inspectores del Consejo de Seguridad Nuclear quedan facultados para requerir la suspensión inmediata de las prácticas que, realizándose sin observar las disposiciones de este Reglamento, impliquen, a su juicio, manifiesto peligro para las personas o el medio ambiente».

objeto de proteger al trabajador frente a los «riesgos laborales» que le pueden acechar precisamente por su condición de trabajador sujeto al poder de dirección del hacedor contractual.

Existen trabajos que por la propia función económica y social que desempeñan se ven sometidos a riesgos extralaborales en mayor medida que el resto. Así por ejemplo actividades desarrolladas al aire libre o con contacto directo e inmediato con el espacio natural (retenes y bomberos que apagan fuegos, labores en los buques de pesca, obreros de la construcción afectados por condiciones climatológicas violentas, así como agricultores, etc)²⁰⁴. Los factores de riesgo de origen medioambiental a los que se ven expuestos estos colectivos no pueden sortearse en tanto no existen medidas para ello con los conocimientos, niveles de la técnica y prácticas actuales, o bien porque situar a estos trabajadores al margen de los mismos desnaturalizaría profundamente la labor para la que han sido contratados. Este riesgo irremediable y en cierta medida, permitido, deberá ser, no obstante, identificado, evaluado y sometido a los mecanismos de control oportunos para que al menos, en la medida que sea posible, venga reducido a su mínima expresión. Mientras que hay riesgos medioambientales que no están relacionados con la actividad desempeñada sino con la ubicación del centro de trabajo, el itinerario recorrido o el lugar donde realiza los servicios el trabajador (cuando esté instalada la fábrica, por ejemplo, en una zona altamente contaminada, construido el centro alterando el curso natural de un río pudiendo verse anegada la zona ante grandes crecidas, en lugares de alta actividad sísmica o en zonas proclives a inundaciones y grandes aguaceros). Estoy plenamente de acuerdo, en estos casos, con que «la decisión de emplazamiento del establecimiento es un acto de elección de su titular, lo que le obliga a responsabilizarse de su situación y adoptar las medidas oportunas para contrarrestar las consecuencias derivadas de los factores de riesgo de origen ajeno cuya actualización en un accidente podría afectar a su lugar de trabajo»²⁰⁵.

De ahí la importancia de apostar por una política de prevención de riesgos también en el medio externo que pueda mejorar la salud de todos, los ciudadanos de hoy y los del mañana, y también, como no, la de aquellos trabajadores que por razón de su profesión estén más directamente en contacto con tales riesgos²⁰⁶. Promover un medio

²⁰⁴ En Francia, sobre el *droit de retrait* ejercido por causa de una perturbación atmosférica, *vid.* las sentencias de Corte de Casación, 26 septiembre 1990, núm. 88-41.375 (sobre un grupo de trabajadores, obreros de la construcción, que rehusaron mantenerse en sus puestos sometidos a fuertes vientos y lluvia torrencial), y la de 25 mayo 2004, núm. 02-41195.

²⁰⁵ En palabras de BLASCO MAYOR, A., «El deber de autoprotección del empresario en situaciones de emergencia», en *Prevención, trabajo y salud: Revista del INSHT*, núm. 11 (2001), pp. 7-8.

²⁰⁶ Dejó sentado el TC en sentencia 64/1982, de 4 de noviembre, que la explotación al máximo de los recursos naturales y el aumento incontrolado de la producción no constituye un objetivo primordial y excluyente. Es preciso coordinar desarrollo económico y medio ambiente, de modo que se tienda a

ambiente salubre constituye un valor de rango constitucional²⁰⁷ y, consecuentemente, ésta es una labor que implica a los poderes públicos, debiendo éstos proporcionar el marco general en el que puedan desarrollarse las distintas acciones preventivas²⁰⁸. Pero también exige una responsabilidad compartida de los distintos agentes sociales y colectivos en todos los órdenes y ámbitos de actuación, de los propios trabajadores y ciudadanos en general siendo vital, además, la participación institucional de sindicatos y organizaciones ecologistas en apoyo de las políticas preventivas²⁰⁹.

Ya se dijo, sin embargo, que la LPRL rehúye toda mención a la condición del empresario como deudor de seguridad medioambiental. La misma habrá que buscarla en el llamado «derecho del medio ambiente», lo cual conduce a la definición de estructuras, prácticas o recursos de forma independiente y a una diversificación tuitiva (que no debería suponer una minoración en la protección que ambos merecen, el medio externo y el interno). Ahora bien, conviene anotar de inmediato que dicha percepción cismática entre el sistema preventivo laboral y el ambiental ha de ser considerada una mera abstracción teórica de la que no cabe extraer conclusiones prácticas directamente trasladables a la realidad en la que se desenvuelve la prestación de servicios asalariada.

Lo que aquí interesa subrayar es que los factores medioambientales son uno más de todo aquello que rodea al trabajador y de las condiciones bajo las que desempeña su labor. Por esta razón entiendo que hace falta una política prevencionista más abierta y

compaginar «la “utilización racional” de esos recursos con la protección de la naturaleza, todo ello para el mejor desarrollo de la persona y para asegurar una mejor calidad de la vida».

²⁰⁷ STS 29 septiembre 2001 (RJ/8515)

²⁰⁸ El art. 3.3 TUE (en versión consolidada, DOCE C 115, 9 de mayo de 2008), anuncia que es misión de la Unión promover el «el desarrollo sostenible de Europa» basado en un «crecimiento económico equilibrado» y «en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente». Asimismo, entre los principios informadores que han de inspirar la acción de la Unión, el art. 21, *f* habla de «contribuir a elaborar medidas internacionales de protección y mejora de la calidad del medio ambiente y de la gestión sostenible de los recursos naturales mundiales». Por su parte, el art. 191.1 y 2 del Tratado de Funcionamiento de la UE, establece entre las metas y objetivos que se fija la Unión en este ámbito «la conservación, la protección y la mejora de la calidad del medio ambiente; la protección de la salud de las personas; la utilización prudente y racional de los recursos naturales y el fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente y en particular a luchar contra el cambio climático». Los principios que regirán la política europea en materia de medio ambiente serán los de cautela y de acción preventiva (sin lugar a dudas un principio clave en materia medioambiental), de corrección de los atentados al medio ambiente (preferentemente en el origen), y el principio de quien contamina paga. En relación a este último, se debe señalar que el protagonismo del mismo ya se dejaba entrever en la reunión de 26 de mayo de 1972, donde el Consejo de la OCDE lo incluye entre los principios rectores de la política ambiental en la perspectiva internacional y en la Recomendación 75/436/ EURATOM,CECA,CEE de 3 de marzo de 1974 relativa a la imputación de costes y a la intervención de los poderes públicos en materia de medio ambiente (DOCE L 194, 25 de julio de 1975). En la actualidad aparece contemplado en el VI Programa de acción comunitario en materia de medio a ambiente [COM (2001) 31 final], en distintas directivas ambientales comunitarias y también presente en el art. 1 LRM.

²⁰⁹ *Vid.* MARTÍN HERNÁNDEZ, M^a. L. y SASTRE IBARRECHE, R., «Un nuevo espacio...», cit., pp. 76-78.

flexible, que dé cabida a otros condicionamientos no ceñidos únicamente al ámbito laboral²¹⁰ y aproveche las ventajas que puede comportar la consideración conjunta de los aspectos comunes (traducible en un aumento de la eficacia, optimización de recursos o simplificación de operaciones y procesos de actuación). No sólo es deseable, sino que resulta del todo ineludible que el enfoque desde el que tratar los problemas de la seguridad y salud laboral se complemente con las cuestiones relativas a la seguridad medioambiental, quedando así integrados valores ecológicos «puros»²¹¹ en el sistema regulador de la seguridad e higiene en el trabajo²¹². Piénsese, además, que tanto el Derecho Comunitario como nuestra Constitución ofrecen un firme sustento normativo para una gestión integral de la política empresarial de prevención de riesgos y la política medioambiental²¹³. Precisamente, la manifiesta orfandad legal en cuanto al tratamiento especializado de la información sobre los riesgos ambientales se ha visto en los últimos años tímidamente paliada tras la modificación del art. 64.2 ET, a raíz de la aprobación

²¹⁰ Apela el art. 6 del TCE (versión consolidada, DOCE C321E, 29 de diciembre de 2006), a la exigencia de que la protección del medio ambiente se integre en la definición y realización del conjunto de políticas y acciones de la Comunidad.

²¹¹ Expresión empleada por RODRÍGUEZ PIÑERO, M., «Trabajo...», cit.

²¹² Lo cierto es que progresivamente los contenidos medioambientales han ido alcanzando una proyección más extensa no sólo en las políticas públicas, sino también en la actuación empresarial y en la incorporación de tales materias como objeto de acción sindical. Los logros son aún reducidos, si bien no cabe pasar por alto la significativa labor que se está llevando a cabo a través de acuerdos sectoriales y convenios colectivos para resquebrajar las barreras que pudieran alzarse entre el derecho social en general y el derecho ambiental. Poco a poco va aumentando el número de convenios, de sector o de empresa, que otorgan un tratamiento sistemático al tema del medio ambiente y recogen cierta regulación transversal de estas cuestiones y aquéllas relativas a la salud laboral. Pionera fue la industria ocupada en ciertas actividades enormemente contaminantes, sectores claves y estratégicos, al introducir en la política empresarial una novedosa e interesante concepción de la cultura ambiental como algo no ajeno a la empresa y que debe ser objeto de protección junto a la seguridad y salud de los miembros de la plantilla. Ahora bien, la correcta dirección emprendida en los últimos años no obsta para que se deba destacar que no siempre las previsiones normativas responden a un compromiso firme de mejora continuada del comportamiento ambiental de la empresa y de defensa de dichos valores. Ejemplos hay, sin duda, de convenios que se limitan a una mera plasmación formal y retórica de los objetivos que sobre esta materia se pretenden acometer sin que pongan en marcha de forma efectiva tales fines [vid. SASTRE IBARRECHE, «La progresiva aceptación del medio ambiente como objeto del convenio colectivo», en *TS*, núm. 175 (2005), p. 17]. Por contra, son destacables las experiencias convencionales en torno a la participación de los trabajadores en materia ambiental. Sabedores de que el principio de participación es el principal garante de la efectividad de la actividad preventiva e impulsor de mayores niveles de protección de la seguridad y salud en el trabajo, cada vez son más numerosas las normas pactadas que acogiéndose a la posibilidad que brinda la norma, amplían las funciones y competencias de los representantes específicos en materia de prevención de riesgos laborales al otorgarles también competencias en medio ambiente [entre otros, Anexo II del III CC. Corcho (BOE 7 febrero 2008); art. 72 IV CC. Cemento (BOE 18 octubre 2007); art. 30 CC. Tejas y ladrillos (BOE 15 agosto 2007) y art. 106 III CC. Madera (BOE 7 diciembre 2007). Igualmente, art. 27 CC. Limpieza de locales y edificios (BO Teruel, 12 mayo 2008) y art. 72 CC. Plásticos (BO Valencia, 19 julio 2007)]. Otras veces, en cambio, se apuesta por la creación de una nueva figura de participación *ad hoc* en el seno de la empresa a través de la cual se encauce la preocupación medioambiental en el mundo de las relaciones laborales. Opción permitida por el art. 35.4 LPRL pero desligada, y esta resulta en mi opinión la principal objeción, de la perspectiva preventivista (frente a los riesgos profesionales) elevando así barreras a la integración de los dos ámbitos. Como ejemplo paradigmático, art. 67 XV CC. Industria química (BOE 29 agosto 2007).

²¹³ Así, MOLINA NAVARRETE «Medio ambiente y prevención de riesgos laborales: fundamentos jurídicos del deber de corresponsabilidad de los interlocutores sociales en la gestión de los riesgos ecológicos», en *Unión*, núm. 210 (2004), p. 19.

de la Ley 38/2007, que introduce el derecho del comité de empresa a ser informado con periodicidad trimestral sobre la evolución «reciente y probable» de las actividades empresariales «incluidas las actuaciones medioambientales que tengan repercusión directa en el empleo» (letra *b*). Esta mención expresa al medio ambiente externo se añade a la alusión más restrictiva del medio ambiente laboral que seguirá siendo, junto a los índices de siniestralidad y los mecanismos de prevención que se utilicen en la empresa, objeto de la debida información al comité de acuerdo a lo previsto en la letra *d* del citado precepto. Mayores carencias normativas se vislumbran, sin embargo, en torno al acceso y perfeccionamiento de la formación para la protección medioambiental de los dirigentes de las empresas y trabajadores siendo, como es, fundamental la colaboración mutua para poner en práctica las estrategias de prevención²¹⁴.

Para terminar, no queda sino dejar constancia de que lo que procede es una visión holística y unitaria del riesgo cuya concurrencia autorice al empleado a interrumpir el servicio pactado, al margen de su origen, pues el acento se debe poner, en todo caso, en la seguridad del trabajador

²¹⁴ La LPRL se centra en los derechos de formación concernientes a los problemas de seguridad y salud en el ambiente interno dejando silenciada cualquier referencia al medio que excede del entorno del trabajo. Lo cual, sobra decir, deja pocas esperanzas a la prevención eficiente de los riesgos ecológicos dimanantes de las actividades productivas de las empresas (una crítica del planteamiento disgregador seguido por la LPRL en RODRÍGUEZ PIÑERO, M., «Trabajo...», cit., pp. 108-109). Se hace necesario, en consecuencia, la difusión de información acerca de los variables problemas de carácter medioambiental, que la misma esté al alcance de los trabajadores y no sólo de sus representantes, y concebir la formación ecológica como parte integrante de la formación obligatoria a cargo de la empresa. De nuevo hay que hablar del apremiante desarrollo de una política y conciencia ecológica a nivel de empresa en la que confluya la intervención sindical [*In extenso*, SASTRE IBARRECHE, R., «¿Hacia una conciencia medioambiental en el sindicalismo europeo?», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 240 (2005), pp. 107-118], así como la de las propias organizaciones empresariales (se han asumido importantes compromisos en el campo de la responsabilidad social corporativa), que sea capaz de ofrecer una formación ecológica continua (integrada dentro de los planes de formación de la empresa) y de arbitrar puntos de confluencia entre la formación en seguridad y la formación medioambiental. Con todo, la atención dedicada a este tema continúa siendo insuficiente y aún son hoy pocos los convenios que reconocen el derecho a recibir formación medioambiental. Destacan, en la línea apuntada, el art. 30 IV CC. Tejas y ladrillos; art. 72 IV CC. Cemento; art. 106 III CC. Madera y el II Anexo del III CC. Corcho, donde se acuerda la creación de «programas de formación específica para estas materias que permitan un mejor conocimiento de los problemas medioambientales». Con especial detalle aparecen reflejadas estas cuestiones en los arts. 36 y 37 II CC. Cable de fibra óptica (BOE, 23 septiembre 2004), donde se proyecta la realización y difusión a los trabajadores de un «manual de buenas prácticas ambientales», el derecho a recibir formación en materia de medio ambiente «tanto en aspectos genéricos de sensibilización, como en temas específicos de carácter técnico y normativo» y la inclusión de la misma en los planes formativos de la empresa (formación que tendrá lugar «en la misma empresa y dentro del horario de trabajo»). Asimismo, no puede dejar de mencionarse el art. 67 XV CC. Industria química, al prever que los aspectos medioambientales se integren en los programas de formación que se dirigirán tanto a los delegados de medio ambiente, como a los delegados de prevención y demás trabajadores. De forma semejante, art. 44 CC. Oficinas y despachos (DO C. Valenciana, 8 junio 2001); art. 29 CC. Regantes (BO Castellón, 1 enero 2008) y art. 29 CC. Alimentación (BO Navarra, 4 abril 2008). Entre los convenios de ámbito empresarial, art. 207 del XVIII CC. Iberia (BOE 22 agosto 2008). Con mayor detenimiento, sobre estas cuestiones, el estudio de SASTRE IBARRECHE, «La progresiva...», cit., pp. 7-19.

5.2. Delimitación de los contenidos sustantivos del derecho

5.2.1. Disección de la actuación exigible al empresario

Como se viene insistiendo, el empleador ha de contar con los instrumentos oportunos para hacerse cargo de su responsabilidad en materia de seguridad y salud y exigir el cabal cumplimiento en la empresa de las disposiciones legales de prevención de riesgos. Tales coordenadas han pasado, por imperativo normativo, a formar parte la esfera obligacional del empresario. Asimismo, tal y como resuena en la EM de la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de lo que se trata es de conquistar mayores cotas de integración de la cultura preventiva en la empresa (en todos los niveles jerárquicos de la misma), para lo cual será preciso apostar por la verdadera eficiencia en materia de seguridad y salud laboral²¹⁵, sin que basten los «cumplimientos meramente formales» de la normativa. La consecución de tales objetivos pasa ineludiblemente por articular un seguimiento y control continuo de la actividad preventiva que se lleva a cabo en la empresa –el cual permita recortar, en la medida de lo posible, los supuestos de riesgos graves e inminentes– y, muy especialmente, por poner los medios que eviten los conflictos que puedan tener origen en discrepancias entre empresario y trabajadores en relación a la calificación del riesgo y las medidas a desplegar frente al mismo. Sólo de este modo se estará actuando de modo eficiente y enérgico para combatir la siniestralidad laboral y prevenir daños indeseados en la salud y bienestar de los trabajadores²¹⁶.

Por lo demás, una identificación certera y rematada del contenido del derecho que se estudia en esta sede impide que se descuide la vía de determinación negativa del mismo: el empresario soporta un deber *ex lege*, incorporado al contenido del contrato, que se encamina a proteger al trabajador ante situaciones de riesgo grave e inminente para, en última instancia, garantizar el derecho del trabajador a la seguridad y salud en el trabajo. Por ello, se trata ahora de reseñar las obligaciones que afectan al empresario en tales situaciones. Pues bien, en esta línea conviene mencionar que con carácter previo a la detección de un foco de riesgo, el empleador debe establecer un sistema eficiente que permita la comunicación entre los trabajadores y la cadena jerárquica de mandos a fin de que puedan adoptarse con rapidez las medidas necesarias para hacer frente a estas situaciones. Sin llegar a abundar, por evidente, en la trascendencia de

²¹⁵ STSJ Galicia, Contencioso Administrativo, 26 mayo 2000 (JUR/239667): «la seguridad integrada presupone una política de localización de riesgos, una actividad de prevención y una actividad de protección que ha de ser gestionada por alguien de la empresa que, en calidad de técnico y líder en la materia de seguridad, procure no sólo planificar sino implementar dicha política».

²¹⁶ Muy acertadas resultan las reflexiones de GARCÍA NINET, J.I., «Avance sobre la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales (BOE 13-12-2003). Una primera lectura de urgencia», en *TS*, núm. 157 (2004), pp. 9-10.

dicha medida cautelar, y siguiendo el orden expositivo que adopta el art. 21 LPRL, se debe abordar la dinámica o comportamiento debido por el empresario cuando los trabajadores pudieran verse expuestos a una situación singularmente arriesgada. La propia Ley concreta las medidas que el empresario está obligado a adoptar y el procedimiento que debe seguirse en tales supuestos a fin de desactivar el riesgo y, como es lógico, todo ello en función del deber de garante del deber de seguridad y la situación de sujeción en la que se encuentra el sujeto empresarial respecto de la otra parte de la relación jurídico-privada.

Primeramente, debe poner su mayor empeño en suministrar a los trabajadores (y a sus representantes, si bien la norma guarda silencio al respecto)²¹⁷, lo antes posible y con la máxima diligencia, información puntual, fiable y precisa sobre la existencia de un riesgo y la magnitud e inmediatez del mismo, debiendo cerciorarse además de que esta información es recibida y entendida por la fuerza de trabajo²¹⁸. Sólo de este modo estarán en las mejores condiciones para cooperar con el empresario a fin de restaurar la seguridad en la empresa. Luego dicha información ha de ser, no sólo suficiente y exhaustiva, sino al mismo tiempo la más adecuada. Para lo cual será preciso que el empresario o los superiores jerárquicos de los trabajadores que se pudieran ver afectados se dirijan a estos mismos a través de un mensaje claro e inteligible que dé cuenta, de forma completa, tanto de la situación real de peligro existente, como de las medidas que se han adoptado o deban adoptarse, abordando cuándo, cómo actuar y por quiénes. Repárese, al mismo tiempo, en que en este punto la Ley hace recaer sobre el lado empresarial la carga de suministrar la información oportuna directamente al personal de la empresa afectado²¹⁹, sin que sea el proceder más apropiado el descrito, con carácter general, en el art. 18.1 LPRL, donde se habilita el empleo de los órganos de representación como vía de transmisión interpuesta entre ambas partes. Deben darse a conocer sin tardanza alguna los datos que al respecto se tienen, evitando los pasos intermedios que pudieran retrasar la recepción de tales informaciones²²⁰.

Ello no obsta para que al cumplimiento de esta específica obligación de informar se sume, bajo ciertas circunstancias, lo previsto en el art. 18.1, *c* LPRL en relación a la notificación de las medidas adoptadas en caso de emergencia (art. 20 LPRL). Y es que, en ocasiones, la exposición a un riesgo grave e inminente coincidirá con la existencia de

²¹⁷ Así, GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., *Comentarios...*, cit., p. 141.

²¹⁸ GARCÍA NINET., J.I., y VICENTE PALACIO, A., «Los derechos...», cit., p. 80.

²¹⁹ Deber de información que comprende, tanto a las medidas precautorias dispuestas, como a las que se proyecten a resultados del riesgo advertido. Así, en RIVERO LAMAS, J. y DE VAL TENA, A.L., «Artículo 21...», cit., pp. 195-196.

²²⁰ Sobre esto mismo, GARRIDO PÉREZ, E., «La participación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales en la Ley 31/1995», en *RL*, vol. II (1997), p. 403.

una situación de emergencia o *accidente mayor* (debido al desplome de una estructura, un incendio, explosión, vertido, fuga de una sustancia bacteriológica, tóxica, corrosiva, inflamable o irritante, la emisión de agentes peligrosos y nocivos, inundaciones, etc.), caso en el que resulta obligado actuar rápida y eficazmente, procurando evitar el pánico y ordenando, entre otras medidas, el desalojo del lugar afectado.

El elemento importante a tener en cuenta es que la empresa debe emprender una acción preventiva directa velando porque el ámbito peligroso quede bajo control. Pero, si se diese el caso de que el riesgo no se viera así contrarrestado, la empresa tendrá que disponer rápidamente las medidas de seguridad que sean más eficaces para corregir la situación extrema e impedir la producción de daño alguno, dando ejecución a las actividades de prevención previamente planificadas conforme a los arts. 15.1, g y 16.2, b LPRL. Y, llegado el caso, poner en práctica sus facultades de dirección a través de la ordenación de las acciones de protección oportunas que permitan a los trabajadores interrumpir su labor y abandonar el puesto de trabajo con carácter urgente cuando sea preciso²²¹. Máxime cuando los empleados que se encuentran en tal situación no pueden canalizar la información relativa al riesgo grave e inminente por los cauces de comunicación oportunos y, por consiguiente, no llegaran a ponerse en contacto con el superior jerárquico, con los trabajadores con competencias preventivas y de protección o, en su caso, con el servicio de prevención por causas ajenas a su voluntad. El empresario ha debido anticiparse a dicha posibilidad y poner los medios para que también en estas ocasiones les sea posible a los trabajadores evitar por su propia iniciativa las consecuencias del peligro sin que, se ha añadido convincentemente, «dicha actuación se convierta en un exceso de responsabilidad que se carga sobre trabajadores que no tienen la capacidad ni los medios para asumirla»²²².

En suma, el objeto de tales previsiones que se anudan a la deuda de seguridad empresarial es asegurar que el trabajador está en condiciones para dar una rápida respuesta a las situaciones de riesgo en las que se halle incurso y, en su caso, que el desalojo, si es que es necesario en atención al daño que se pretende evitar, se produzca de forma ordenada procurando en todo caso que la seguridad y salud de los trabajadores quede a salvo de cualquier lesión o consecuencia perjudicial²²³. La ejecución empresarial de las obligaciones que el primer apartado del art. 21 LPRL prescribe podrá conducir, por tanto, a la paralización de la producción de forma generalizada, viéndose afectada toda la plantilla o una parte de la misma, o de manera individual si dicha

²²¹ Vid. arts. 2, e y 4.1, b y c del RD 485/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas en materia de señalización de seguridad y salud en el trabajo.

²²² PURCALLA BONILLA, M.A., *Heterotutela y autotutela...*, cit., p. 810.

²²³ AA.VV. (Sempere Navarro, A.V, García Blasco, J., González Labrada, M. y Cardenal Carro, M), *Derecho de la seguridad...*, cit., p. 188.

situación implica únicamente a uno de los asalariados. Aunque más exactamente, pese a que se adopte una decisión de dimensiones colectivas, la actuación del empresario afectará de forma directa al derecho estrictamente individual de los trabajadores a una protección eficaz ante los riesgos del trabajo²²⁴.

De otra parte, sólo una vez que la normalidad se haya instalado de nuevo, habiendo sido subsanadas las causas que motivaron la paralización, el empresario recobrará con plenos poderes sus facultades de mando y estará facultado para instar a la reincorporación al trabajo del asalariado afectado y, en caso de cese colectivo de la producción, decretar la finalización del mismo²²⁵. El art. 21.1 LPRL contiene un imperativo de conducta negativo ya que exige al empleador omitir todo comportamiento potencialmente lesivo para los intereses de los trabajadores. Concretamente, en tanto el peligro no quede plenamente disipado, abstenerse: a) de ordenar el mantenimiento de la prestación cuando el trabajador individual o sus representantes recurren al derecho de interrupción ante una situación de riesgo percibido como grave e inminente; b) de poner fin a la suspensión de la actividad productiva decretando la vuelta al trabajo de los empleados que ejercieron su derecho a la autotutela preventiva²²⁶; y c) de emprender cualquier actuación que se dirija a impedir o neutralizar el ejercicio del derecho consagrado en el art. 21 LPRL a manos de sus legítimos titulares.

En resumen, la protección exigida al empleador no se reduce a remover el riesgo para los valores personales del trabajador sino también a promover y facilitar la acción autoprotectora de sus empleados en este contexto. Precisamente, en aras a tales consideraciones bien podría aquí considerarse que la obligación del empresario en estas circunstancias tiene una textura híbrida: no sólo es de medios sino también, en cierto modo, de resultado, dado que se compromete, tanto a poner los mecanismos que sean

²²⁴ Amén del empresario, en el caso de las obras de construcción, también está facultado para paralizar ciertas tareas o la totalidad de los trabajos de edificación el coordinador de seguridad y salud. En caso de que así sea, el coordinador deberá dar cuenta a la Inspección y a los contratistas y subcontratistas afectados por la paralización, junto a los representantes de los trabajadores del personal implicado (art. 14 RD 1627/1997, de 24 de octubre). Con todo, es el promotor por cuya cuenta se realiza la obra quien designa al coordinador. El puesto de trabajo de éste depende directamente de aquél. Así pues, no son pocas las dificultades a las que tendrá que enfrentarse el técnico si pretende hacer uso de la competencia que la ley le ha atribuido cuando ello le suponga desmarcarse de las indicaciones recibidas por quien le proporciona trabajo y de quien depende económicamente (a ello se refiere FERNÁNDEZ PASTRANA, J.M., *Responsabilidades por riesgos laborales en la edificación*, Civitas, Madrid, 1999, p. 31).

²²⁵ Cuando la suspensión es acordada por la Inspección, el empresario puede decidir su levantamiento debiendo, no obstante, comunicárselo de forma inmediata (art. 44.1 *in fine* LPRL). Critica la atribución de dicha facultad empresarial, GALVÁN DE GRANDA, J.L., «El papel de la Inspección de Trabajo y Seguridad social y la nueva Ley de Prevención de Riesgos Laborales», en AA.VV. (Coords. Ojeda Avilés, A., Alarcón Caracuel, M.R. y Rodríguez Ramos, M.J., Coords.), *La prevención...*, cit., pp. 368-369.

²²⁶ Salvo, especifica el art. 21.1, *b* LPRL, que se trate de trabajadores especializados para enfrentarse a estas situaciones de peligro.

precisos para evitar la actualización del riesgo máximo y a anticiparse al resultado dañoso decretando él mismo la interrupción de los trabajos, como a aligerar los cauces para el recurso de los miembros de su plantilla de la facultad de autotutela que la Ley les brinda, garantizando así que se sustraerán de la situación de peligro para evitar un daño²²⁷. Ahora que, pese a no ser así, es decir, cuando no se observa la mejor ejecución de las obligaciones empresariales, el recurso del trabajador al derecho de resistencia no se encuentra en absoluto obstaculizado sino que, como atinadamente se ha precisado, la omisión de los cauces señalados por la norma, todo lo más, «realza su tono conflictual»²²⁸.

Para concluir, simplemente apuntar, en primer lugar, que no estamos ante pasos que deban adoptarse de forma sucesiva, sino que en función de las circunstancias presentes en el caso concreto el empleador se decidirá acometerlas de forma autónoma o conjunta. La orden de paralizar la actividad productiva constituirá habitualmente un último recurso cuando no han servido para suprimir el riesgo otras medidas menores o cuando éstas no sean ya suficientes. Pero esto no significa que esta medida venga prevista estrictamente como un punto y final de una secuencia o procedimiento tras la adopción de un haz de intentos previos encaminados a poner fin a la amenaza pues, dadas las circunstancias concurrentes, la situación puede requerir que el empresario deba adoptar, de forma primaria y sin dilaciones, la suspensión del trabajo²²⁹. Al empresario se le exige que acuda con la máxima fluidez a cuantos resortes tutelares de la seguridad y salud en el trabajo sean necesarios, ya sea de forma alternativa o simultánea, para acometer la protección del bien jurídico afectado. Y en segundo lugar es de notar, como se tratará de argumentar a continuación, que la empresa no sólo está obligada a posibilitar el ejercicio del derecho subjetivo que la Ley le atribuye a los trabajadores en los casos de riesgo grave e inminente, sino que en razón del deber

²²⁷ Esta es la postura de GONZÁLEZ POSADA quien en su momento defendió una posición intermedia en relación a la naturaleza del deber de seguridad que atañe al empresario, de medios o de resultado en función del tipo de obligación preventiva de que se trate. En concreto, por lo que aquí importa, el citado autor entiende que la paralización de la actividad en caso de riesgo grave e inminente no sólo compromete un determinado esfuerzo del empleador, esto es, un cierto grado de diligencia, sino que en su ejecución está comprometida «la actividad y el propio resultado», en «La prevención de riesgos laborales: funciones, contenido y efectos», Ponencia presentada en el VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Valladolid, 24 y 25 de mayo de 1996), ejemplar multicopiado, p. 20. Algunos pronunciamientos judiciales avalarían esta opinión. De gran relevancia son las afirmaciones que encierra la STS 17 mayo 1995 (RJ/4145), al impedir que la empresa se exima de su responsabilidad «porque ésta meramente diera la orden de paralización de los trabajos, pues si la empresa estimaba que había peligro en el trabajo o que no se daban las condiciones exigidas para su continuación, era obligado no ya dar la orden, sino adoptar las medidas necesarias para evitar la continuación del trabajo».

²²⁸ PURCALLA BONILLA, M.A., «El derecho...», cit., p. 212.

²²⁹ Ciertamente restrictiva se ha mostrado parte de la doctrina judicial al requerir la concurrencia de circunstancias no contempladas en la norma y que aluden al ejercicio del derecho como mecanismo de *ultima ratio*. Y es que, por ejemplo, alguna sentencia requiere como causa justificativa de la desobediencia asalariada la existencia de un riesgo no sólo grave e inminente, sino también irreparable (STSJ Andalucía, 26 enero 1996, AS/734).

genérico y omnicomprendivo de protección eficaz, debe ordenar la adopción de las medidas descritas cuando se entienda que éstas son necesarias para salvaguardar la salud e integridad de los miembros de su plantilla independientemente de que las condiciones de trabajo no se vean afectadas por un riesgo de tanta severidad. Al empresario se le impone, en términos generales y en el marco de sus responsabilidades, la obligación de prevenir los riesgos laborales accionando, al efecto, la amalgama de operaciones previstas en el marco normativo y adoptando cuantas medidas sean necesarias para la consecución de tal objetivo.

Sea como fuere, puesto en conocimiento del empleador que está comprometido el factor tutelado por el derecho a la inviolabilidad de la persona, con independencia de las responsabilidades a las que tendría que enfrentarse por incumplir su deber de protección²³⁰, si éste decide mantener la situación de hecho existente, habrá que abordar las posibilidades de actuación de los trabajadores ante la inactividad del empresario.

5.2.2. Reacción defensiva directa de dimensión individual

Corresponde ahora identificar el contenido principal del derecho de resistencia normado heterónomamente en el art. 21.2 LPRL del que es titular el propio trabajador expuesto a la situación de riesgo grave e inminente durante el desempeño de su actividad de trabajo. Se tratará, por consiguiente, de dar respuesta a la pregunta medular que puede plantearse en relación al ejercicio de dicho instrumento tuitivo, de «sesgo básicamente conflictual»²³¹, y que atiende a las posibilidades de actuación que ostenta el trabajador para hacer valer el derecho subjetivo que le confiere el ordenamiento jurídico y mantenerlo indemne de toda injerencia ilícita. Y es que el legislador no sólo se ha encargado de identificar por vía positiva la enunciación de las concretas obligaciones que integran el deber de preservar la seguridad del trabajador en las situaciones de riesgo grave e inminente, sino que también va a describir el espacio de actuación del trabajador que en tales supuestos quedará tutelado.

Pese a que a lo largo del articulado de la norma clave en materia preventiva se vislumbra claramente una opción preferente por las medidas de protección de cariz colectivo frente aquellas otras de tipo individual (art. 15.1, *h* LPRL), en las situaciones presididas por un riesgo grave e inminente, como se puede observar, no se antepone la defensa de los bienes jurídicos merecedores de protección a través del cauce habilitado

²³⁰ En todo caso, el empresario deberá responder de los accidentes laborales, no sólo cuando se le atribuye un comportamiento directamente lesivo de la integridad y la salud del trabajador, sino también por una vía más indirecta que tiene que ver con una mala o nula gestión del riesgo. Consúltense los arts. 13.3,4,6,9 y 10 LISOS.

²³¹ PURCALLA BONILLA, M.A., *Heterotutela y autotutela...*, cit., p. 620.

para los representantes de los trabajadores al ejercicio de la autoprotección individual²³². La técnica de protección personal no queda en este caso subordinada a la autotutela colectiva, hecho fácilmente comprensible si se tienen en cuenta las especiales circunstancias en las que se desenvuelve el ejercicio de sendas facultades de autotutela. Lo dicho no empece para que el mecanismo de autotutela individual habilitado por el ordenamiento pueda verse oportunamente complementado con el instrumento parejo de carácter colectivo, de modo que el trabajador pueda, conjuntamente a su reacción preventiva individual, decidirse por recabar el auxilio de sus representantes²³³. Y ello porque la actuación unilateral de tutela extrajudicial, contenida en dicho precepto legal frente a un tipo muy concreto de contexto, no se destina exclusivamente a evitar o neutralizar el riesgo sino ya, más directamente, a impedir que el mismo provoque consecuencias dañinas en la integridad o salud de las personas, para lo cual se estima preciso, no primar una acción preventiva sobre otra, ni dotarlas de un carácter alternativo o excluyente, sino dar pie a que se adopten las medidas de protección más adecuadas con la máxima celeridad posible.

Resulta obvio, en fin, que la satisfacción del derecho a la seguridad y salud de cada uno de los trabajadores que desarrolla una actividad profesional en una concreta organización productiva constituye un límite intrínseco a las propias facultades directivas y organizativas del empresario y, consiguientemente, la protección a su cargo se alza como presupuesto jurídico insalvable del ejercicio regular de tales prerrogativas²³⁴. De esta suerte, no se ignora que el empleador a la hora de aprestar el diseño y gestionar los medios y bienes de la empresa estará obligado a atender debidamente las cuestiones relacionadas con la protección de los riesgos y el

²³² Como convenientemente afirma ALARCÓN CARACUEL, «no hay más seguridad colectiva que la de todos y cada uno de los trabajadores individualmente considerados» («Los deberes del empresario...», cit., p. 113).

²³³ Posibilidad a la que se refiere RODRÍGUEZ PIÑERO como «derecho de alerta del trabajador individual» («Trabajo...», cit. p. 111).

²³⁴ Por todos, GONZÁLEZ LABRADA, M., «La Ley de Prevención...», cit., pp. 192-193; GONZÁLEZ ORTEGA, S., «La seguridad e higiene...», cit., p. 201; GORELLI HERNÁNDEZ, J., «Obligaciones y responsabilidades...», cit., p. 244 y LUQUE PARRA, M., *Los límites...*, cit., p. 116. *Vid.* igualmente, MARTÍN HERNÁNDEZ, M^a L., *El derecho de los trabajadores...*, cit., pp. 53-54, donde la autora sentencia que «en el juicio sobre la “regularidad” o “legitimidad” del ejercicio empresarial de todos y cada uno de sus poderes se deberá introducir como uno más de los parámetros de valoración – parámetro, por lo demás, especialmente cualificado, a mi juicio– el criterio de la integración de la prevención de riesgos laborales». Añadiendo que «la protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales se configura como un derecho cuasi-absoluto que limita y modaliza ya no sólo externamente sino internamente los poderes empresariales de carácter organizativo, quedando claro, o debiendo quedar claro, aunque ninguna norma lo establezca expresa y tajantemente, que las exigencias de productividad, rentabilidad y competitividad empresarial no pueden constituir límites al derecho de los trabajadores a una eficaz protección frente a los riesgos laborales que en cada caso les afecten, sino que sucede precisamente lo contrario» (p. 56).

mantenimiento de unas condiciones seguras de trabajo²³⁵. Pues bien, el ejercicio del *ius resistentiae* en esta sede normativizado constituye un particular mecanismo de reacción frente a la controversia que en este ámbito se hace patente y en la que subyace una insatisfacción por el sistema preventivo imperante.

Para terminar, y antes de ahondar en las conductas amparadas por el supuesto normativo de *ius resistentiae* en materia de seguridad y salud en el trabajo, corresponde hacer una precisión que tiene que ver con el ámbito subjetivo de aplicación de la norma. Como se sabe, en la prosa legal se establece una excepción a la justificación del cese momentáneo de los trabajos y prevé, aun cuando persista el peligro, la continuación de la prestación laboral de aquellos que desempeñan labores consistentes en evitar que resulten dañados otros trabajadores o terceras personas y en atenuar la magnitud y consecuencias del riesgo. Aunque no se haya previsto específicamente para el supuesto de la interrupción de la actividad profesional libre y voluntariamente decidida por los trabajadores, sino para aquella acordada por el empresario, la doctrina más autorizada entiende que el *ius interruptionis* del trabajador decae cuando existen razones de seguridad que aconsejan el cese de la suspensión de la prestación. Se está pensando, a tales efectos, en el personal designado para ocuparse de la actividad protectora en la empresa y, esencialmente, de las medidas de emergencia y primeros auxilios. Dicho de otro modo, no se le reconoce este derecho a los trabajadores que hayan sido contratados para efectuar precisamente este tipo de funciones. Éstos deberán mantenerse en sus puestos cuando la actividad contratada sea precisamente desarrollar labores para desactivar la situación de peligro.

El principal problema surge cuando se trata de concretar los niveles de riesgo a los que este personal especialista, que goza de un perfil formativo muy concreto, ha de someterse. La LPRL pretende resolver esta cuestión y establece varios requisitos que, sin embargo, resultan demasiado genéricos. Así, confirma la vuelta al trabajo siempre que se encuentre *justificada debidamente* e, incorporando un requisito de carácter formal –«determinada reglamentariamente»²³⁶–, pretende frenar así la discrecionalidad empresarial en este ámbito. Las dudas y vacilaciones del legislador resultan, en este caso, más que manifiestas. Aunque la norma alude de forma expresa en el art. 3.2 LPRL como sujetos excluidos a los «servicios de operativos de protección civil y peritaje

²³⁵ Ya la propia LPRL exige que la actividad preventiva se integre como elemento consustancial a la estructura y funcionamiento normal de la empresa. Así lo dispone expresamente el legislador cuando señala en el art. 14.2 que el empresario «realizará la prevención de los riesgos laborales mediante la integración de la actividad preventiva en la empresa». Obligación que reproducen los arts. 15.1, g y 16.1 LPRL y arts. 1 y 2 del RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el RSP.

²³⁶ Sobre el particular, *vid.* OJEDA AVILÉS, A., «Los conflictos en la paralización...», *cit.*, pp. 316-318.

forense en los casos de grave riesgo, catástrofe y calamidad pública» (personal funcional obligado a garantizar la protección ciudadana), el art. 21. 1, *b* LPRL está más bien pensando en los trabajadores contratados precisamente para hacer frente a accidentes mayores o situaciones de emergencia en la empresa (seguridad *privada*) pero también en todos aquellos trabajos cuyo desenvolvimiento entrañe, consustancialmente, elevados riesgos, a resultas de lo cual están dotados de un específico adiestramiento (bomberos, trabajos de salvamento en minas, etc). Lo contrario, esto es, la extensión genérica del derecho al referido personal no podría evitar la desnaturalización de dichas actividades, las cuales dejarían de cumplir la función económica y social para la que están diseñadas²³⁷. Además conviene evidenciar que hasta la fecha el desarrollo reglamentario permanece inconcluso²³⁸ y que, a los efectos que aquí nos interesan, teniendo presente que se trata de una excepción a la regla general y que también en estos casos se ve expuesto el derecho a la seguridad y salud del trabajador que se ocupa de disipar la amenaza, la previsión normativa ha de ser interpretada restrictivamente de

²³⁷ Es de resaltar que el personal militar de las Fuerzas Armadas carece del derecho de autoprotección que con carácter general contempla la LPRL. Entiende el legislador que el ejercicio del mismo abundaría negativamente, tanto en los intereses de la colectividad a no ver comprometida la seguridad de la población y del ordenamiento constitucional, así como en el orden y la disciplina que reinan en una estructura organizativa tan jerarquizada (*vid.* art. 18.3 RD 1755/2007, de 28 de diciembre).

Qué duda cabe, por otro lado, de que el reconocimiento del derecho de autoprotección en caso de riesgo grave e inminente pondría trabas sustanciales al cumplimiento de determinadas funciones públicas a desarrollar por los funcionarios de Policía y Guardia Civil. De hecho, el RD 179/2005, de 18 de febrero, encaminado a preservar la seguridad y salud laboral de la Guardia Civil y el RD 2/2006, de 16 de enero, por el que se establecen normas para la prevención de riesgos laborales en la actividad de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, no reconocen el derecho a decidir la paralización de la actividad ni por el funcionario individualmente, ni a través de sus representantes de forma colectiva, y ello con objeto de que no se vea afectada la seguridad ciudadana. Hay que precisar, no obstante, que tales normas excluyen de su ámbito de aplicación a las funciones que no presenten características exclusivas de las actividades de policía, seguridad y protección civil (art. 2 en ambos casos). Lo cual deberá llevar a considerar que para el personal ejecutor de tales actividades, como pudieran ser las de carácter administrativo o de gestión, rige la regulación general (puesto que no se establece en ninguno de los RD un régimen particular al respecto). Son, por tanto, destinatarios de la prerrogativa contenida en el 21.2 LPRL ya que las labores que éstos realizan no hacen enteramente incompatible su consecución con el ejercicio del derecho a interrumpir unilateralmente la prestación [así lo reivindica MORENO MÁRQUEZ, A.M., «Salud laboral de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía», en *AS*, vol. V (2006), pp. 1156-1157].

²³⁸ Excepción debe hacerse en relación a los trabajadores y funcionarios civiles que desarrollan sus funciones en establecimientos militares. Es más, el art. 2 RD 1932/1998, de 11 de septiembre, constituiría prácticamente un calco de la regulación del art. 21.2 LPRL si no fuera por las siguientes consideraciones: en primer lugar porque se prevé la posibilidad de exigir a los trabajadores que reanuden su actividad mientras persista el peligro cuando lo exijan «los intereses o seguridad de la Defensa», expresión excesivamente amplia que puede dar lugar, como afirma algún autor, a la utilización abusiva de dicha excepción por parte de los mandos militares [LÓPEZ RUBIA, E., «El Real Decreto 1932/1998 ¿Adaptación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales al ámbito de los centros y establecimientos militares?, en *AS*, vol. V (1999), pp. 468 y 474-475 y SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., «La adaptación de la Ley de prevención de riesgos laborales al ámbito de los establecimientos militares y el RD 1932/1998, de 11 de septiembre», en *AS*, vol. V (1999), p. 454]; en segundo, porque el derecho individual de este colectivo a interrumpir la actividad productiva y a alejarse de la zona de peligro no se acompaña del paralelo reconocimiento de un derecho de naturaleza colectiva en este campo. Trato diferenciado con motivo, como se puede intuir, de las conocidas peculiaridades de la actividad desempeñada, la necesaria eficacia operativa del establecimiento y los intereses de la seguridad nacional [AA.VV. (Coord., Cabeza Pereiro, J., y Lousada Arochena, J.F.), *Comentarios...*, cit., p. 452].

modo que dichos trabajadores no se vean forzados a renunciar a «una razonable protección»²³⁹ ni quepa reclamarles una actuación desproporcionada que les someta desmesuradamente a una situación de máxima peligrosidad²⁴⁰.

A. Estimación subjetiva del riesgo

El trabajador está legitimado personalmente, o a instancias de los órganos colectivos de representación de la empresa, para exigirle a su empleador que adopte las medidas oportunas que garanticen su seguridad en el trabajo. Al mismo tiempo, como no puede ser de otra manera, el asalariado cuenta en su haber con los medios de autotutela que el ordenamiento jurídico ha dispuesto con el fin de que éste pueda ver colmado su derecho privado de protección. A tales efectos resulta imprescindible que funcionen con perfecta eficiencia los canales de comunicación entre los empleados, sobre todo si se tiene en cuenta que la norma también obliga al trabajador a notificar de forma inmediata a su superior jerárquico y a los órganos encargados de la prevención en la empresa de «cualquier situación que, a su juicio, entrañe, por motivos razonables, un riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores» (art. 29.2.4 LPRL)²⁴¹. A diferencia de lo que pudiera pensarse, lo cierto es que este deber de información no representa una restricción al ejercicio del derecho regulado en el art. 21.2 LPRL sino, más bien, «un auténtico pasador de seguridad para el trabajador»²⁴². Ello porque, en primer lugar, los responsables de la seguridad podrán pronunciarse sobre la realidad o no de un riesgo extremo de probable producción inmediata «y, en función de ello, confirmar o no la procedencia de la interrupción de la actividad»²⁴³. Además, porque en el caso de que los

²³⁹ MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C., «Artículo 3. Ámbito de aplicación», en AA.VV. (Dir. Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M^aN.), *Comentario...*, cit., p. 42.

²⁴⁰ De ello dan debida cuenta AA.VV. (Sempere Navarro, A.V, García Blasco, J., González Labrada, M. y Cardenal Carro, M), *Derecho de la seguridad...*, cit., p. 192. Subraya en la misma línea MARTÍN HERNÁNDEZ, M^a L., *El derecho de los trabajadores...*, cit., p. 266, que de acuerdo con lo previsto en el art. 15.4 LPRL, «ni siquiera en estos supuestos el empresario podrá ordenar a estos trabajadores la reanudación de su actividad profesional cuando el riesgo laboral al que se encontrarían expuestos a consecuencia de ello sea más grave que el que conseguirían evitar con su actuación».

²⁴¹ La exigencia perentoria contenida en dicho precepto se configura como una manifestación singular del deber de buena fe que en el desarrollo de la prestación convenida sujeta al deudor contractual (así, GORELLI HERNÁNDEZ, J., «Obligaciones y responsabilidades...», cit., p. 223). Ahora que, como resulta lógico, el cumplimiento de la obligación admite demora cuando así lo exija la propia situación de riesgo creada. A mayor abundamiento, pese a que la LPRL únicamente alude como receptores de tal información a los sujetos en el texto reseñados, gran parte de la doctrina acepta que cuando no se pueda entablar contacto con los mismos, el trabajador pueda cumplir su obligación dirigiéndose a algún representante de los trabajadores, unitario o sindical, para darle cuenta de lo sucedido. De este modo, entre otros, GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., *Comentarios...*, cit., p. 190 y PURCALLA BONILLA, M.A y ESTEBAN LEGARRETA, R., «La formación de los trabajadores en materia de seguridad y salud laboral», en *AL*, vol. III (1998), pp. 890-891.

²⁴² GARCÍA BLASCO, J. y GONZÁLEZ LABRADA, M., «El derecho del trabajador...», cit., pp. 2777-2778.

²⁴³ AA.VV., (Coords. Cabeza Pereiro, J. y Lousada Arochena, J.F.), *Comentarios...*, cit., p. 103.

responsables de la seguridad corroboren la presencia de un riesgo de tales características, el empresario se verá obligado a decretar las medidas establecidas en el primer apartado de dicho artículo.

Dicha notificación no siempre será posible por razones de urgencia que aconsejen no postergar ni un solo momento la decisión de interrumpir la actividad laboral (en ciertos contextos cualquier duda puede acarrear consecuencias fatales) e, incluso, por razones materiales cuando la situación de peligro creada impide o dificulta enormemente recurrir a las vías de comunicación dispuestas. Aunque tanto si no le es posible al trabajador ponerse en contacto con su superior, como si se efectúa el aviso pero el mando discrepa de tal valoración, a resultas de lo prescrito en el art. 21.2 LPRL, vendrá legitimada la decisión que por sí mismo adopte el operario en un momento muy concreto. Esto es, cuando se encuentre en la «antesala» de un «riesgo activo»²⁴⁴, pues que se trata «de situaciones límites en las que no es factible abrir un proceso de debate o discusión acerca de la naturaleza, alcance, gravedad o inminencia del riesgo»²⁴⁵.

Los términos en los que se expresa la norma son claros. La facultad se configura de manera subjetiva al conceder al propio trabajador la posibilidad de evaluar personalmente y de forma espontánea la concurrencia o no del riesgo grave e inminente para su seguridad, la de sus compañeros o la de terceros ajenos a la empresa²⁴⁶. Aun así, como luego se verá, el ejercicio del derecho no deja de ser arriesgado pues, en la práctica, dicha operación valorativa se encuentra con numerosas dificultades. La materialización del riesgo es potencial y con anterioridad a su efectiva traducción en algo real el trabajador deberá estimar si el riesgo es inminente y conjuntamente si es grave. Teniendo en cuenta las circunstancias que envuelven su decisión, marcadas por la excepcionalidad y el miedo, puede suceder que éste se equivoque en su estimación y creyendo que existe una probabilidad inmediata de sufrir un accidente de trabajo (o de contraer una enfermedad profesional que pueda tildarse de grave) proceda a la interrupción de la actividad laboral cuando, en realidad, este riesgo reúna las

²⁴⁴ SÁNCHEZ CUBEL, D., *Todo sobre la nueva ley...*, cit., p. 83.

²⁴⁵ Parafraseando a GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., *Comentarios...*, cit., p. 145.

²⁴⁶ Excesivamente templado se mostró el legislador portugués al proceder a la transposición de la normativa comunitaria en este punto. El Decreto-Ley 441/91, de 14 de noviembre prevé en su art. 8, *l* la obligación empresarial de impartir las instrucciones que permitan a los trabajadores interrumpir su actividad en caso de peligro grave e inminente. Ahora bien, con enorme ambigüedad se contempla en el art. 15.1, *f* las posibilidades de actuación que ante estas situaciones se le abren al trabajador pues, evitando el reconocimiento de un derecho y cualquier mención a la valoración personal que pudiera realizar éste del contexto creado, se limita a afirmar que cuando no sea posible establecer contacto inmediato con los superiores jerárquicos o con el personal de la empresa que desempeña funciones específicas en materia de seguridad y prevención, los trabajadores tendrán la obligación de «adoptar as medidas e instruções estabelecidas para tal situação» (art. 274.2 Código de Trabajo, Ley 99/2003, de 27 de Agosto).

condiciones de inmediatez aunque no las de gravedad o viceversa. Se entiende, como resulta evidente, que la recepción de las instrucciones precisas para enfrentarse a dichas situaciones y una adecuada capacitación en materia preventiva (reglada de forma genérica en el art. 19 LPRL), podrían garantizar la rapidez en las acciones a emprender para controlar el riesgo y minimizar ostensiblemente los errores en estos casos²⁴⁷. No obstante, y a grandes rasgos pues sobre eso se hablará más adelante, la propia norma ha establecido la intangibilidad de los trabajadores en tales situaciones.

Adentrándonos en el derecho a interrumpir la actividad productiva hemos de comenzar por señalar que el principal problema surge cuando trabajador y empresario mantienen posiciones divergentes sobre la calificación del riesgo. Puede darse, en efecto, que tanto este último como el organismo encargado de la seguridad en la empresa mantengan la inexistencia de este tipo de riesgo de efectos particulares y así se lo comuniquen al trabajador para que desista de su intención de rehusar la prestación laboral o reanude su tarea cuando ya ha procedido a la suspensión de la actividad. Es claro además que el interés patronal dirigido a la continuación de la producción contrarresta con el del trabajador que se inclina por el cese momentáneo de su prestación con el fin de salvaguardar su integridad. La solución al conflicto la encontramos, no obstante, en la propia LPRL ya que le atribuye al trabajador la competencia para decidir la paralización del trabajo «*cuando considere* que dicha actividad entraña un riesgo grave e inminente». Como es sabido, fruto de la configuración jerárquica de la relación laboral resulta el deber general de obediencia y, como reflejo del mismo, se le impone al trabajador la obligación de cumplir las órdenes patronales que se dispongan en relación a la seguridad y salud en la empresa. Esto con independencia de la valoración personal sobre el acatamiento y la necesidad de éstas²⁴⁸. El extremo contrario, y así está reconocido legalmente, se da en los supuestos de riesgo grave e inminente el trabajador en los que el trabajador goza de autonomía decisoria inmune a la opinión contraria del empresario sobre la existencia de dicho riesgo.

B. Comportamientos amparados por el art. 21.2 LPRL

La definición del contenido de un derecho pasa por la identificación de las facultades que lo integran. Ante un riesgo que alcanza las connotaciones de grave e inminente caben distintos tipos de actuaciones por parte del trabajador que a continuación se desglosarán. Hay que señalar, por ende, que la incógnita fundamental

²⁴⁷ Vid. SELIS, C., «Formare alla sicurezza: una riflessione sulla complessità del processo», en *ISL*, núm. 11 (1998), p. 576.

²⁴⁸ GORELLI HERNÁNDEZ, J., «Obligaciones y responsabilidades...», cit., pp. 213-216.

que guiará estas páginas nos lleva a preguntarnos por el alcance del derecho de ejecución inmediata reglado en el art. 21.2 LPRL y, acto seguido, a esclarecer si su construcción positiva en la norma del 95 vino a apoderarse por completo del espacio que hasta ese momento ocupaba el rechazo a desempeñar la tarea pactada ante condiciones de trabajo perjudiciales, insalubres, peligrosas para su seguridad o salud, como supuesto integrante de un *ius resistentiae* definido judicialmente.

La previsible traducción súbita del riesgo de un siniestro laboral grave puede impedir al operario adoptar otra medida que no sea la de asegurar, por sí mismo, su propia seguridad poniéndose a salvo de la situación creada²⁴⁹. De acuerdo al pasaje legal citado, son dos las vertientes las que componen el derecho a sustraerse de una situación de peligro que reúna las connotaciones conocidas:

a) Se consagra el derecho a suspender de forma unilateral el desempeño de las propias labores de producción cuando el trabajador, en el curso de su jornada laboral²⁵⁰, se percata de la existencia de un riesgo de consecuencias graves y de probable manifestación inmediata. Y ello en caso de que el empresario no haya dispuesto la detención de las actividades, impida dicha suspensión o tome alguna medida que trate de minimizar o evitar el riesgo pero que en opinión del empleado resultara a todas luces insuficiente. En realidad, como convenientemente se ha precisado, el derecho de resistencia al que nos referimos «no implica una absoluta liberación de las obligaciones del trabajador, y especialmente de su deber de puesta a disposición. Ha de estar disponible para reanudar su actividad en cuanto se levante la situación de riesgo, lo cual significa estar localizable y a la vista»²⁵¹. Dicho esto, hay que subrayar que el precepto acoge también la posibilidad, cuando así lo requiera la realidad concurrente²⁵², de alejarse del «lugar destinado a albergar los puestos de trabajo»²⁵³ que pueda haberse

²⁴⁹ El art. 40.1 LPRL faculta el acceso de los trabajadores y de sus representantes a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social cuando estimen que las medidas y medios de prevención adoptados por el empresario no son suficientes para garantizar la seguridad y la salud en el trabajo. Prevé como respuesta ante un posible riesgo no inmediato acudir a la Inspección, pero esta previsión es una posibilidad abierta a los trabajadores, no una imposición puesto que no está configurada como una obligación jurídica dado los términos potestativos empleados en el texto del precepto. Aunque sí puede deducirse que el propio legislador ya entendió que el acceso a la Inspección era el modo apropiado o el cauce oportuno para resolver o ponerle freno a las deficiencias en la seguridad de los trabajadores.

²⁵⁰ Pues de otro modo (si se aleja de un peligro cuando no está obligado a ejecutar prestación de trabajo alguna), el comportamiento del trabajador sería irrelevante (DEL PUNTA, R., «Diritti e obblighi...», cit., p. 189).

²⁵¹ OJEDA AVILÉS, A., «Los conflictos en la paralización...», cit., p. 315.

²⁵² De toda lógica son en este punto las palabras de OJEDA AVILÉS, A., «Los conflictos en la paralización...», cit., p. 315: «resultaría desproporcionado y sancionable el hecho de que el trabajador dejara el centro de trabajo para eludir un riesgo localizado en su puesto de trabajo o en una zona limitada – rotura de la barandilla de su andamio, o peligro de desprendimiento de cornisa, por ejemplo –».

²⁵³ GARCÍA BLASCO, J. y GONZÁLEZ LABRADA, M., «El derecho del trabajador...», cit., p. 2775.

visto afectado, dirigiéndose a zonas seguras como puedan ser los lugares destinados a otros puestos de trabajo no sometidos a dicho riesgo o los exteriores de la empresa²⁵⁴. En todo caso, como regla general, el trabajador habrá de procurar el seguimiento del plan de emergencia dispuesto al efecto a fin de impedir que otro riesgo se genere como consecuencia de una drástica retirada²⁵⁵. Ahora bien, dicho comportamiento le es exigible exclusivamente cuando la programación preestablecida le ofrezca al trabajador «cobertura suficiente», no en otro caso²⁵⁶.

Éste es el exacto contenido del derecho subjetivo de resistencia tal y como se desprende de la lacónica literalidad del precepto citado. La dicción es absolutamente reveladora. Lo que se contempla es la facultad del asalariado para negarse a cumplir su prestación de servicios. Hay que precisar, sin embargo, que la inobservancia o «rebeldía» que ampara la norma estudiada no siempre habrá de suponer, de forma inexcusable, una suspensión de la prestación pues, dadas las circunstancias del caso concreto y el particular contenido del mandato, la actuación renuente del asalariado puede limitarse a desoír la orden sin que sea preciso interrumpir la actividad productiva que se viene desarrollando. Dicho de otro modo, debe entenderse también permitido, como comportamiento legítimo, el rechazo del trabajador a desarrollar no ya el conjunto de sus funciones sino sólo algunas de ellas, junto al derecho a contradecir una orden empresarial concreta que sitúa al trabajador ante dicha situación de riesgo cualificado o un mandato que impone la continuación de la prestación de servicios tratando de reprimir la suspensión de la ejecución de los trabajos acordados.

El legislador se inclinó por no incorporar una referencia expresa al rechazo de las órdenes del empresario que no se traduce en una detención por completo de la actividad, aunque no por ello cabe concluir que una desatención *menor* de las obligaciones que sujetan al deudor contractual ante situaciones de especial peligrosidad no encuentre abrigo en el art. 21.2 LPRL. Y ello, básicamente, porque si sólo se entendiera como legítima la reacción asalariada que, frente a un riesgo grave que verosímelmente de un momento a otro podría materializarse, consiste en el abandono de sus tareas habituales y no se otorgase la misma protección al comportamiento que ante idéntico riesgo se limita a variar las condiciones bajo las cuales se presta el servicio, o simplemente a soslayar el cumplimiento de concretas labores pero sin afectar al normal desarrollo del resto que constituyen el objeto de su prestación, el mensaje que recibiría el trabajador quedaría fuera de toda lógica. No entraría en juego la importante garantía

²⁵⁴ CHAUMETTE, P., «Le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail et le droit de retrait du salarié», en *Dr.Soc.*, núm. 6 (1983), p. 433.

²⁵⁵ Vid. PURCALLA BONILLA, M.A., «El derecho...», cit., p. 216.

²⁵⁶ De ello daba cuenta OJEDA AVILÉS, A., «Los conflictos en la paralización...», cit., p. 339.

que el cuarto apartado contempla si permanece en su puesto trabajando. Sí, en cambio, habría de proclamar la exoneración del trabajador y su no punibilidad cuando éste tomara la determinación de suspender íntegramente la ejecución de su prestación aunque ello no fuera rigurosamente imprescindible para conjurar el riesgo. Ciertamente es que nada se dice al respecto en el art. 21.2 LPRL pero no tiene sentido interpretar que el legislador pretenda evitar soluciones intermedias que, con la misma eficacia, supriman o aplacen el singular riesgo que aquí se estudia.

Podría pensarse que una actuación asalariada de este tipo encuentra cobijo normativo en el 21.1, c LPRL donde se consiente que el trabajador pueda accionar otras medidas que no se ciñan estrictamente a la interrupción de los trabajos y al abandono de la zona afectada pero que sean precisas para que obrando por sí mismo pueda hacer frente a una situación de máximo riesgo. El principal inconveniente es que dicha posibilidad parece limitarse, interpretando literalmente el precepto, a los supuestos en los que el trabajador «no pudiera ponerse en contacto con su superior jerárquico». Ya se ha aclarado, no obstante, que ante situaciones de riesgo grave e inminente que no demandan la práctica de un *ius interruptionis* el derecho subjetivo puede verse satisfecho sencillamente con la inobservancia de la orden del superior susceptible de generar dicho peligro y sin que la entera producción se vea afectada (ya que puede concernir solo al cómo, cuándo o dónde de la prestación, tratándose de un incumplimiento parcial). Pues bien, tal medida de resistencia ha de merecer idéntica protección legal aunque el trabajador sí haya podido ponerse en contacto con su superior pero éste hubiera desautorizado una actuación en dicho sentido.

Lo relevante, en síntesis, es que frente a este tipo cualificado de riesgo caben distintas soluciones para evitar el daño. Una extendida jurisprudencia ya venía con anterioridad a la positivización del *ius resistentiae* articulando dentro del mismo la desobediencia del trabajador en sus más variadas manifestaciones, sin hacer distinción entre ellas, amén de que la jurisprudencia más reciente viene haciendo extensiva la garantía de indemnidad que el propio precepto dispensa cuando se trata únicamente de una negativa del asalariado a observar concretas directrices empresariales que expongan su seguridad o salud a un riesgo grave e inminente. En cualquier caso, lo que sí hay que destacar es que no procede desglosar, como dos supuestos distintos, la excepción del deber de obediencia en casos de peligro extremo que requieran paralizar la entera actividad productiva de un trabajador, de aquellos otros en los que únicamente es necesario apartarse de una orden. ¿Puede entonces defenderse que la disposición normativa opera en modo peyorativo respecto a épocas pasadas en las que tanto la doctrina como la jurisprudencia habían admitido, con mayor o menor generosidad, la

facultad del trabajador para sustraerse de las situaciones de peligro contraviniendo la autoridad del empleador pero sin frenar la actividad productiva? Oportuno es destacar que no cabe admitir dicha opción exegética. El ordenamiento preventivo instaurado a partir del 95 no vino a debilitar la posición del trabajador frente a los riesgos laborales, sino todo lo contrario, a reforzar sus posibilidades de prevención y salvaguardia de los infortunios que pudiera acarrear el sistema productivo. El pasaje legal, que se muestra en este punto genérico en exceso, tiene en verdad la ventaja de poder cobijar distintas reacciones defensivas, las cuales puedan depender de las características del sector de actividad y el proceso productivo o de la cualificación del trabajador y las circunstancias bajo las que éste desarrolla su actividad.

b) Una vez que el operario ha tomado la iniciativa y decidido la interrupción de su prestación como medida de protección, éste tiene derecho a desoír las directrices que desde la cadena de mando traten de lograr la reanudación de la misma cuando aún persiste un riesgo de tales características²⁵⁷. Esto es, el trabajador está legitimado para insistir en la cesación temporal de su actividad hasta que las causas que movieron tamaña decisión vengán subsanadas²⁵⁸.

Lo que sucede, no obstante, es que a tenor de la normativa vigente queda excluida la posibilidad de que el trabajador apoye su negativa a reanudar las actividades en la persistencia de un riesgo laboral que, como resultado de la adopción por parte del empresario de las medidas de seguridad necesarias para hacer decaer la situación de riesgo grave e inminente, ha disminuido su potencial lesivo o su carácter repentino pero sin que se haya logrado contrarrestar por completo. De modo que legalmente estaría en poder del empresario ordenar la vuelta al trabajo aunque no pudiera asegurar un ambiente laboral libre de todo peligro para la salud de sus empleados²⁵⁹. Ahora bien,

²⁵⁷ BOUSIGES, A., «Le droit...», cit., p. 287, «le retrait est légitime tant que dure le danger».

²⁵⁸ La STS 30 enero 1989 (RJ/316) ya señalaba: «supuesta la efectiva existencia del “riesgo grave e inminente”, la paralización de actividades no puede extenderse más allá del tiempo que dure esta situación, sin que sean válidas para prolongarla razones o argumentos ajenos o no estrictamente relacionados con la situación del riesgo de esta naturaleza». El Tribunal se pronunció en esta ocasión en relación con el despido de todos los miembros del comité de empresa que adoptaron el acuerdo de paralización de las actividades laborales y condicionaron la vuelta al trabajo al cumplimiento de una serie de condiciones. Este supuesto tuvo gran repercusión en los medios de comunicación debido a la alarma social que generó el embarrancamiento de un barco de cargamento desconocido y porque la decisión adoptada por los representantes de los trabajadores se debió a que quedaron flotando unos contenedores tóxicos en las proximidades de la factoría. Sucedió, sin embargo, que la autoridad laboral no ratificó la orden de paralizar la actividad y pese a ello los trabajadores persistieron en su actitud. La sentencia declaró la procedencia de los despidos producidos al determinar que había sido abusivo y contrario a la buena fe el mantenimiento de la paralización del trabajo por el comité. Para un análisis completo de las cuestiones que planteó este caso en relación al cese de las actividades *ex art. 19.5 ET*, *vid.* FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., «Algunos problemas de las sentencias del caso Alúmina-Aluminio», en *TL*, núm. 13 (1987), pp. 85-136.

²⁵⁹ De ello da cuenta MARTÍN HERNÁNDEZ, M^a L., *El derecho de los trabajadores...*, cit., p. 265.

existen importantes argumentos que avalarían una solución distinta, para lo cual es preciso traer de nuevo a colación, en primer lugar, que el choque de razonamientos entre empresario y trabajador en torno a la existencia o no del riesgo grave e inminente se salda a favor del trabajador pues es el empresario quien ha de probar el inapropiado empleo del derecho de autotutela de la LPRL y el abuso del trabajador en dicha actuación (existe una presunción *iuris tantum* de ejercicio correcto y ajustado a derecho a favor del empleado). Y tales consideraciones son de gran relevancia cuando el empresario no le proporciona al trabajador información suficiente sobre las actuaciones emprendidas y la retracción del riesgo conseguida o cuando el trabajador carece de una adecuada formación que le permitiera sortear la sensación de alerta y angustia por la presencia de un escenario de auténtico peligro y percibir que efectivamente el estado de riesgo grave e inminente ya ha concluido.

En segundo término, sigue siendo preciso insistir en que la salvaguardia de derechos constitucionales está por encima de consideraciones reduccionistas que limiten el ejercicio del derecho a circunstancias de extrema amenaza para la seguridad del trabajador. Cuando lo comprometido es la vida, la integridad o la salud, cobra una especial relevancia la anticipación a cualquier eventualidad que pueda ocasionar un daño, evitando que ni siquiera llegue a producirse una agresión a los bienes personales implicados y en esta dirección es en la que debe enmarcarse el mecanismo tutelar individual que aquí se estudia. Lo que está claro, entonces, es que el derecho de los trabajadores a una protección eficaz en el trabajo ha de gozar de una más que suficiente preeminencia en su posible confrontación con el ejercicio del poder por parte de la dirección empresarial teniendo en cuenta la entidad cualificada del bien personal protegido por el derecho subjetivo del que es titular el trabajador.

Ya ha quedado suficientemente claro, recapitulando lo hasta aquí expuesto, que lo que la norma configura es un poder en manos de la fuerza de trabajo de carácter excepcional que no actúa de forma indiscriminada sino sólo ante un riesgo ciertamente cualificado. La presencia de una amenaza cierta, real y efectiva para la incolumidad del trabajador no es suficiente para que proceda activar el mecanismo autotutelar que describe el precepto legal previamente citado si no se acompaña de los consabidos signos de gravedad e inmediatez. La cuestión ahora que deberá determinarse es si la ausencia en el texto legal a riesgos de menor entidad como factor habilitante del ejercicio del derecho de autotutela del art. 21.2 LPRL es un verdadero obstáculo para facultar la práctica del *ius resistentiae* como reacción jurídica legítima frente a órdenes o instrucciones patronales que colocan al trabajador ante otro tipo de riesgo.

6. Argumentos a favor de la operatividad del *ius resistentiae* más allá del supuesto de riesgo grave e inminente

Si atendemos únicamente a la interpretación que la jurisprudencia efectúa en nuestros días del derecho de resistencia, habrá que convenir que no es admisible el recurso al mismo como medio de tutela del derecho subjetivo a la protección eficaz frente a los riesgos laborales²⁶⁰. Pero no es ésta, sin embargo, la única perspectiva que aquí nos interesa. Antes de la LPRL los tribunales venían reconociendo como desobediencia lícita la actuación del trabajador que se apartaba de una orden o instrucción peligrosa. Se admitía por tanto el recurso al *ius resistentiae* como medio idóneo para evitar la causación de un siniestro profesional cuando el riesgo de generarse gozara de una cierta entidad. En este punto las posiciones judiciales no eran unitarias y habían venido demandando con mayor o menor rigurosidad la seriedad de la amenaza aunque, en líneas generales, no se exigía a ultranza la confluencia de los requisitos hoy contemplados en la norma, esto es, el carácter inmediato del resultado dañoso junto a la gravedad del mismo²⁶¹. Así las cosas, una vieja y conocida doctrina jurisprudencial acuñada a finales de los ochenta había considerado que el trabajador está legitimado a rehusar la realización de su actividad profesional si se le encomienda el desarrollo de la misma en condiciones peligrosidad «que *razonablemente* justifiquen la negativa a obedecer»²⁶² o bajo la existencia de «un riesgo nada despreciable»²⁶³ para la salud del trabajador, sin ulteriores adjetivaciones, expresiones más vagas e inseguras que sin embargo no quedan anquilosadas en los límites de gravedad e inminencia de la Ley.

Con independencia de la favorable acogida que merece la inclusión de uno de los supuestos de *ius resistentiae* en un texto con rango formal de ley –otorgando, de este modo, plena visibilidad a un derecho que, a salvo del supuesto «harto diplomático y prudente»²⁶⁴ previsto en la OGSHT, se había nutrido fundamentalmente hasta entonces

²⁶⁰ Me remito, en este punto, a las consideraciones vertidas por MARTÍN HERNÁNDEZ, M^a L., *El derecho de los trabajadores...*, cit, pp. 352-355.

²⁶¹ Muy restrictivo, sin embargo, se había mostrado el TCT en relación a la operatividad del *ius resistentiae* ejercicio por el empleado para sustraerse de un daño grave e irreparable. Trayendo aquí a colación una antigua y superada postura jurisprudencial, la STCT 28 junio 1978 (RTCT/4547), consideró «que son condiciones precisas para el legítimo ejercicio del mencionado *ius resistentiae*, la existencia objetiva del riesgo, de forma tal que no basta la creencia subjetiva del trabajador no refrendada por la realidad del riesgo». Según GARCÍA NINET, J.I., «El deber de obediencia...», cit., p. 887, nota a pie 173, «puede llegar a ser grave esta corriente doctrinal si se limitan las posibilidades de los trabajadores de discutir supuestos de órdenes peligrosas, porque las más de las veces los efectos de seguir dichas órdenes producen daños irreparables en las personas, obviamente de superior valor que el posible retraso que pueda producirse en la empresa».

²⁶² STS 7 marzo 1986 (RJ/1277) y 25 junio 1987 (RJ/4636).

²⁶³ STS 29 enero 1987 (RJ/298).

²⁶⁴ VÁZQUEZ MATEO, F., «La seguridad, higiene y salud en la jurisprudencia», en *RTSS*, núm. 12 (1993), p. 229.

de la construcción jurisprudencial y la opinión de una acreditada doctrina²⁶⁵—, es menester destacar que la rígida literalidad de la norma ha limitado, en la práctica, la importante proyección de la que había de ser destinatario el relevante reconocimiento positivo del *ius resistendae* frente a órdenes del empresario que pongan en peligro la salud o la integridad de los trabajadores²⁶⁶. La jurisprudencia posterior a la promulgación de la LPRL ha redirigido la anterior doctrina para acoplarla a la normativa ya vigente y esto se ha hecho imbricando supuestos que no eran propiamente idénticos. Constituye un auténtico lugar común subrayar que no incumple su deber de obediencia quien refuta las órdenes que sitúan al trabajador en un riesgo grave e inminente mientras que para escenarios de riesgo de menor incisividad únicamente se admiten los mecanismos de heterocomposición como cauce para garantizar la seguridad del trabajador. Teniendo los trabajadores, en este último caso, que seguir prestando sus servicios, hasta que no se ponga remedio de otro modo, en condiciones poco satisfactorias pero que no alcanzan a constituir un riesgo grave e inminente, con las nada desdeñables consecuencias que ello puede llevar aparejado para su bienestar y salud. Sobradas razones para ello da el tenor del art. 21 LPRL que pese a haber atendido la gran parte de los postulados relativos a la eficacia horizontal del derecho fundamental del art. 15 CE y a la resolución del conflicto que con ocasión de la misma podría entablarse entre el ejercicio del poder de dirección y el alcance de la obediencia exigible, ciñó su contenido a las situaciones de extrema y excepcional gravedad, abocando así a una interpretación ciertamente restrictiva de estos supuestos²⁶⁷.

En resumidas cuentas, tratando de arrojar luz sobre la penumbra existente, de dotar de seguridad jurídica a este punto y de dar cumplimiento a las obligaciones impuestas al Estado español *ex arts.* 13 del Convenio 155 OIT y 8.4 DM, el legislador dio cobertura al instrumento que permitirá proteger de toda consecuencia negativa al trabajador que desatiende las órdenes patronales recibidas creyendo sensatamente que con tal comportamiento está poniendo a salvo su salud de una amenaza de considerables magnitudes²⁶⁸. Sin embargo la norma descuida las situaciones menos extraordinarias, de riesgos menores, que sin bien no son susceptibles de infligir graves lesiones o enfermedades, contribuyen a la persistencia del ya conocido hábito desalentador de las estadísticas de siniestralidad.

²⁶⁵ FERNÁNDEZ MARCOS, L., «Seguridad e higiene», cit., pp. 92 y 95 y en «Derechos y obligaciones...», cit., p. 852.

²⁶⁶ GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J.J., *Seguridad e higiene...*, cit., p. 293.

²⁶⁷ FERNÁNDEZ MARCOS, L., «Derechos y obligaciones...», cit., p. 858.

²⁶⁸ Un estudio sobre las primeras normas de armonización a la normativa comunitaria en los ordenamientos italiano, francés, inglés, alemán y español, en FRANCO, M., «Adeguamento...», cit., pp. 218-232.

Al compás de la espiral normativa reflejada, los tribunales en la actualidad vienen identificando el ejercicio de autotutela de la seguridad y salud del trabajador con la tutela canalizada de forma autónoma en el art. 21.2 LPRL para un concreto tipo de riesgo profesional (especialmente severo y próximo). A resultas de lo cual se tiende a medir el escenario de riesgo con los parámetros propios del contexto de riesgo grave e inminente, de lo que se deduce que la justificación de la desobediencia en este campo acaba revistiéndose de una estricta rigurosidad en su aplicación que deja de lado la tutela integral del derecho a la seguridad y salud laboral. Dicha orientación interpretativa, ya se dijo anteriormente, redundaba en perjuicio del *ius resistentiae*, contemplado ahora de forma visiblemente más restringida una vez que ya se han abandonado anteriores posiciones más aperturistas y flexibles. Y en esta línea la reseñada doctrina del TC, de la cual se ha hecho mención, interpreta que el concepto de daños anudados al riesgo profesional que admite el ejercicio del derecho *ex art. 21.2 LPRL* se reduce a la pérdida de la vida, de la integridad psicofísica y de la salud, pero esta última sólo cuando el potencial perjuicio sobre la misma es grave e inmediato. Pero lo cierto es que, a mi juicio, dicha postura excesivamente limitativa viene motivada por un abultado defecto de focalización que no observa el problema de la accidentalidad en el trabajo desde la óptica más adecuada. El derecho a una protección eficaz frente a los riesgos profesionales no sólo requiere para su satisfacción que el trabajador se vea asistido de la capacidad de autoprotgerse de las situaciones de excepcional peligrosidad, sino también de aquellas otras realidades penosas e insalubres que, aun carentes de rango máximo, son susceptibles de lacerar su derecho a prestar servicios en un contexto donde la conservación de su salud permanezca asegurada.

Y en ello hay que abundar por cuanto estimo que no se puede por más tiempo rehuir la cuestión relativa al alcance de la obediencia debida cuando se ven afectadas la seguridad y salud en el trabajo, aun siendo objeto de una segura polémica. Delimitado el art. 21.2 LPRL en los términos antes reflejados, trataré de precisar los motivos que me conducen a postular que la plasmación normativa del derecho no sofoca en realidad todo intento de abrir nuevas vías que resquebrajen la concepción del riesgo grave e inminente como único parámetro axial del ejercicio del derecho a resistir en este ámbito. Y es que entiendo que la interpretación más certera pasa por considerar que el antedicho precepto no ha pretendido abarcar todas las posibilidades de resistencia que hubieran podido extraerse de la regulación en la norma estatutaria del alcance del deber de obedecer y de cierta doctrina judicial que entonces se había manifestado cuando se ve comprometida la seguridad y salud de los trabajadores. Vayamos por partes.

El art. 21 LPRL se sostiene en la suspensión o paralización de la actividad como medida idónea para garantizar el derecho subjetivo del trabajador cuando el tipo de peligro concurrente coincide con el recogido en el propio pasaje legal. Ello no es obstáculo para que, además, ante un riesgo de otra índole, de menor severidad, quede amparada la conducta del trabajador que se sustrae de dicha situación de peligro sin que para ello tenga que suspender la ejecución de su trabajo pues éste no es el supuesto de hecho que la norma regula. La solución que, considero, debería darse al mismo, habría de ser la resultante de recurrir de nuevo a la conocida lógica jurisprudencial que se había instalado en los tribunales con carácter previo a la entrada en vigor del art. 21.2 LPRL. En ambos casos procede articular un mecanismo que faculte la autoprotección del trabajador dirigida a combatir cualquier riesgo o peligro que pueda causarle un daño. Si bien, en el último supuesto planteado, los tribunales tradicionalmente se han manifestado reacios a hacer prevalecer el criterio subjetivo del empleado y priman por encima de todo su deber de acatar las órdenes empresariales. De modo que la solución que se formula habitualmente para dicha contraposición de intereses (el del empresario por que sus órdenes sean acatadas y el del trabajador por mantener en todo momento su seguridad y salud en el entorno de trabajo) pasa por establecer, como ya se dijo, un estándar de protección inferior para los derechos del trabajador aquí implicados. En pocas palabras, la doctrina judicial, con una posición tibiamente tuitiva del derecho subjetivo a la seguridad y salud laboral, tiende a amparar únicamente al primero de los casos explicados. Aquél que viene a coincidir con el supuesto de hecho contemplado en la norma preventiva citada.

Sin embargo, desde aquí se aboga porque la búsqueda del máximo nivel posible de protección guíe en todo momento la interpretación judicial, en tanto es el criterio más acorde con la necesaria consolidación de la cultura preventiva que se marcó como objetivo la aprobación de la LPRL y el medio instrumental para hacer efectivo el principio de seguridad que orienta todas las actividades de protección. A mi juicio hay razones más que suficientes para decantarse por un enfoque abiertamente garantista que ampare el derecho a negarse a acatar la orden dada cuando el cumplimiento de la misma entrañe un riesgo que, pese a no ser grave e inminente, el trabajador tampoco esté obligado a soportarlo en función de la naturaleza de la prestación que constituye el objeto del contrato de trabajo suscrito. Del mismo modo, se reclama aquí la atribución de legitimidad a la actuación asalariada que contradice la voluntad patronal y se rebela contra el cumplimiento de una orden por tener que desenvolverse la prestación en un escenario que carece de los medios adecuados para sortear el riesgo, cuando se insta a la ejecución de las laborales productivas proporcionando al personal unos equipos de trabajo defectuosos e inseguros (en el sentido *lato* del art. 4.6 y 17.1 LPRL y RD

1215/1997, de 18 de julio)²⁶⁹, o bien en caso de que el trabajador no esté aprovisionado de los equipos de protección personal previstos en las normas para ejecutar el mandato con la suficiente garantía de que su seguridad y salud no se verá mermada (art. 17.2 LPRL)²⁷⁰. Y también cuando la dirección de la empresa se resiste a proporcionar una información previa y exhaustiva del tipo de riesgo al que se enfrenta y las medidas para atajarlo o no se le haya proporcionado de la formación técnica necesaria para abordar tal función que le es requerida.

Contrariamente al propósito general perseguido por la regulación preventiva, el art. 21.2 LPRL se dirige a evitar estrictamente un cierto tipo de accidentes y enfermedades profesionales (cuando se ven involucrados los bienes constitucionales de máximo rango normativo amparados por el art. 15 CE) en lugar de procurar la firme mejora del medio de trabajo contrarrestando todos y cada uno de los factores de riesgo. Aun así, sería deseable que no se excluyera la posibilidad de que otro bien jurídico, la salud laboral, de acuerdo con el concepto global y amplio que se asume en la actualidad²⁷¹, pudiera también servir como estandarte del recurso al derecho de resistencia. En esta interpretación se debe abundar por cuanto es una cuestión de gran calado y enjundia al estarse hablando de valores jurídicos esenciales que conforman el sustento vital imprescindible para el disfrute de otros derechos fundamentales. Merecen, pues, una adecuada y *generosa* respuesta. Y es que, a mi modo de ver, no era intención del legislador español estrechar las posibilidades de autotutela del trabajador y, por lo que aquí se refiere, la capacidad para negarse a asumir la prestación de trabajo en condiciones que supongan una amenaza para la seguridad. Esta posibilidad, en coherencia con lo defendido previamente, queda abierta en función del ligamen lógico entre regularidad del ejercicio de las facultades directivas y el alcance del deber de obediencia. Y es que una interpretación restrictiva del derecho de resistencia, que confine sus posibilidades de actuación en el contexto de riesgo grave e inminente que se ocupa de regular el art. 21 LPRL, comporta en realidad una disminución de los niveles de protección previamente existentes, lo cual, a mi entender, resulta del todo inconveniente²⁷².

²⁶⁹ FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., «Artículo 29. Obligaciones de los trabajadores en materia de prevención de riesgos», en AA.VV. (Dir. Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M^aN.), *Comentario...*, cit., p. 302.

²⁷⁰ En el ámbito del derecho internacional, *vid.* el art. 11 del Convenio 119 OIT. Por su parte, había manifestado GONZÁLEZ SÁNCHEZ que «el derecho de resistencia rebasa esta situación límite, de riesgo grave e inminente, y ha de ponderarse en aquellas otras que simplemente sobrepasen los límites del “deber de provisión” del empresario, esto es, si no se le han facilitado “los medios de protección personal de carácter preceptivo”» (*Seguridad e higiene...*, cit., p. 292). La misma opinión en FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., «Artículo 29...», cit., pp. 302-303.

²⁷¹ *Vid.* la STJCE 12 noviembre 1996 (asunto C-84/94, Reino Unido contra el Consejo de la UE).

²⁷² Así también lo defiende LAI, M., *Flessibilità...*, cit., p. 26, quien rechaza que dicho derecho deba únicamente limitarse a los casos que revisten una cierta intensidad, inmediatez e inevitabilidad (pues

El empleador, al concretar el modo de realización de la prestación y las condiciones bajo las cuales ésta se desenvuelve está sujeto a un límite que la propia norma estatutaria recoge cuando se refiere a la regularidad de las directrices patronales. A la inversa lo dicho supone que decae el deber de obedecer que atañe al deudor contractual y entra en juego el derecho a apartarse del cumplimiento de las órdenes o instrucciones recibidas cuando éstas no responden al ejercicio legítimo de las prerrogativas empresariales. Esta facultad, como se viene haciendo notar en páginas anteriores, está enormemente lastrada por el peso de la tradición dogmática e inercia histórica y es que no son pocos los prejuicios ideológicos (basados principalmente en la idea de que la afirmación de un derecho de resistencia frente a las órdenes que el trabajador bajo su propio criterio estima ilegítimas o abusivas desnaturaliza y deforma de manera intolerable la posición de autoridad del empleador y la facultad de mando que le es inherente) que han impedido a lo largo de estos años articular un auténtico debate donde se tomen en consideración los argumentos a favor y en contra de esta vía de autotutela del trabajador. Así no es extraño que no haya existido en la práctica un verdadero diálogo comunicativo entre los argumentos doctrinales que abogan por la admisión general y abstracta del derecho de resistencia ante la incorrecta actuación del empleador, las afirmaciones teóricas de una copiosa jurisprudencia en relación a la operatividad parcial de dicha posibilidad (en ciertos casos excepcionales dados a conocer explícitamente en este trabajo), y el enfoque clásico del que se desprende una actitud promocional del devenir tradicional del negocio contractual y de las relaciones conflictuales entre los agentes implicados. De ahí que lo que se deja sentir en la actual jurisprudencia sea una tendencia ciertamente involutiva que acentúa la primacía de los poderes empresariales al tiempo que se percibe la clásica reticencia a admitir que cualquier decisión patronal que ponga en peligro la seguridad y salud de los trabajadores merezca constituir una causa justificativa suficiente de la conducta del trabajador que se aparta de las mismas²⁷³.

La práctica se traduce en que el trabajador ha de tolerar la vulneración de su derecho subjetivo a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo

tales son los requisitos materiales requeridos en la norma italiana). No obstante, limita el autor el ejercicio del derecho de resistencia, cuando no se esté ante el tipo de riesgo descrito en la norma, a la situación de riesgo que tiene origen en el incumplimiento empresarial de su deber de seguridad. Por el contrario, cuando en la creación del contexto peligroso no interfiere el comportamiento del empresario, las posibilidades de autotutela se reducen a las previstas en dicho precepto siempre, claro está, que se trate de un riesgo de tales características (grave, inmediato e inevitable). En parecidos términos, DEL PUNTA, R., «Diritti e obblighi...», cit., pp. 190-191 y NATULLO, G., «La nuova normativa sull'ambiente di lavoro», en *Giorn.Dir.Lav.Rel.Ind.*, vol. IV, fasc. 72 (1996) pp. 706-707.

²⁷³No obstante lo señalado, indicaba la STC 191/2000, de 13 de julio, que «el derecho de resistencia frente a la violación del propio derecho fundamental no tiene por qué suscitar recelos» (Fj. 2º).

cuando el riesgo de daño no pueda ser calificado legalmente como grave e inminente a tenor de lo dispuesto en el art. 4.4 LPRL. La apreciación subjetiva del riesgo queda, entonces, relegada a la reafirmación de la subordinación a la jerarquía de la empresa, siendo por tanto los tribunales los que *ex post* proveerán de plena efectividad a este derecho si su estimación coincide con la del trabajador. Lo cual, en definitiva, no se sostiene si entendemos que de la interpretación literal de los arts. 5 c y 20.2 ET se desprende el acatamiento de las órdenes patronales exclusivamente hasta donde las mismas son manifestación de un ejercicio regular del poder directivo²⁷⁴. Y la contravención del derecho de protección atribuido legalmente al empresario del que es expresión un proceder directivo que coloca a los empleados en una situación que no se ajusta a las exigencias de seguridad, no es ejemplo de dicho ejercicio²⁷⁵. Retomando aquí alguna de las claves sobre las que se viene sustentado el presente estudio, hay que decir que no puede dudarse seria y responsablemente de que la norma configure un deber de obedecer limitado o condicionado al ejercicio legítimo del poder empresarial. En lo que se debe hacer hincapié, entonces, es en que las decisiones empresariales, activas y omisivas, que sitúen al empleado en una situación extremadamente arriesgada no generan deber de obediencia.

Por supuesto, la LPRL dispone de un instrumento jurídico al que el trabajador puede asirse legítimamente para desentenderse del contenido de las mismas. Pero incluso cuando este derecho de reacción y control individual de los mandatos patronales no encuentra aplicación por no concurrir un supuesto de riesgo particularmente grave y próximo, aun cuando puede resultar polémico, me inclino por ofrecer la misma solución. Es decir, por enjuiciar favorablemente el comportamiento del trabajador que rechaza el cumplimiento de un mandato al albergar serias dudas de la seguridad del ambiente de trabajo y ello sabiendo de antemano que el daño a la salud que del mismo se podría derivar no cumpliría las exigencias de gravedad del art. 4.4 LPRL. Frente a la carencia normativa en este ámbito, lo que se propone es una labor hermenéutica acomodada a las exigencias de regularidad reconocidas en sede estatutaria. Resultaría conveniente, así las cosas, que los tribunales tuvieran la oportunidad de replantearse los términos de operatividad del *ius resistentiae*, tomando en cuenta no sólo el referente

²⁷⁴ No está de acuerdo GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B., *El deber de seguridad...*, cit., pp. 141-143.

²⁷⁵ Como se ha indicado, «el empresario puede dar órdenes en cuanto al tiempo, lugar y modo de la prestación del trabajador (...) le es exigible como deber procurar que no sean nocivas para el trabajador y que éste resulte indemne tras su cumplimiento» (OLEA ALONSO, M. y CASAS BAAMONDE, M^a E., *Derecho del Trabajo*, cit., p. 395). También en GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., *Comentarios...*, cit., p. 188; MONTUSCHI, L., *Diritto alla salute...*, cit., en especial, pp. 71-72 y PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., «El derecho constitucional...», cit., p. 43.

normativo hoy existente en la LPRL, sino el principio de regularidad al que el ET somete al proceder directivo del empresario²⁷⁶.

Del empresario se requiere, tanto un comportamiento de índole activa (adoptar las medidas de seguridad que correspondan), como negativo (prescindir de aquellas iniciativas cuya puesta en práctica pueda resultar nociva para la integridad psico-física de sus empleados). Éste no sólo está obligado a hacer frente a sus deberes cuando así se lo exija el trabajador. El mantenimiento de la seguridad en el trabajo debe hacerse en todo caso como condición *sine qua non* del debido cumplimiento contractual. Una actitud empresarial ajena a la deuda de seguridad que le atañe o, incluso, contraria a las exigencias derivadas de dicha posición subjetiva, independientemente de la actuación más o menos reivindicativa del trabajador afectado, será el origen de las correspondientes responsabilidades de carácter público. Pues bien, considero oportuno traer a colación en este momento que la actuación del trabajador puede ser activa en dos direcciones que se sustancian en un estadio previo a la actualización del riesgo y en el momento posterior a su realización. En este último escenario sólo cabe, por parte del trabajador, la reclamación al empresario de la correspondiente indemnización y la reparación de daño causado. Sin embargo, centrándonos en el tema objeto de este estudio, en el momento previo a la culminación del peligro, el trabajador tiene en su mano una intervención activa de dos maneras: transmitiendo al empleador la información sobre el riesgo detectado, reclamando frente al empresario la adopción de

²⁷⁶ Si no se limitara el derecho a los supuestos graves de previsible producción inminente, no tendrían cabida en nuestro derecho situaciones como las que se perciben en el relato de los hechos de la STSJ Navarra, 31 octubre 2005 (AS/3433), la cual estima que la conducta de los trabajadores que paralizaron su actividad por razón de las bajas temperaturas presentes en el centro de trabajo (entre 9 y 10 grados centígrados) fue arbitraria y desproporcionada «al disponer de otros cauces legales para conseguir que la empresa cumpliera con sus obligaciones en materia de salud ambiental». La solución dada merece, no obstante, nuestra desaprobación con motivo en las siguientes consideraciones: en primer lugar, no deja de sorprender el llamamiento del Tribunal a que los trabajadores deberían haber empleado el mecanismo instrumentalizado por el art. 21.2 LPRL como último recurso cuando en el propio relato de los hechos se hace constar que los trabajadores habían denunciado previamente la situación a la Inspección, la cual había visitado a la empresa constatando que ésta no había efectuado la valoración de riesgos laborales en relación con las condiciones ambientales, a resultas de lo cual había efectuado varios requerimientos a la empresa para que corrigiera la situación. Lo cual permite deducir que cuando la sentencia se refiere a «otros cauces legales» está pensando en la reclamación judicial como vía para solucionar el conflicto y, por tanto, en el principio *solve et repete*. De suma importancia resulta, entonces, traer a colación la doctrina sentada en la STS 15 marzo 1991 (RJ/1859) cuando concluye que dicho principio «no es aplicable en los supuestos en que existe una normativa y una práctica que dotan a la orden de clara antijuridicidad». Y, en segundo lugar, pretendo aquí dejar subrayado que la sentencia descarta que la temperatura ambiental pueda llegar a constituir un factor de riesgo en el nivel de lo que podría calificarse como grave e inminente conforme al art. 4.4 LPRL, lo cual impide, a la luz del art. 21.2 LPRL, que el trabajador pueda dilucidar por sí mismo los problemas de seguridad implicados en el desarrollo de su trabajo a efectos de paralizar dicha actividad pues no se acoge a los requisitos que determinan la aplicabilidad de la respuesta jurídica consagrada como específico *ius resistentiae* en la LPRL. Sin embargo, el bienestar personal y la calidad del trabajo aquí envueltos encontrarían amparo si se interpretara más flexiblemente estos requisitos o si se otorgara el mismo amparo que acoge el art. 21.4 LPRL a supuestos no graves o inminentes.

las medias de protección que sean necesarias para asegurar su seguridad y salud teniendo presente, como se ha hecho notar, que la desatención empresarial de dichos requerimientos constituyen un incumplimiento contractual del que tendrá que responder en la medida que la normativa sancionadora establezca. Y junto a esta actuación, debemos entender, cabría además la oposición del trabajador a las órdenes e instrucciones empresariales (directrices a las que *a priori* debe obediencia puesto que emanan del ejercicio de un poder empresarial) que carecen de fuerza preceptiva al resultar su cumplimiento perjudicial para la seguridad y salud del trabajador.

No conviene pasar por alto que las órdenes o instrucciones patronales que no se acomoden a lo prescrito legalmente en materia de seguridad y salud en el trabajo, aun suponiendo un peligro de reducidas dimensiones, no son acordes al ordenamiento jurídico (art. 19.1 ET, 14 LPRL y 43.1 CE), bien sea porque contravienen la articulación normativa del derecho a la seguridad y salud en el trabajo, o bien porque alcanzan a suponer un atentado contra el derecho fundamental del 15 CE que también le sirve propiamente de trasfondo constitucional. A resultas de lo cual, como venimos defendiendo, el trabajador ha de poder emprender las medidas necesarias para asegurar su propia seguridad y unos óptimos niveles de salud y bienestar, tanto físico como mental²⁷⁷ salvo que, claro está, el riesgo que se pueda provocar con dicha actuación ostente una magnitud superior al riesgo que se pretende evitar.

El carácter irregular o antijurídico debe predicarse de todas aquellas órdenes susceptibles de provocar una lesión orgánica, psíquica o social en el trabajador. Lo que significa que el mandato que sitúa al operario en una situación potencialmente insalubre o peligrosa es ilegítimo y, por tanto, viene de suyo la inobservancia del mismo sin que dicha conducta merezca en buena técnica jurídica ser calificada como desobediencia dado que en tal caso no existe incumplimiento contractual alguno²⁷⁸. Igual consecuencia jurídica se alcanza, ya se ha hecho mención, cuando estando presente una situación de peligro manifiesto el empresario no pone a disposición de sus empleados las medidas que fueran oportunas para sustraerse de dicho contexto. Tampoco existe en este caso un ejercicio regular de las facultades de dirección. Al hilo de estas consideraciones no cabe sino anotar que requerir del trabajador que ponga en peligro su salud aunque no se trate de una exposición al riesgo que reúne las consabidas características de gravedad e

²⁷⁷ En la 91ª reunión de la Conferencia Internacional de trabajo (2003) se dejaba sentado que avanzar en la efectividad de las estrategias y políticas de prevención implica respetar el derecho a «gozar de un medio ambiente de trabajo seguro y saludable a todos los niveles».

²⁷⁸ Por su parte, demandaba VÁZQUEZ MATEO que «ante una actitud objetivamente incumplidora del deber de seguridad y vigilancia por parte del empresario pueda el trabajador ejercer el *ius resistentiae*, que en ningún caso podrá ser calificado como muestra de indisciplina o desobediencia» («La seguridad... », cit., p. 228).

inminencia, resulta igualmente inadmisibile. Considero, por tanto, que hay que evitar que las tradicionales reticencias a la proyección práctica de la tesis judicial que configura un *ius resistentiae* a favor del trabajador desmerezcan el hecho de que sean las «condiciones de peligrosidad e insalubridad»²⁷⁹, sea cual sea el origen y causa de las mismas, las que puedan habilitar el ejercicio lícito de la autotutela individual frente al poder de dirección patronal.

De acuerdo a la línea dominante, la conducta del empleado que se abstiene de acatar una orden de su superior al divisar, bien sea un riesgo potencialmente severo pero no inmediato o, en cambio, un riesgo sin tanta intensidad aunque su producción sea previsiblemente inminente, es considerada una infracción. Tales circunstancias, no se olvide, sí podrían evitar que pudiera apreciarse la gravedad necesaria para ser sancionado con el despido al existir una causa incompleta de justificación. Considero, sin embargo, que las cuestiones reseñadas más arriba invitan a hacer hincapié en que la irregularidad de directrices patronales de dicho calibre es el criterio adecuado para resolver la colisión *ius resistentiae*/deber de obediencia que aquí se sustancia. Este parámetro es el que emplea la reciente STSJ Galicia, 9 mayo 2008 (JUR/177425) para desautorizar el despido del que había sido objeto un trabajador, chofer mecánico de profesión, que rehusó cumplir la orden de realizar un viaje transportando mercancía por carretera al haber entendido que no había descansado el tiempo suficiente desde el último viaje. La sentencia destaca que junto al soporte normativo que le presta el art. 11 del RD 1561/1995 a la actuación del asalariado, también debe prestarse atención al contenido de la orden desatendida, pues ésta «implicaba un fondo de peligrosidad». En consecuencia, no cabe soslayar, declara el tribunal, que «estuvo en juego, una de las causas de excepción, que recoge la doctrina jurisprudencial, a la regla general relativa al deber de obediencia, que tiene el trabajador con relación a las órdenes del empresario», hecho que revalida la resistencia del trabajador.

En efecto, no procede una segmentación de la protección en razón de la entidad del riesgo cuando están en juego valores sustanciales para el ser humano como su seguridad y salud. La protección *efectiva* de tales bienes, en tanto no existe norma específica al respecto, reclama una interpretación jurisprudencial favorable al criterio de la desobediencia justificada que impida que el derecho a la salud y seguridad en el trabajo quede irremediabilmente desvirtuado cuando se enfrenta al proceder directivo del empresario y el riesgo no está revestido por los caracteres propios que el art. 4.4 LPRL recoge. De modo que, habida cuenta de las observaciones aquí realizadas, se nos presenta con meridiana claridad que el *ius resistentiae* debe operar en realidad frente a

²⁷⁹ GONZÁLEZ LABRADA, M., *Seguridad y salud...*, cit., p. 419.

toda agresión injustificada que se produzca en el lugar de trabajo atentando contra la vida, integridad psicofísica o la salud del trabajador sin que quepa anudar su aplicabilidad a la concurrencia de una amenaza de severidad notable y de producción verosímilmente cercana. Sobre todo cuando el reconocimiento normativo del derecho no ha despejado las dudas en torno a su aplicación práctica. Ya se vieron, y a dichas observaciones me remito, los mayúsculos interrogantes que suscitan «no sólo la abstracción de la situación de riesgo grave e inminente, sino también los criterios en que el trabajador debe fundar su decisión»²⁸⁰.

La interpretación aquí sustentada permite abogar por reforzar el *ius resistendae* como mecanismo adecuado en aras al perfeccionamiento de la protección, siendo como es necesario poner freno a cualquier tipo de accidente que se sustancie en el medio laboral²⁸¹. Aunque éste no cause graves lesiones, pues todo perjuicio a la seguridad o salud del trabajador merece sin ambages nuestro rechazo. En caso contrario, el derecho subjetivo a la protección que pertenece al trabajador queda indebidamente diluido. Cierto es que el derecho de resistencia, en cuanto acción unilateral, se acomoda mal con las exigencias contractuales y genera no pocas reticencias por la dificultades aplicativas y la importante intromisión que ello conlleva en los poderes directivos del empresario. Téngase en cuenta, dicho sea de paso, que el ejercicio asalariado del derecho, en aras a su seguridad, despoja temporalmente al empresario de su poder de dirección. Pero hoy más que nunca, con una tasa de siniestralidad todavía elevada e inmersos como estamos en un contexto de crisis económica que hace si cabe más audibles las voces que persistentemente se levantan para reclamar una mayor flexibilización del mercado de trabajo, no pueden seguir siendo, ni el perjuicio a la organización empresarial, ni la autoridad jerárquica del máximo exponente de la institución empresarial, los intereses que sigan primando en estos casos en los que la política de prevención y el derecho subjetivo de protección se ven inmersos en el conflicto.

Quisiera remarcar, por parecerme de todo punto necesario, que cuando sostengo se fundamenta en un aserto clave: no pueden prevalecer criterios de productividad y disciplina frente a los de seguridad. Toca por fin, de una vez por todas, situar a la seguridad laboral en el lugar central que se merece e ir más allá de las palabras y de la voluntad política de acabar con los siniestros en los lugares de trabajo. La proporción de

²⁸⁰ IGARTUA MIRÓ, M^ªT., *Sistema de prevención de riesgos laborales*, Tecnos, Madrid, 2008, p. 154.

²⁸¹ El incumplimiento contractual del deudor de seguridad deja en manos del trabajador la posibilidad de exigirle que cumpla con sus obligaciones mediante proceso declarativo ordinario (arts. 2 y 7 LPL) o de acudir al art. 50.1, c ET como forma de autotutela. En relación a este último hay que señalar que existen serias dudas sobre su idoneidad dado que, como se ha advertido, «l'autotutela per poter essere funzionale agli interessi del lavoratore deve infatti consentire la conservazione del posto di lavoro» (LAI, M., *La sicurezza...*, cit., p. 41).

un medio ambiente de trabajo exento de riesgos que puedan ocasionar daños al trabajador ha de actuar, en todo caso, como vector modulador del posible incumplimiento por desobediencia del trabajador.

En conclusión, considero que el art. 21.2 LPRL supone un refuerzo legal –por la especial sensibilidad y preocupación de la que han sido merecedoras las cuestiones relativas a la seguridad en el trabajo en los últimos años– del ejercicio individual del *ius resistentiae*. Ante situaciones de especial gravedad, se verifique o no el suceso peligroso, dicho reconocimiento expreso, a fin de que en todo caso quedasen salvaguardados los legítimos intereses del trabajador, despeja todas las dudas que pudieran impedir al trabajador ponerse a salvo de estas situaciones por temer alguna sanción empresarial. Pero esta afirmación en nada empaña el hecho de que pueda defenderse la operatividad del derecho de resistencia en otros supuestos en los que, no existiendo un foco de riesgo grave e inminente, la dirección empresarial impone desplegar un determinado comportamiento que es susceptible de generar algún riesgo para la salud o seguridad de sus destinatarios²⁸². Y esta es la propuesta que aquí se argumenta. Huelga señalar que el contingente perjuicio que pudiera causar a la empresa el recurso a la autodefensa se verá suficientemente compensado por la reducción de la peligrosidad y que, en cualquier caso, el trabajador será el mayor interesado, no ya sólo en que se respete al máximo los valores supremos que conforman su persona, sino también en que su actuación genere el mínimo perjuicio al interés empresarial el cual, en definitiva, sustenta su puesto de trabajo. La trascendencia de los bienes jurídicos a proteger hace que el acento haya de ponerse, como faro alumbrador, en el principio de prevención de cimiento la normativa actual.

6.1. El empleo de la *exceptio inadempti contractus* como recurso jurídico alternativo al *ius resistentiae*

Arroja luz sobre este asunto, aunque no quepa hablar de un razonamiento del todo acabado y completo por cuanto hemos expuesto en otro momento, la literatura italiana que ocupándose del tema de la seguridad y salud en el trabajo ofrece una interesante solución interpretativa a la configuración de un derecho de autotutela privada ejercitable por el trabajador en este campo. Hay que comenzar señalando que desde distintos sectores se planteó la duda sobre si la previsión específica para el caso de «*pericolo grave ed immediato*» (la Ley italiana se muestra en este punto más fiel que la española a la terminología empleada en Directiva) podría suponer una contramarcha

²⁸² Vid. MARTÍNEZ FONS, D., «Artículo 19. Seguridad e higiene», en AA.VV. (Dir. Del Rey Guanter, S.), *Estatuto...*, cit., p. 399.

entendiendo que el legislador quiso circunscribir la autotutela del trabajador únicamente a las situaciones en las que el peligro al que se ve potencialmente expuesto goce de las agravantes expresamente recogidas en el art. 14 *D.Lgs* 626/1994 (que se corresponde con el art. 44 del *D.Lgs*. 81/2008). Se dio paso así a una discusión en relación a la posible restricción que pudiera operar la normativa mencionada al derecho que de forma consolidada se había venido reconociendo al trabajador en todo supuesto en el que el ejercicio del poder empresarial le colocase en una situación de notorio riesgo para la salud. Bien, planteados así los términos de la cuestión, hay que precisar que la doctrina que se ha ocupado de este asunto ha coincidido en rechazar una lectura del art. 44 que pudiera restringir el derecho de autotutela *genérico* (el cual apodera al trabajador para ejercer una resistencia frente a los mandatos patronales que le imponen el desarrollo de una labor en condiciones nocivas para su salud física o psíquica) y ello a pesar de que el trabajador no pudiera estimar en el riesgo al que entiende estar sometido las circunstancias de gravedad o inminencia que la Ley expresamente exige²⁸³.

Conviene pasar revista al orden de argumentos que se esgrimen apoyando tal afirmación y puede comenzarse por señalar que es posición mayoritaria que la disposición del art. 44 no puede ser explicada de acuerdo al principio *inadimplenti non est adimplendum*²⁸⁴. Al respecto se ha subrayado que dicho instrumento normativo conforma un «*istituto originale*» cuya matriz se encuentra en el art. 8.4 de la DM²⁸⁵. Es opinión generalmente admitida que dicho precepto normativo tipifica uno de los supuestos posibles de legítima autotutela. No existe, pues, identidad entre el derecho de

²⁸³ Dicha consideración se sustenta, afirma LAI, en el carácter de norma mínima de la disciplina comunitaria que «non avrebbe dovuto in alcun caso comportare un abbassamento dei livelli di tutela esistenti», (*La sicurezza...*, cit., pp. 47-48). *Vid.*, también, CESTER, C., y MATTAROLO, M.G., *Diligenza e obbedienza...*, cit., p. 485.

²⁸⁴ Distinta consideración ha merecido este asunto por otro sector de la doctrina que ha negado que la expresa mención que la norma de prevención hace del derecho de resistencia pueda suponer un reconocimiento innovador de un derecho. Éste mismo ya venía siendo reconocido tanto doctrinal como jurisprudencialmente a fin de proveer al trabajador de un instrumento jurídico que le permitiera autoproteger su seguridad y previniese eventuales daños a su integridad (a través de los principios generales de corte privado de los arts. 1206 y 1460 del Código Civil italiano). Así, GALANTINO, L., *La sicurezza del lavoro*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 1996, p. 26. Igualmente, *vid.*, por todos, MONTUSCHI, L., «La sicurezza...», cit., p. 420 y ZOLI, C., «Gli obblighi e i diritti individuali dei lavoratori dipendenti», en *Il lavoro nella Giurisprudenza*, núm. 9 (1995), p. 808.

²⁸⁵ Así, DEL PUNTA, R., «Diritti e obblighi...», cit., pp. 188-191. En idéntico sentido, LAI, M., *Flessibilità...*, cit., p. 25 y MANGIONE, S., «Violazione degli obblighi di sicurezza e rifiuto dello svolgimento delle mansioni», en *Articolo 19*, núm. 2 (2005), p. 4 y «Diritto di resistenza, violazione degli obblighi di sicurezza e rifiuto di eseguire la prestazione lavorativa», en *Articolo 19*, núm. 2 (2006), pp. 2-4. Por su parte, considera FERRANTE que dicha disposición normativa no es una tipificación de la excepción de incumplimiento sino que se trata «di una previsione in certa misura collegata ad esigenze di ordine pubblico, ricordando, nei suoi presupposti (“pericolo grave, immediato e che non può essere evitato”), quello stesso principio in forza del quale viene ammessa la gestione di affari altrui o la legittima difesa o viene scriminato il danno compiuto in stato di necessità, a motivo della “lontananza” dell’ordinamento e della necessità di provvedere senza il minimo ritardo» (*Potere e autotutela...*, cit., p. 283).

resistencia previsto en caso de una grave e inmediata amenaza contra la seguridad y salud y el derecho que ha venido amparando al trabajador para oponerse a cualquier orden lesiva de su seguridad y salud al margen de las situaciones extremas de peligro. Y es que se piensa que ambas instituciones jurídicas encuentran fundamento en presupuestos distintos, siendo sus respectivos ámbitos funcionales de aplicación coincidentes únicamente en determinados casos²⁸⁶.

Al tiempo, la distinción entre ambas vías de autotutela (la cesación temporal de la prestación en caso de peligro especialmente cualificado y la excepción de incumplimiento) también se hace patente en la jurisprudencia italiana. La *Corte di Cassazione* se ha pronunciado varias veces en los últimos años sobre este asunto reconociendo la facultad del trabajador de abstenerse de desarrollar determinados trabajos cuando exista un concreto peligro para su salud. Al margen del derecho de resistencia amparado por la específica normativa, se acude para explicar la conducta del trabajador que se niega a llevar a cabo la prestación contratada a dos dispositivos jurídicos alternativos que, sin embargo, tienen en común un escenario de peligro ligado al incorrecto cumplimiento por parte del empresario de sus obligaciones en este terreno, ya sea recurriendo a la falta de cooperación del acreedor art. 1206 *c.c* (*mora credendi*) o al art. 1460 *c.c* (excepción de contrato no cumplido)²⁸⁷.

El recurso a tales principios generales le sirve a la *Corte* para legitimar el rechazo del trabajador a cumplir con las tareas acordadas cuando no se cumplan los requisitos que contempla el art. 44. Se pone el acento, por tanto, en la ausencia de las medidas de protección necesarias para tutelar la integridad personal y las condiciones de salud de los trabajadores en vez de en requisitos del riesgo tales como su inminencia e inevitabilidad, pues se admite la declaración de ilegitimidad del despido que pudiera promoverse dada la insubordinación del empleado aunque el riesgo sea meramente potencial. Se considera que la falta de inmediatez no impide que siga siendo constitutivo de una agresión directa contra intereses tutelables. Si bien se ha precisado, en otros tantos pronunciamientos, que el incumplimiento empresarial que legitima la renuncia de la prestación por el asalariado debe ser grave o, al menos, gozar de una

²⁸⁶ Vid. PASQUARELLA, V., «Autotutela...», cit., p. 116.

²⁸⁷ Ambas hipótesis, precisan varios autores italianos, son relevantes únicamente a efectos teóricos dado que comparten idéntica consecuencia jurídica sobre el plano estrictamente práctico: ya se defiende la primera o la segunda tesis, la ausencia de las medidas de protección oportunas determina la legitimidad del rechazo de la prestación laboral sin que ello pueda comportar un despido disciplinario ni la pérdida de la retribución, BIANCHI D'URSO, F., *Profili giuridici...*, cit., p. 88 y GIROLAMI, F., «Violazione dell'obbligo di sicurezza e astensione dal lavoro», en *Dir.Lav.*, núm. 3 (2006), p. 163.

considerable entidad para que la negativa del trabajador a acatar las órdenes impartidas se entienda justificada de acuerdo al principio de buena fe²⁸⁸.

Así pues, quedan perfectamente delimitadas las dos opciones que para jurisprudencia italiana constituyen un supuesto de desobediencia legítima: la *exceptio inadempti contractus* del art. 1460 c.c. como vía adecuada para una acción de autotutela cuando antecede el incumplimiento de la parte acreedora; y como mecanismo ulterior, que se añade al precedente, el *ius resistentiae* acogido legalmente para supuestos de riesgo de singular magnitud. Es de notar, en el primer caso, que no basta una vaga situación de amenaza a la seguridad pues la Corte de Casación requiere la presencia de «concreti pericoli alla salute» o de situaciones realmente «pregiudizievoli per la sua salute o la sua incolumità»²⁸⁹. Dejando claro esto, ya sea invocando uno y otro recurso jurídico como fundamento de la autotutela individual, la dirección que ha tomado de forma prácticamente unánime la doctrina y la jurisprudencia italiana ha sido la de considerar que los requerimientos empresariales que imponen una determinada actuación al trabajador y que son contrarios a la salud pueden ser legítimamente desobedecidos.

De este modo, el derecho *ex* art. 44 es aplicable cuando objetivamente el riesgo reúne las condiciones que allí se explicitan sin que a la hora de determinar la legitimidad de la desobediencia del trabajador sean merecedores de consideración ni los factores que provocaron tal situación de peligro grave e inmediato ni, específicamente, si fue la conducta incumplidora del empresario la que dio origen a dicha escenario de riesgo²⁹⁰. A su vez, no merece reproche jurídico la oposición del trabajador a los mandatos patronales, ya se manifiesten de forma implícita o explícita, que ponen a su destinatario en una situación de riesgo aunque ésta no goce de las características

²⁸⁸ Tras emprender un juicio de equivalencia y proporcionalidad entre dos incumplimientos contrapuestos, se entiende que cuando el incumplimiento cronológicamente anterior no es grave, la negativa sucesiva del trabajador a cumplir con la actividad laboral acordada es contraria a la buena fe y por lo tanto, constituye desobediencia no justificada. Entre otras, *Cass.* 11 mayo 1998, núm. 4743; 27 septiembre 1999, núm. 10668; 22 enero 2000, núm. 699; 3 julio 2000 y 7 noviembre 2005, núm. 21479.

²⁸⁹ Tal y como destaca MAGELLI, en comentario a la sentencia *Cass.* 9576/2005 [«Maneggiare con cautela», en *Articolo 19*, núm. 4 (2005), p. 2]: «sarebbe sbalgiato pensare che questa sentenza “autorizza” il lavoratore a sospendere il lavoro ogni volta che c’è qualsiasi problema, anche di modesta entità, o lo “legittima” a rifiutarsi di svolgere le sue mansioni ogni volta che una norma di legge non è rispettata: il discrimine per un atteggiamento di rifiuto della prestazione di lavoro è l’esistenza di una condizione effettiva di pericolo». De modo que «occorre muoversi con attenzione e consapevolezza, sapendo che con questa sentenza disponiamo di un’arma molto importante, ma sapendo anche che va usata con cautela. Non è certo uno strumento di prima scelta, ma da usare nel momento in cui le altre vie sono fallite (...). Sarebbe molto triste vedere un lavoratore sanzionato disciplinarmente o addirittura licenziato perché ha usato in modo troppo avventuristico questo importante strumento».

²⁹⁰ De esta opinión son DEL PUNTA, R., «Diritti e obblighi...», cit., pp. 188-191; FRANCO, M., «La responsabilità...», cit., p. 286-287; LAI, M., *Flessibilità...*, cit., pp. 25-26. En soporte digital, SCIORTINO, P., «L'autotutela nella sicurezza sul lavoro», 2003, pp. 30-32 (http://www.diit.unict.it/users/scava/iter/articolo_autotutela_sicurezza.doc).

normativamente requeridas. La razón jurídica que explica la admisión de un derecho de resistencia en tal caso se atribuye al incumplimiento del empresario de su deber de proveer unas condiciones de trabajo libres de todo peligro. Constituye, por tanto, dicha inobservancia del deber de seguridad que atañe al empleador el presupuesto jurídico que sostiene la negativa del trabajador a cumplir a su vez con su deber de obediencia. Esto es, independientemente de su intencionalidad, se entiende justificada la desobediencia en estos casos cuando la circunstancia que pone en peligro la vida o integridad psíquicofísica de los asalariados está bajo el control organizativo o la gestión del empresario y éste omite la cautela debida ya que no garantiza que se pueda desarrollar las tareas encomendadas sin someter a peligro alguno a la propia persona.

Sin ser el *iter* argumental aportado el más adecuado y habiéndome pronunciado contraria al empleo para estos fines de la excepción de incumplimiento dado que no se cumplen las exigencias de reciprocidad, vale la pena destacar el caso italiano como ejemplo de admisión de la facultad de apartarse de la prestación laboral cuando se ve comprometida la seguridad o salud del empleado, y ello sin necesidad de que tales posibilidades de defensa personal tengan que ceñirse a las previstas para el supuesto de riesgo grave e inminente. El empleo de los mecanismos privatísticos de tutela con estos fines conducen, tal y como así lo han advertido algunos autores, a un «raddoppio della linea di difesa del lavoratore»²⁹¹. Ahora bien, no es la invocación a la *exceptio* o la mora del acreedor, y ni tan siquiera la garantía en protección del salario del art. 30 ET cuando se está ante una situación imposibilitadora de la prestación imputable al empresario, el fundamento jurídico de la conducta, legítima en mi opinión, del trabajador que se abstiene de ejecutar la labor para la que ha sido contratado en un escenario de riesgo para salud²⁹². Su explicación jurídica ha de buscarse en la oposición lícita a la autoridad que es ejercida por el empresario de forma irregular, calificación jurídica que corresponde en tanto sobrepasa los límites que confinan las facultades empresariales asegurando la justa expresión de las mismas. Pero también, en ausencia de orden expresa, sobre la base de la pasividad u omisión achacable al empresario que, ante un ataque o amenaza a la seguridad y salud de los miembros de la plantilla, no adopta las medidas ni emite las órdenes que oportunamente pondrán a los asalariados afectados a salvo de todo riesgo²⁹³.

²⁹¹ FRANCO, M., «La responsabilità...», cit., p. 287.

²⁹² Incluye SALA FRANCO a la suspensión de la ejecución de los trabajos por riesgo grave e inminente como supuesto incardinable en la *mora accipiendi* empresarial a que se refiere el art. 30 ET (*El régimen jurídico de las ausencias al trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p.13).

²⁹³ Sobre el particular, *vid.* GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J.J., *Seguridad e higiene...*, cit., p. 292.

6.2. Cánones determinantes de la exigente de «obediencia debida»

Como se viene defendiendo a lo largo de este trabajo, toda orden empresarial que imponga la realización de un trabajo en condiciones de paladina peligrosidad o ante la carencia de las medidas precautorias más elementales es una orden ilegítima y, consecuentemente, hace decaer el deber de obediencia que sujeta al personal subordinado. Podemos decir que está justificada, por tanto, la desobediencia sin que sea oportuno supeditar tal afirmación a la concurrencia de un supuesto extremo de urgencia y severidad. Ahora que no se pretende defender ésta como una facultad ilimitada en poder del asalariado. La tutela inmediata y personal que pretenda emprender el trabajador ha de venir avalada por la pretensión de salvaguardarse de un riesgo que si bien no es susceptible de provocar la muerte o de causar graves lesiones de forma repentina, sí puede ser causa de un atentado contra la seguridad en el trabajo. La desobediencia del trabajador no deja de ser un hecho absolutamente excepcional en el devenir de las relaciones de trabajo subordinadas y las posibilidades de acudir a un derecho de resistencia cuando una actuación en dicho sentido no encuentra sustento en la legalidad de la regla trascrita ha de conducirnos inexcusablemente a la interposición de ciertos límites o restricciones que no hagan de esta prerrogativa individual una facultad totalmente desmedida. De esta manera, se vuelve a plantear para esta concreta situación el mismo problema, palmario por la ausencia de regulación, que para otros supuestos en los que el ejercicio de un derecho reconocido entra en conflicto con la obediencia que le exige el empresario a las órdenes dadas. Y la solución que se propone sigue siendo la de acudir a la necesidad de un comportamiento proporcional, sensato y diligente, lo que no quiere decir que el *ius resistentiae* no pueda ser alegado, aunque sea limitadamente, en ausencia de un desarrollo normativo equiparable al existente en situaciones de riesgo grave de traducción inmediata.

Para fijar definitivamente una posición personal en torno a este controvertido asunto, aunque se trate de una cuestión dominada principalmente por la casuística, sí cabe individualizar una serie de criterios que ayudarán a determinar la legalidad o no de la decisión tomada por el trabajador. En consecuencia, el rechazo a exponerse a la condición peligrosa, en contra del parecer empresarial, habrá de ser ajustado bajo el seguimiento de las siguientes condiciones que se proponen:

a) En primer orden, el peligro debe ser actual y, consecuentemente, atinente a la prestación de trabajo que se pretende rechazar.

b) Manejando cuestiones relativas a la previsible materialización del riesgo, que éste no merezca la consideración de radicalmente incierto, imaginario o meramente hipotético pues el empleo de un mecanismo de reacción de tal naturaleza se justifica sólo cuando la apreciación subjetiva encierra un fundamento objetivo consistente. El trabajador deberá actuar de acuerdo a un comportamiento elemental de prudencia puesto que aunque se deje a su juicio la apreciación del riesgo, la adopción de esta medida excepcional de ejecución inmediata comporta a su vez posibles perjuicios económicos y organizativos al empresario que no pueden desampararse al socaire de un simple capricho o una intuición plenamente infundada. La exigencia de autoprotección debe deducirse tras haber emprendido un proceso lógico conforme a los conocimientos y formación de la que disponga el trabajador.

c) Además, aunque el impacto sobre la salud no sea grave, el riesgo sí ha de alcanzar intensidad suficiente para poner, de algún modo, en riesgo los valores e intereses que aquí entran en juego, siendo necesario que se evidencie una amenaza directa y carente de justificación aceptable. No sería suficiente que las consecuencias negativas que del escenario de riesgo existente se derivaran fuesen la mera incomodidad o un malestar pasajero. Lo dicho, a la postre, se traslada a la necesidad de una irregularidad en la actuación, explícita o implícita, de la dirección que goce de entidad suficiente (no en el sentido de interpretar que el comportamiento irregular tenga que ser un incumplimiento pleno y total, sino que la potencial vulneración de los derechos del trabajador tenga base real y considerable solidez).

d) No hay que olvidar, en cuarto lugar, que el trabajador debe avisar al cuadro de mandos cuando detecte la presencia de una situación que pueda representar un riesgo para su seguridad y salud, o la de otros (art. 29.2.4 LPRL). La actuación cabal y prudente que se demanda del asalariado en tales situaciones habrá de pasar necesariamente por intentar de su empresario, o el personal delegado por éste, la corrección del escenario de peligro. De tal forma que sólo cuando no sea capaz de obtener una respuesta positiva por su parte o no sea posible entablar la comunicación oportuna, aun cuando el riesgo no sea de inmediata y segura producción, el mecanismo autotutelar individual del trabajador, al igual que para el caso comprendido en el art. 21.2 LPRL, debería encontrar aplicación y ser considerada lícita la conducta resistente del empleado. Así pues, siempre que las circunstancias concurrentes lo permitan, el trabajador deberá dar a conocer a sus superiores y a los órganos de prevención tanto la existencia del riesgo como su intención de apartarse de lo ordenado pues dicha

actuación es la más conforme al principio de buena fe que le atañe en cuanto parte contractual²⁹⁴.

e) En efecto, la existencia de elementos objetivos de convicción en torno a la existencia de un riesgo para la seguridad y salud laboral da prioridad al incumplimiento de una orden patronal y libera de responsabilidad al trabajador que opta por tamaña decisión autodefensiva. Para ello es imprescindible que el trabajador no cuente con una alternativa razonable que le permita ponerse a salvo de dicha situación empleando para ello otro tipo de medidas de autoprotección menos drásticas.

f) Reténgase que en estos casos, cuando la posibilidad de que un trabajador sufra una lesión derivada del trabajo no reúne las consabidas condiciones de gravedad o inminencia, no será normalmente preciso la interrupción momentánea del conjunto de la actividad productiva que desarrolla, ni el abandono de su puesto, sino únicamente, *ad cautelam*, suspender la ejecución de una concreta labor o, de propia iniciativa y sin instrucción al respecto, bien sea realizar un operación distinta a la solicitada por el superior o bien introducir alteraciones en la realización de las tareas habituales. Y ello obliga a tomar en consideración un principio de proporcionalidad –entre el riesgo y las medidas de protección– en la aplicación del derecho²⁹⁵. En este punto, cobra todo su sentido puntualizar que la actuación de empleado no deberá poner en peligro la seguridad de otros trabajadores ni la de terceros que se pudieran ver afectados por el comportamiento de quien detecta un foco de riesgo. Naturalmente, resulta de toda lógica que no vendrá amparada la actuación del trabajador que se aparta del cumplimiento de una orden para evitar un resultado dañoso y tal comportamiento venga a suponer un riesgo de magnitud superior a aquel que se pretende soslayar²⁹⁶.

En resumidas cuentas, el criterio de la desobediencia justificada únicamente puede tener eficacia y sentido si se interpreta de modo realista y se modera su alcance de acuerdo a un obvio patrón de conducta en clara referencia a lo que es razonable (exigiéndose un esfuerzo cognoscivo y coherente de la aptitud personal, la eficiencia de los medios y del contexto ambiental que envuelve al trabajador) y al principio de buena fe que evite los excesos²⁹⁷. Ambos actúan como límite a la discrecionalidad del asalariado, no sólo en las situaciones en las que el riesgo sea susceptible de verse

²⁹⁴ LAI, M., *La sicurezza...*, cit., p. 49.

²⁹⁵ Vid. BIANCHI D'URSO, F., *Profili giuridici...*, cit., p. 87.

²⁹⁶ El art. 3.3 del RD 1216/1997, de 18 de julio, sobre la seguridad y salud en el trabajo a bordo de los buques de pesca, establece como obligación del trabajador que interrumpe su actividad o abandona su puesto de trabajo «tomar en consideración los posibles riesgos que corran los demás trabajadores».

²⁹⁷ Sobre el empleo del parámetro subjetivo relativo a la creencia razonable del trabajador en relación a la existencia del riesgo, en el ordenamiento francés, SEILLAN, H., «Sécurité du travail et ordre public», en *Dr. Soc.*, núm. 5 (1989), p. 375 y GRINSNIR, J., «Sécurité...», cit., p. 337.

realizado bruscamente y ocasionar daños graves para la salud, sino también en aquellos otros supuestos de peligrosidad que puedan suscitar la oposición o desobediencia del trabajador. Juegan, de este modo, un papel protagonista en el control y valoración del ejercicio del derecho de resistencia por parte del trabajador actuante y, consiguientemente, en la eventual atribución de responsabilidad disciplinaria por tales hechos. La contundencia de la medida de autoprotección que aquí se estudia demanda, del mismo modo, proporcionalidad y mesura en su adopción.

No resulta baladí, entonces, traer aquí a colación todo cuanto se dijo en el epígrafe precedente y recalcar que la mera afirmación de la existencia del derecho se reduce a un simple *flatus vocis* si la misma no trae consigo las mismas consecuencias que se extraen del recurso a las vías de autotutela abiertas en el art. 21.2 LPRL: la intangibilidad del trabajador por la adopción lícita de la acción de autotutela (se favorece el reequilibrio entre la posición del trabajador y los intereses empresariales anexos a los arts. 33 y 38 CE impidiendo, así, que se prioricen exigencias económicas y productivas sobre la protección de la salud de los trabajadores). Ocurre que negarse a profundizar por este camino (supeditando el efectivo disfrute de los derechos de los que es titular el trabajador a lo que en cada momento demande el correcto funcionamiento productivo y organizativo de la empresa), se viene a traducir en una apuesta por unos dilatados márgenes de discrecionalidad empresarial y exorbitantes facultades de ordenación de la prestación laboral que acentúan, como no puede ser de otro modo, la proyección de la autonomía del empresario sobre la sujeción y dependencia del deudor contractual.

No están de acuerdo, sin embargo, muchos autores que descartan extraer de los preceptos estatutarios reguladores del deber de obediencia las consecuencias jurídicas antedichas. Otras veces, también en semejante dirección, se pone de relieve que el silencio de la LPRL en relación a la capacidad de autoprotección ante otro tipo de riesgos es más que elocuente pues, se entiende, la circunscripción del *ius resistentiae* a las situaciones más excepcionales encarna la solución más razonable, dado que una interpretación expansiva y excesivamente generosa del mismo provocaría una ruptura del orden interno de la empresa imprescindible para la buena marcha de la misma.

En realidad dicha posición raya la conformidad con ciertos márgenes de tolerancia al riesgo exigibles a quien desempeña una labor productiva por cuenta ajena. Si bien, como resumen y corolario de todo lo hasta aquí expuesto, considero que ante la concurrencia de un riesgo que no forma parte de la prestación habitual de trabajo (aunque no sea éste reconducible al tipo previsto en el art. 21.2 LPRL), cabe la

posibilidad de emprender una acción de autotutela, operando ésta como medio de defensa frente a la imputación de desobediencia o insubordinación del asalariado. Ello, principalmente, porque una interpretación en este sentido apura al máximo el amparo que la normativa prevencionista pretende dispensar al derecho del trabajador a un medio de trabajo seguro y salubre que se encuentra implícito en el texto constitucional. También supone una ventaja, no puede olvidarse, desde el punto de vista de los costes económicos que suponen los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

En segundo orden, por una conveniencia puramente hermenéutica, pues la realidad práctica abocará al recurso del *ius resistentiae* sin que, en más de una ocasión, el riesgo sea *–stricto sensu–* grave e inminente. Máxime cuando la valoración inicial de la intensidad del daño lleva aparejada una palmaria dificultad. Sobre todo cuando se está ante situaciones novedosas no evaluadas con anterioridad o, incluso, no evaluables. Puesto que «el plano subjetivo prima, *ex ante*, por la propia dinámica de la activación del mecanismo de defensa *ex art. 21.2 LPRL*, sobre el objetivo, normalmente fiscalizable *ex post*»²⁹⁸, el trabajador no podrá ser sancionado aunque haya calibrado mal la magnitud e inmediatez del riesgo, con lo que en la práctica no será extraño, o así debiera ser, que se ofrezca la misma respuesta jurídica que de no haberse delimitado el presupuesto fáctico para el ejercicio del derecho con tanta rigidez a través de la conjunción de las dos conocidas notas. Dicho de otro modo, sobre las premisas aquí apuntadas cabe observar que a lo que dicho precepto conduce es a considerar que siempre que el trabajador haya encontrado motivos razonables para deducir que el seguimiento de un mandato patronal puede ocasionar un cierto riesgo para la seguridad y salud laboral, la conducta sostenida bajo dicha creencia subjetiva no será objeto de respuesta disciplinaria²⁹⁹.

Y, finalmente, frente a los argumentos que trae a colación una cierta doctrina en relación a la situación de indefensión en la que queda sumido el empresario frente a eventuales actuaciones abusivas de los trabajadores en el ejercicio de la modalidad de *ius resistentiae* que en estas páginas se viene defendiendo, se debe puntualizar que, a juicio de quien esto escribe, dichos recelos parecen más bien injustificados si se maneja el derecho de resistencia en sus justos términos. Teniendo presente que el art. 21.4 LPRL no pone a salvo al trabajador de las consecuencias de sus propios incumplimientos en todos los casos, «todo parece indicar que éstos procederán a su utilización con racionalidad, en la medida en que al empresario siempre le queda la posibilidad de hacer uso del poder sancionatorio»³⁰⁰. Con todo, es preciso reconocer

²⁹⁸ PURCALLA BONILLA, M.A., «El derecho...», cit., pp. 214-215.

²⁹⁹ Vid. FABREGAT MONFORT, G., «La posición del trabajador...», cit., p. 27.

³⁰⁰ AA.VV., (Coords. Cabeza Pereiro, J. y Lousada Arochena, J.F.), *Comentarios...*, cit. 373.

que, hasta la fecha, la interpretación que de la desobediencia justificada está efectuando la doctrina científica no discurre en la línea apuntada. Sin perjuicio de que pueda reconocérsele a la LPRL una máxima vocación de efectividad y una loable preocupación por los bienes relativos a la seguridad y salud laboral, lo cierto es que se hace necesario que el modelo vigente vire de forma definitiva en su tradicional y restrictiva concepción del *ius resistentiae*, pasando de ser un instrumento limitado a los escenarios de riesgo grave e inminente, a desarrollar, cuando se ejerza en las condiciones adecuadas, una función clave como elemento de la prevención.

7. El tratamiento del derecho en la negociación colectiva

Tal y como se desprende del marco normativo vigente, las regulaciones pactadas son fuente normativa en materia de prevención de riesgos (arts. 1 y 2.2. LPRL y arts. 82.2 y 85.1 ET). Los agentes sociales están facultados, por tanto, para incorporar al contenido de los convenios colectivos cierta regulación relativa a las condiciones de seguridad y salud en los lugares de trabajo, la cual ha de posibilitar la mejora de los mínimos de derecho necesario consagrados en la normativa legal (quedando vedada una afectación restrictiva del reducto de autotutela instrumentado normativamente), la acomodación de tales condiciones a las necesidades que en su ámbito de negociación se observan en esta materia y, simultáneamente, la solución a eventuales conflictos de aplicación a través de una labor de interpretación. Sin embargo, es justo señalar que a lo largo de todos estos años, también en el horizonte internacional, ha sido rotundo y abrumador el predominio de las disposiciones heterónomas en materia de prevención de riesgos laborales³⁰¹, habiéndose visto, por tanto, enormemente restringida la proyección del convenio a modo de un particular «instrumento de progreso preventivo»³⁰².

No cabe duda de que el convenio es una de las herramientas más útiles para fomentar y dinamizar la cultura preventiva, impulsar cambios en la actitud de los agentes implicados y regular las garantías que tutelan la posición de aquellos que toman decisiones dirigidas a minimizar o eliminar la exposición de la plantilla a los riesgos profesionales. Pero dejando de lado el estudio de la función aplicativa y de desarrollo o mejora de los aspectos básicos que contemplan las normas estatales en materia de seguridad y salud profesional, el propósito de las páginas que siguen es analizar la función que la negociación colectiva ha cumplido para depurar los aspectos relacionados con la aplicación o ejecución del derecho recogido en el art. 21.2 LPRL. Hay que decir que pese a que dicho precepto no hace ningún llamamiento a la misma

³⁰¹ De ello ya había dado cuenta SUPIOT en los inicios de los años 90. Consúltense, al respecto, *Critique...*, cit., pp. 68-69.

³⁰² Parafraseando a PURCALLA BONILLA, M.A., *Heterotutela y autotutela...*, cit., p. 683.

como posible eje vertebrador en la regulación del derecho, era razonable suponer que en los tiempos que corren se hubiera procedido a intervenir colectivamente, no ya para integrar o regular aspectos o situaciones no tratadas por la Ley en lo que a la autotutela individual se refiere, sino al menos para delimitar con mayor claridad los supuestos en los que resulta operativo el *ius resistentiae* que la propia norma estatal contempla, desarrollando las trazas con las que con notable ambigüedad se incorpora este derecho al patrimonio subjetivo del asalariado tras la previsión estudiada en la norma de referencia.

Precisamente, no parece aventurado hacer constar que constituye la negociación colectiva el instrumento más idóneo para plasmar instrucciones de general conocimiento relativas al comportamiento demandado a la plantilla cuando inopinadamente se presenta un riesgo de tales características³⁰³, así como para articular específicas medidas en tales contextos de máximo riesgo, primando aquéllas que sean más acordes con las características de cada unidad productiva, con la potencial peligrosidad de las tareas en ellas desarrolladas y con los distintos sectores de la actividad³⁰⁴. Y si ello es así, la conversión de previsiones generales en concretos parámetros de actuación, dispuestos a raíz del medio preciso en el que se desenvuelve el trabajo, podría favorecer el ejercicio del derecho y, particularmente, el proceso decisorio al que se enfrenta el trabajador en estas ocasiones, el cual se ve profundamente condicionado por el temor a futuras consecuencias negativas. Pero lo cierto es que el panorama, transcurridos más de diez años desde la aprobación de la LPRL y más allá de compromisos genéricos de las partes, sigue siendo decepcionante. Y es que situaciones tales como las nuevas fórmulas de contratación en aras de la pertinaz política de flexibilización y segmentación del mercado de trabajo y la incidencia de fenómenos como la externalización de la producción han condicionado que, muchas veces, el resultado final del equilibrio de contraprestaciones, fruto de la negociación, no deje traslucir una mejoría significativa de la posición de los trabajadores y de la tutela que proporciona la normativa estatal de su derecho subjetivo de protección frente a los riesgos laborales y, por lo que aquí nos atañe, ante el riesgo más elevado y extremo³⁰⁵. Veámoslo con mayor detalle.

³⁰³ FERNÁNDEZ MARCOS, L., «Derechos y obligaciones...», cit., p. 851.

³⁰⁴ Sobre su versatilidad y la capacidad de acercamiento y adecuación a concretas unidades de trabajo, GETE CASTRILLO, P. «El papel de la negociación colectiva en la prevención de riesgos laborales», en *RL*, vol. I (1997), pp. 373-374. *Vid.*, asimismo, MERCADER UGUINA, J. y MUÑOZ RUIZ, A.B., «El futuro...», cit., p. 889.

³⁰⁵ No cabe sino estar de acuerdo con MORENO VIDA cuando alude a que «para que pueda triunfar la “cultura de la prevención” será preciso combatir la “cultura de la precariedad” (y de la irresponsabilidad social) –las cuales se repelen mutuamente–, que contribuye decisivamente a la producción de accidentes laborales» [«El sistema comunitario y español de protección contra los riesgos del trabajo», en *TS*, núm.186 (2006), p. 27].

7.1. Previsiones convencionales al respecto

Es importante tomar el pulso a los criterios con arreglo a los cuales la negociación colectiva viene disciplinando el ejercicio del derecho para valorar su virtualidad garantista en beneficio de los intereses del trabajador que se ve expuesto a un específico peligro. La consulta de un considerable número de convenios colectivos permite ya anticipar que tales normas se han mostrado tremendamente deficientes y cicateras en este punto, limitándose generalmente a reproducir en términos casi literales lo establecido en la norma ya existente³⁰⁶, a referirse a la aplicación del art. 21 LPRL³⁰⁷, o a incorporar una cláusula genérica de reconocimiento del derecho de forma excesivamente amplia, aludiendo a la suspensión temporal de la actividad profesional como comportamiento legalmente permitido en casos de riesgo grave e inminente y ello sin ulteriores precisiones que sirvan para paliar, en su concreto ámbito de actuación, los problemas interpretativos o de aplicación que pudieran derivarse del precepto analizado³⁰⁸. Otros tantos simplemente lo citan junto a otros derechos laborales de los trabajadores³⁰⁹, o ni siquiera lo mencionan.

Con todo, se debe destacar que algunos convenios cotejados se refieren a las situaciones de riesgo extremo con algo más de concreción, ocupándose prioritariamente de los deberes que atañen en tales casos al empleador, principalmente aquellos relacionados con la información y formación que han de recibir los trabajadores³¹⁰. Es

³⁰⁶ Art. 49 CC. Carpintería (BO Pontevedra, 17 enero 2008); art. 46.7 CC. Establecimientos sanitarios (DO Cataluña, 10 julio 2008); art. 60.1.4 CC. Perfumería (BOE 23 agosto 2007); art. 44 CC. Rematantes y aserraderos de maderas (BO Pontevedra, 22 junio 2007) y art. 47 Residencias privadas de la tercera edad (DO Cataluña, 23 noviembre 2006).

³⁰⁷ Entre los convenios de sector manejados, art. 66 CC. XV CC. Industria química; art. 22 IV CC. Tejas y ladrillos; art. 15 CC. Alimentos (BOE 18 enero 2007). Como muestra de los convenios de empresa me remitiré al art. 54.10 CC. «Sociedad Provincial de Informática de Sevilla» (BO Sevilla, 11 octubre 2007) y art. 45 I CC. «Newco Airport Services, SA.» (BOE 20 febrero 2006).

³⁰⁸ *Vid.*, entre otros muchos, art. 47 CC. Transporte (BO Toledo, 13 junio 2008); art. 46 CC. Comercio (BO Toledo, 10 junio 2008); art. 47 CC. Panaderías (BO Toledo, 15 noviembre 2007); art. 47 CC. Campo (BO Toledo, 15 noviembre 2007); art. 23 CC. Residencias privadas de la tercera edad (DO Castilla-La Mancha, 10 agosto 2006); art. 47 CC. Alimentación (BO Toledo, 1 junio 2006); art. 38 CC. Comercio (BO Asturias, 31 mayo 2006); art. 30.4 CC. Fruta y hortalizas (BO Murcia, 16 agosto 2004); art. 67.3 CC. Personal laboral de la Comunidad Autónoma (BO País Vasco, 23 agosto 2001) y art. 194 CC. Aeropuertos (BOE 18 marzo 1999).

³⁰⁹ A título de ejemplo, art. 107 CC. Curtido, correas y cueros (BOE 30 noviembre 2007); art. 35 CC. Desinfección, desinsectación y desratización (BOE 7 noviembre 2007); art. 40 CC. Ópticas (DO Cataluña, 31 octubre 2007); art. 59 CC. Depuración de aguas (BOE 24 agosto 2007); art. 47 CC. Siderometalúrgicas (BO Toledo, 15 mayo 2007); art. 57 IV CC. Personal laboral de la AEAT (BOE 11 julio 2006); art. 30 CC. Ciclismo (BOE 6 junio 2006); art. 92 II CC. PAS de las Universidades públicas (BO Madrid, 10 enero 2006); art. 46 CC. Aceites (BO Toledo, 14 noviembre 2005); art. 46 CC. Universidades públicas (BO Canarias, 8 octubre 2003) y art. 42 CC. Puertos y faros (BO Castellón, 13 noviembre 2001).

³¹⁰ Art. 13 CC. Madera (BO Tenerife, 9 diciembre 2005) y art. 50 CC. Limpieza (BO Tenerife, 25 junio 2003).

más, casi la mitad de la muestra de convenios manejada elude la reafirmación convencional de la capacidad de iniciativa que en estos casos corresponde al trabajador para centrarse en las obligaciones, de forma más o menos difusa, que ha de afrontar el empleador. Se presta una especial atención, de este modo, a la disposición de medidas que atienden a la aparición del riesgo susceptible de afectar negativamente a la salud de los trabajadores, y se incide, sorteando la constatación a través de la norma colectiva de la operatividad del derecho de resistencia que la propia Ley contiene, en los instrumentos y actuaciones patronales necesarios para eliminar *ex ante* cualquier amenaza cualificada que se cierna sobre la seguridad laboral.

Aunque no son pocos los casos en los que, como muestra de un estancamiento en concepciones tradicionales, el contenido sancionador conforma el único referente normativo sobre la materia. Tanto es así que un número considerable de convenios se muestran más preocupados en tipificar los incumplimientos del trabajador y en abordar las consecuencias sancionatorias (las achacables a quien contravenga lo previsto en el art. 29 LPRL generando así un riesgo grave e inminente, así como las derivadas de la infracción en la que puede incurrir un trabajador cuando hace uso abusivo de la potestad que el art. 21.2 LPRL le confiere), que en desarrollar e implementar las obligaciones empresariales en este campo o en concretar cuáles puedan ser las situaciones que facultan al trabajador para interrumpir su prestación y negarse al cumplimiento de específicas órdenes³¹¹. No resulta habitual que se salga del tópico normativo que se traduce en la tipificación de tales incumplimientos como faltas de condición muy grave para incluir otras previsiones al respecto. Si bien, con algo de originalidad, algunos convenios, al entrar a abordar la imposición de sanciones al trabajador que suspende su actividad laboral bajo la alegación de la existencia de un riesgo grave e inminente, imponen a la empresa la apertura de expediente contradictorio en el que deberán ser oídos, junto al interesado, «los miembros de la representación legal de los trabajadores y el comité de seguridad y salud o el delegado de prevención en su caso»³¹².

Más sorprendente es el caso de algunos convenios que no sólo no añaden nada nuevo a la regulación vigente sino que, en realidad, evidenciando un importante desenfoco de los derechos que asisten al trabajador en estas circunstancias, unas veces soslayan la misma y lo que hacen es transcribir las previsiones que el art. 19.5 ET

³¹¹ Por todos, art. 61 CC. Plásticos (BO Madrid, 20 marzo 2008); art. 61 XV CC. Industria química; art. 37.3 VII CC. Entrega domiciliaria (BOE 12 marzo 2004). Así también el art. 71, o del II CC. «Sociedad estatal Correos y Telégrafos, S.A.» (BOE 25 septiembre 2006).

³¹² Principalmente entre los convenios de sector de las industrias de madera y cemento: apdo. 6 del anexo II del III CC. Corcho; art. 98 III CC. Madera y art. 75 IV CC. Cemento.

recoge³¹³ y otras ofrecen una versión parcial de la regulación vigente al indicar que el trabajador no estará obligado a realizar trabajos cuando «no se hayan cumplido las normas exigidas sobre seguridad y salud laboral en el trabajo» (condición no contenida en la norma de prevención que nos vuelve a recordar a las previsiones estatutarias), «siempre que de tal incumplimiento se derive un peligro cierto o inmediato para su integridad física»³¹⁴. Desfavorables resultados también arroja la observación de un cierto número de estas normas colectivas, las cuales articulan un procedimiento que deberá seguirse cuando los trabajadores puedan estar expuestos a un riesgo de la magnitud conocida y que incluye la obligación de comunicar la interrupción de la propia prestación (o la paralización de la actividad productiva cuando los representantes de los trabajadores siguen lo prescrito en el art. 21.3 LPRL) a los mandos superiores, no únicamente de forma verbal, sino imperativamente también de forma escrita³¹⁵. Dado que la inminencia de tales riesgos impedirá que se siga la actuación descrita en el instante inmediatamente subsiguiente al de la detección del riesgo y que los convenios referidos no incorporan aclaración ninguna al respecto, debemos entender que el comportamiento requerido se circunscribe al intervalo de tiempo posterior, esto es, cuando la amenaza ya se haya disipado o se hubiere actuado eficientemente contra la misma.

Por último, habiéndose insistido en que la mayor parte de los convenios reducen su intervención prácticamente a resumir o reproducir con escasa variación el contenido de la norma de prevención de riesgos laborales, no puede sin más obviarse algunas previsiones contenidas en una serie de convenios donde al derecho a la interrupción de la propia actividad en caso de riesgo grave e inminente se viene a añadir otra facultad, la cual, al no contener una dicción literal reconducible al tipo de *ius resistentiae* que se reconoce expresamente en el art. 21.2 LPRL, goza de carácter autónomo respecto al referido derecho de resistencia. Ésta resulta operativa en otro tipo de escenario de riesgo, no calificable como grave, o como inmediato, pero con el denominador común de venir provocado por un incumplimiento empresarial. Curiosamente vuelven a dar actualidad a la previsión que contemplaba el art. 11 *in fine* OGSHT al justificar la interrupción de los trabajados decidida unilateralmente por el trabajador cuando no le hayan sido facilitados «los medios de protección personal de carácter preceptivo para la

³¹³ Art. 20.5 CC. Madera (BO Lugo, 15 febrero 2006); art. 31 CC. Hostelería (BO Sevilla, 24 agosto 2006) y art. 26.5 CC. Harinas (BOE 3 septiembre 2007).

³¹⁴ Así el art. 48.7 del CC. Alstom Transporte, SA Unidad *Train Life Services* (BOE 31 agosto 2006).

³¹⁵ Art. 43 CC. «Sos-Cuétara, SA» (BO Madrid, 18 octubre 2006) y art. 29 CC. «Vigo Recicla, UTE» (DO Galicia, 21 julio 2005). Observa GARCÍA PIÑEIRO, N.P., «Derechos...», cit., p. 286, que exigir la comunicación motivada al superior como requisito necesario para el ejercicio legítimo del derecho «es igual que no reconocer el derecho».

realización de su trabajo»³¹⁶ o, más genéricamente, por carecer de «la protección adecuada»³¹⁷, teniendo que notificar la decisión adoptada al responsable del servicio junto a los representantes unitarios, en unos casos, o al órgano de representación del personal con competencias específicas y propias en materia de seguridad y salud laboral, en otros.

7.2. Reflexiones conclusivas: la necesidad de rebajar el inhibicionismo convencional

De todo lo expuesto en los epígrafes precedentes se infiere que, de forma generalizada, la regulación convencional del derecho de resistencia en supuestos de riesgo grave e inminente adolece de un elevado grado de imprecisión y parquedad. Es notoria la invariable pobreza con la que se recogen no ya sólo el cese temporal de la prestación laboral como facultad del trabajador, sino también la conducta debida por el empresario en tales supuestos. La práctica negocial mantiene un incómodo silencio sobre la posibilidad de sustraerse a las decisiones empresariales antijurídicas que ponen en riesgo la seguridad y salud del empleado pero que no se ajustan al riesgo grave e inminente, el único que ha sido objeto de una regulación legal hasta ahora. Ciertamente es que cada vez con más frecuencia el orden convencional sustituye la perspectiva de la reparación del daño o monetización del riesgo —que en los inicios caracterizó la plasmación en esta sede de las materias relacionadas con la seguridad e higiene en el trabajo—, por la dimensión preventiva y ofensiva que se dirige a evitar el riesgo y sus consecuencias. Pese a ello, aún hoy los agentes negociadores se resisten a entrar en materias sustantivas de prevención, máxime cuando se trata de la capacidad unilateral de acción (y reacción, propiamente) de la que se pueda dotar al sujeto que precisamente está expuesto a los riesgos laborales.

Desde un punto de vista general, la negociación colectiva está llamada a asumir un protagonismo cardinal en el ámbito de seguridad y salud en el trabajo cubriendo las expectativas prevencionistas de la conciencia social predominante y dedicando una parte importante de su capacidad ordenadora a las actuaciones protectoras que corresponde desplegar en la empresa por todos los implicados en la actividad de

³¹⁶ Art. 29 CC. Cemento (BO Palencia, 18 enero 2008); art. 34 CC. Minoristas de alimentación (BO Asturias, 26 enero 2008); art. 24 CC. Construcción y obras públicas (BO Ávila, 19 diciembre 2007); art. 32 CC. Mayoristas de alimentación (BO Asturias, 6 agosto 2007); art. 45.2, c) VII CC. VII Personal Laboral de la Administración (BO Aragón, 18 agosto 2006); art. 37 CC. Limpieza (BO Zaragoza, 9 julio 2005) y art. 86.3 CC. Personal laboral del Ministerio de agricultura, pesca y alimentación (BOE 18 diciembre 1996). Entre los convenios de empresa, art. 19 CC. «La Unión Resinera Española, SA» (BOE 5 junio 2008) y art. 55.10 del CC. «Urbaser, S.A.» (BO Tenerife, 19 febrero 2007).

³¹⁷ Art. 38.1, b del CC. Ayuntamiento de Calañas (BO Huelva, 15 noviembre 2007) y art. 41.1, b Ayuntamiento de San Juan del Puerto (BO Huelva, 7 febrero 2006).

producción. A su vez, sobre el tema aquí estudiado, la autonomía colectiva podría, y sería conveniente, ocuparse de la capacidad de autodefensa del trabajador, de manera que fueran contempladas otras situaciones no concordantes con el alarmante riesgo al que se refiere el art. 21 LPRL también como escenario idóneo para el ejercicio de la potestad de autotutela, pudiendo los comportamientos específicamente permitidos consistir, por ejemplo, en la realización de un trabajo de acuerdo a la propia experiencia profesional en contra del parecer de los mandos superiores expresado en órdenes de salubridad dudosa.

Igualmente provechosa resultaría la integración de las cuestiones relativas al trabajo y a la ecología a través de la consagración positiva de la posibilidad de paralizar el servicio, en caso de grave e inminente riesgo medioambiental, atendiendo a razones sensibles que poseen relevancia e interés público al dirigirse, concretamente, a la evitación de perjuicios al entorno circundante. Siendo más exactos, se trata de promocionar la tan demandada *cultura ecológica* en las empresas amparando expresamente el derecho a interrumpir la prestación laboral en los supuestos en los que la lesión no es susceptible de manifestarse directamente en la propia persona de los trabajadores, sino en el medio ambiente aunque de todos sea sabido que tales acciones repercutirán, en un menor o mayor espacio de tiempo, en la salud de la ciudadanía en general. Ya se dijo que el bien jurídico protegido en la LPRL es la seguridad y salud de los trabajadores y que nada establece la norma sobre el entorno natural. Si bien es factible sostener una interpretación elástica del precepto que permita abarcar al riesgo no profesional como elemento desencadenante de la suspensión o paralización de la prestación. Ello no obsta, hay que advertir, para que pueda afirmarse que a la negociación colectiva le corresponde diseñar un marco de actuación frente a todo tipo de riesgos y, en especial, frente a las situaciones de riesgo grave e inminente, que complete y mejore las previsiones legales y haga frente a las insuficiencias de las que adolecen en la actualidad los sistemas de prevención y gestión medioambiental de las empresas.

La Ley no recoge pauta alguna que pudiera alumbrar una posible regulación pactada en este ámbito (el ejercicio de la autotutela individual) y tradicionalmente ha operado un cierto desinterés de los interlocutores sociales por regular este tipo de cuestiones. Mientras que los sindicatos, de un lado, usualmente han priorizado las cuestiones relativas a la participación de las instancias representativas en el fomento y promoción de la seguridad y salud en el trabajo, de otro, la patronal, desde posiciones de rechazo a la existencia de todo espacio de lícita desobediencia, ha siempre defendido que la actuación preventiva forma parte del ámbito de gestión empresarial, poniendo

trabas al ensanchamiento de sus obligaciones en materia de seguridad y salud laboral y a la articulación de mecanismos que constriñen de algún modo su autoridad también en este terreno³¹⁸. Aunque no se pueda, sin embargo, dejar de mencionar que a la luz de un cierto cambio de actitud provocado por una mayor concienciación sobre el problema se está avanzando, si bien lentamente, en el campo de la prevención y promoción de mayores índices de seguridad en el trabajo hasta encontrar un notable desarrollo de varios temas, la verdad es que volviendo de nuevo al asunto que nos ocupa se debe hacer constar que no se han llegado a agotar todas las potencialidades que permitiría el tratamiento de la desobediencia justificada como instrumento de ejercicio del derecho de autoprotección en casos de riesgo grave e inminente (pero también en aquellos otros donde la seguridad del trabajador no se viera tan severamente amenazada).

Son por tanto escasas las experiencias convencionales en las que se establece un régimen sobre la materia, y menos numerosos aun los convenios que contienen criterios reguladores dotados de cierta relevancia por llegar a contemplar previsiones específicas y garantistas, de calidad normadora, que pudieran conducir a distender los rígidos parámetros exigidos para ejercicio del *ius resistentiae* o a resolver los interrogantes que deja abiertos la norma en relación a la imputación exclusiva o limitada de los efectos negativos del ejercicio del derecho. Tan importante como proceder a identificar y evaluar las situaciones que potencialmente están llamadas a derivar en un riesgo grave e inminente, es dejar constancia normativa del compromiso firme y real del empresario a propósito de la prevención de este tipo de riesgos. Acuerdo éste que más allá de simples declaraciones de intenciones, constituya un rotundo síntoma de una visión actualizada de la política de mejora de las condiciones de trabajo y protección de la salud de los trabajadores³¹⁹. Se estaría de este modo poniendo los cimientos para favorecer el tratamiento normalizado y más eficaz de un derecho de resistencia que abunde en el establecimiento de un régimen jurídico dotado de un enfoque unitario y sensible a la trascendencia de los bienes jurídicos susceptibles de verse afectados. Se aboga, de nuevo, por habilitar la capacidad de defensa frente a un elenco más amplio de riesgos laborales que no se ciñan exclusivamente al conocido como riesgo grave e inminente. Se lograrían eliminar así, o al menos minimizar, los factores de inseguridad jurídica derivados de la actual configuración de la noción del 4.4 LPRL.

³¹⁸ Vid. MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., «Obligaciones de seguridad y salud y negociación colectiva», en *RMTAS*, núm. 53 (2004), p. 125.

³¹⁹ No es suficiente, advertía VALDÉS DAL-RÉ, con alegar «como a menudo afirman con cierta fatua solemnidad los convenios colectivos, que la prevención de accidentes es el objetivo prioritario de la política empresarial. Hay que trasladar ese buen propósito a la cotidiana realidad de las organizaciones productivas y plasmarlo en medidas concretas», en «La prevención...», cit., p. 20.

Otro inciso, y no de menor relevancia, merecen las previsiones que al respecto se puedan recoger, y de hecho están presentes en ciertos convenios consultados, en cuanto al caudal de información que ha de llegar en tales casos a los trabajadores, la formación que éstos deben disponer sobre los riesgos (y especialmente aquellos más extremos) que pueden afectarles y la actuación en caso de emergencia y primeros auxilios. Además, aunque no existe previsión expresa al respecto, no estaría de más arbitrar un mecanismo para la designación de algún trabajador, con funciones significativas dentro de la empresa, para que pudiera adoptar las medidas precisas para solventar una emergencia manifiesta y poner a salvo a la plantilla cuando no esté presente el personal que desempeña habitualmente labores de mando (encargado específicamente de ello en representación de la empresa por mor del art. 21. 1, *b* LPRL), ni los representantes de los trabajadores; posibilitar que sean también los representantes sindicales los que acuerden el cese de las actividades cuando, ante posibles eventualidades, los representantes unitarios no puedan ponerse en contacto con los trabajadores; o instrumentar la fiscalización de las actuaciones que correspondan tanto al empresario como a los trabajadores en supuestos de grave e inminente amenaza para la seguridad, ya sea a través del comité de seguridad y salud, o a través de una otra figura de representación en materia de prevención de riesgos a la que han dado origen distintos convenios.

La denominación de «Comisión paritaria de seguridad y salud» es la que se ha conferido a un órgano colegiado específico, dotado de extenso contenido funcional y regido en ciertos casos por un meticuloso régimen de funcionamiento en el ámbito sectorial³²⁰. Junto a las funciones de contenido genérico que frecuentemente se le encomiendan (las cuales podrán encauzarse hacia la elaboración de protocolos específicos de prevención de riesgos que supongan una grave amenaza para la salud e integridad de los trabajadores)³²¹, se divisan otras con estrechas implicaciones en la temática que envuelve el ejercicio de la autodefensa asalariada. En concreto, las funciones referidas a la posibilidad de efectuar recomendaciones sobre el contenido mínimo de la formación teórica y práctica suficiente que han de recibir los trabajadores; de emprender planes de formación específica sobre concretos riesgos que pueden

³²⁰ Vid. art. 49 CC. Siderometalúrgica (BO Jaén, 4 julio 2008); Apdo. 2 anexo II del CC. Corcho; art. 94 III CC. Madera; art. 71.2 CC. Cemento; art. 51 CC. Pescado (DO Cataluña, 18 octubre 2007); art. 15.1.7 CC. Alimentos; art. 28 CC. Café (DO Cataluña, 29 noviembre 2006); art. 22 CC. Tintorerías y lavanderías (BO C. Valenciana, 31 mayo 2006); art. 66 III CC. Ferralla (BOE 27 enero 2006); art. 28 CC. Oficinas y despachos (DO Galicia, 13 octubre 2005); art. 60 CC. Talleres (BO Asturias, 2 agosto 2004).

³²¹ Como la realización de estudios y diagnósticos de los riesgos específicos de la actividad y medidas precautorias más adecuadas en materia de prevención de riesgos; la formulación de propuestas de actuación sobre las conclusiones resultantes de los mismos; el seguimiento sobre la evaluación de la siniestralidad en las empresas; la proyección de fórmulas o recomendaciones para la mejor aplicación de la política preventiva; o la resolución de las consultas que se puedan suscitar en materia de prevención de riesgos laborales específicos para el sector de actividad.

atentar seriamente contra la integridad del personal; y de mediar en las empresas en materia de seguridad y salud en el trabajo, normalmente previa solicitud de las partes, cometido que permitirá a los representantes de los trabajadores, junto a los de la empresa, manifestar su opinión sobre las acciones a emprender para impedir la aparición de un riesgo de graves consecuencias y sobre las posturas contrapuestas que pudieran mantener los agentes implicados en relación al ejercicio del derecho que consagra el art. 21.2 y 3 LPRL.

Resta, a modo de conclusión, advertir que los interlocutores sociales tienen en sus manos la posibilidad de aprovechar la importante oportunidad que se le brinda para abordar estas cuestiones desde una perspectiva moderna y abandonar la cómoda inercia que ha presidido su normación. Siendo conscientes de la inmadura conciencia que todavía existe en torno al ejercicio del *ius resistentiae* y sus distintas manifestaciones, no resulta forzado entrever que ya es hora de que se sienten las bases para un mayor grado de presencia del orden convencional como fuente de previsiones garantistas sobre estos asuntos. No es que sean muchas las normas pactadas que dan una entidad y autonomía de tratamiento al tema de la interrupción de los trabajos en casos de riesgo grave e inminente, pero es que es precisamente ésta una de las materias más necesitadas de concreción convencional para su correcta aplicación. La negociación constituye, en suma, un cauce oportuno y adecuado para incrementar, de forma significativa, las posibilidades abiertas a la discrecionalidad del trabajador a fin de que pueda por sí mismo procurar la indemnidad de bienes esenciales y quede garantizado efectivamente el ejercicio de sus derechos en este ámbito.

8. Garantías legales anudadas al ejercicio regular del derecho

Una vez estudiada la dinámica de este específico instrumento de respuesta individual, es forzoso reparar en que la Ley incorpora también un importante medio de protección o tutela cuya principal razón de ser responde al objetivo de asegurar que el trabajador amenazado por una situación de riesgo grave e inminente pueda hacer efectivo el derecho de resistencia consagrado en el art. 21.2 LPRL, y ello pese a la oposición o los obstáculos que a ese fin pueda interponer el acreedor contractual. Teniendo en cuenta los factores antes expuestos, a modo de cláusula de cierre del sistema, el cuerpo normativo básico que constituye la LPRL, a diferencia del ET, prevé las garantías para que tales derechos puedan ser eficazmente practicados y no queden vacíos de contenido. Así, el último apartado del art. 21 advierte que ni los trabajadores ni sus representantes legales (en los supuestos en los que la decisión relativa al cese de la actividad tenga un origen colectivo y provenga de un acuerdo de éstos) podrán ser

sancionados por ejercer el derecho que la propia Ley les ha reconocido. En efecto, el apartado cuarto del mentado precepto acoge una garantía de indemnidad de la que podrá servirse el trabajador o trabajadores que se enfrentan a la decisión empresarial contraria a la interrupción de su trabajo. La misma, desviada de su más clásico sentido (ligado al derecho de acceso a la jurisdicción en orden a la satisfacción de los legítimos intereses), pasa en este pasaje legal a adentrarse en un terreno más amplio y, como se advirtió en otro momento, viene identificada con la interdicción de medidas de represalia adoptadas como reacción al ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos³²².

8.1. Específica cobertura jurídica dispensada al rechazo a mantener la actividad

A. Interdicción de sanciones disciplinarias

Resulta indispensable precisar que la expresión reseñada en el art. 21.4 LPRL implica que únicamente la conducta del trabajador puede ser tachada de inaceptable y desajustada cuando la paralización o abandono se decide sin que exista razón alguna para ello. La falta de intencionalidad o de gravedad en la precipitación que pueda teñir una actuación irreflexiva, carente del cuidado necesario, por parte del trabajador, excluye técnicamente la apreciación de una infracción de los deberes asalariados.

Obsérvese al efecto que no sólo queda desaprobada la máxima medida sancionadora, el despido disciplinario, en respuesta a la conducta desobediente del asalariado (que quizá en múltiples casos, de acuerdo a la doctrina general relativa al despido, no resultaría de aplicación por la ausencia de plena consciencia, por parte del

³²² También el trabajador autónomo puede decidir la interrupción de su prestación productiva y abandonar el lugar de trabajo ante circunstancias de peligrosidad susceptibles de ocasionar, de forma inmediata, un riesgo grave para su vida o integridad personal (art. 8.7 LETA). Y, por su puesto, sin que ello derive en un incumplimiento del vínculo negocial que le liga al destinatario de sus servicios profesionales. En relación a este asunto afirmaba el Informe de la Comisión de Expertos, designada por el MTAS, para la elaboración de un Estatuto del Trabajador Autónomo, en octubre 2005, que «la regla cabría deducirla implícita ya en nuestro ordenamiento jurídico, por aplicación general de la existencia de una fuerza mayor o de un caso fortuito, que excusaría con todo fundamento de la inexecución del contrato. Razones de claridad legal y de garantía para reforzar la seguridad de los trabajadores frente a accidentes de trabajo aconsejan una previsión explícita al efecto». Muy particularmente, en relación con el *taed*, queda garantizando que el negocio jurídico celebrado con su cliente-empleador seguirá vigente y que, además, no tendrá que afrontar adversas consecuencias económicas debidas a la imposición de eventuales sanciones civiles si en ejercicio de este derecho el autónomo opta unilateralmente por suspender su actividad. De hecho, expresamente se indica que el cliente no podrá ampararse en dicha interrupción para extinguir el contrato cuando ésta tiene su origen en la concurrencia de un riesgo grave e inminente (art. 16.1, *c* LETA). La norma guarda silencio, en cambio, sobre qué es lo que sucedería si el trabajador adoptara tal decisión en función de una convicción equivocada sobre la existencia de un riesgo de estas características, si bien ha de entenderse aplicable el régimen jurídico resultante del reconocimiento primario de este derecho en la LPRL. Con mayor detenimiento en GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.; LAHERA FORTEZA, J. y GARCÍA QUIÑONES, J.C., «Régimen profesional común del trabajador autónomo», en AA.VV. (Cruz Villalón, J. y Valdés Dal-Ré, F.), *El Estatuto del Trabajador Autónomo*, La Ley, 2008, pp. 186-187 y MORATO GARCÍA, R.M., «El régimen laboral del trabajador autónomo económicamente dependiente en el proyecto de la LETA», en AS, núm. 5 (2007), pp. 100-101.

trabajador, de la conducta infractora dada la apreciación desatinada del riesgo), sino cualquier otra medida de castigo³²³. Se provoca, por ende, la quiebra del «régimen disciplinario general u ordinario» (art. 58 ET) en tanto 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, por leve que ésta sea»³²⁴. Y es que con indudable acierto el legislador decidió amparar no sólo el interés del trabajador a que no se le encarguen funciones objetivamente arriesgadas para la salud, sino también su interés a tener una razonable certeza sobre la falta de peligrosidad de la actividad productiva. De modo que, en tanto no existe incumplimiento³²⁵, se pone coto a que una estimación simplemente equivocada o precipitada admita la aplicación de un criterio gradualista y conlleve la imposición de una sanción menor, proporcional a la reducida gravedad de la conducta desviada de quien no acertó en su valoración.

Queda completamente descartado, justamente, que el empleador pueda proceder a despedir al empleado que haga uso lícito de la facultad del art. 21.2 LPRL con objeto de salvaguardar su vida o integridad, la cual creen en peligro, por abandono (art. 54.2, *a* ET), desobediencia (art. 54.2, *b* ET) o mala fe (art. 54.2, *d* ET)³²⁶. En estos supuestos «hay que considerar que la situación de riesgo grave e inminente se integra en el círculo

³²³ No se trata sólo de que la conducta del trabajador permanezca impune pues, pese a que posteriormente se constate la inexistencia de una situación de riesgo grave e inminente, el empresario tampoco tendrá derecho a resarcirse de los daños que provoca la «rebelde» actuación del trabajador si no medió intencionalidad dañosa y en el error de valoración hubo simple negligencia. En relación a este tema es oportuno traer a colación la enmienda (rechazada) núm. 51 presentada al proyecto de LPRL por el Grupo Parlamentario de Coalición Canaria [BOCG-Senado, Serie II, núm. 83 (b), 12 de diciembre de 1995]. En concreto, lo que se proponía era modificar la redacción del art. 21.4 de modo que el empresario afectado por una decisión individual o colectiva de paralización de la actividad productiva quedara facultado para solicitar una indemnización por daños y perjuicios en todo caso en el que fuera acreditada «claramente» la inexistencia de riesgo grave e inminente.

³²⁴ FERNÁNDEZ MARCOS, L., «Derechos y obligaciones...», cit., p. 857.

³²⁵ Como observaba la STCT 29 abril 1987 (RTCT/8869), «la postura del demandante no debe calificarse de una infracción de su deber de cumplir una orden dictada en el ejercicio regular de las facultades directivas (art. 5, *c* del ET), sino de una resistencia a acatar un mandato que infringe un derecho básico suyo relacionado con la higiene».

³²⁶ Entre los pronunciamientos que declaran legítima la desatención de las órdenes patronales en situaciones que entrañan una peligrosidad inminente para el trabajador y, por tanto, estiman la improcedencia del despido, sirva de muestra la STSJ C. Valenciana, 26 febrero 1992 (AS/935), la cual se pronuncia sobre el incumplimiento de la orden de trabajar debajo de un tendido eléctrico, sitio donde había fallecido otro trabajador; la STSJ Madrid, 28 noviembre 2000 (AS 2001/359), en relación a la negativa a trabajar en una máquina que tenía los cables mojados; la STSJ Murcia, 21 julio 2003 (JUR/235207), sobre el rechazo del trabajador a utilizar una pala cargadora que no reunía las medidas de seguridad suficientes para ser empleada en labores de limpieza; o las SSTSJ Cataluña, 30 octubre 2003 (AS/4070 y 3664), pronunciándose sobre la falta de desobediencia imputada al trabajador que se niega a viajar con el camión de la empresa, el cual tenía completamente desgastados los neumáticos. Existía, en opinión del Tribunal, un peligro real de accidente y grave riesgo para la salud e integridad física del afectado pero también para la seguridad vial.

de riesgo empresarial, afectando al contenido de la relación de trabajo»³²⁷. Por otra parte, ya manifesté mi conformidad con la postura de una autorizada doctrina que pugna, en dirección contraria a la doctrina mayoritaria del TS, por calificar con la nulidad al despido que se produce aun cuando la propia Ley impide el recurso a dicha medida como retorsión ante el ejercicio de un derecho. Pero lo cierto es que aquí no sería preciso recurrir a una batería argumental en dicho sentido cuando el ejercicio de la acción aututelar que contiene el art. 21.2 LPRL se dirige, precisamente, a salvaguardar el derecho fundamental del trabajador que se ve realmente amenazado. Así, castigar al trabajador con el despido por haber intentado mantener indemne su vida o integridad representa una conducta vulneradora del derecho que, según la construcción jurisprudencial recibida legalmente en el art. 108.2 LPL, habrá de ser sancionada por los tribunales con la nulidad *ex tunc* de la medida punitiva³²⁸. La represalia constituye, propiamente, una violación de dicho derecho fundamental entrando en juego lo que ha sido denominado doctrinalmente la «eficacia justificante» que exime de todo perjuicio al trabajador que tenga por causa su ejercicio.

Situación distinta se presenta cuando se demuestra *a posteriori* que los bienes esenciales consagrados en el art. 15 CE no se vieron en momento alguno en peligro grave e inminente. Y es que, a pesar de su aparente claridad, el art. 21.4 LPRL acoge una redacción desafortunada que puede dar lugar a ciertas dudas en relación a este asunto pues, como es fácil advertir, el legislador se abstiene de atribuir a la decisión represiva empresarial la condición de nulidad o ineficacia de forma semejante a como se acoge dicha calificación expresa para la protección del trabajador que litiga o reclama exigiendo la observancia del principio de igualdad (art. 17.1 ET). Frente al criterio de opinión, ampliamente admitido, que defiende la calificación de improcedencia correspondiente a la sanción impuesta al trabajador que emprende, de buena fe, una actuación desafortunada, resultaría más ajustado a mi juicio rescatar la doctrina del despido nulo en fraude de ley descartada, no obstante, por la doctrina judicial mayoritaria en la actualidad. Sólo así quedaría verdaderamente asegurada la intangibilidad del trabajador por la aplicación del mecanismo tuitivo ofrecido en el pasaje legal estudiado. Lo que el legislador ha proscrito es cualquier perjuicio o menoscabo que se infiera como consecuencia del ejercicio lícito de la facultad de interrupción o paralización de los servicios.

³²⁷ GARCÍA BLASCO, J. y GONZÁLEZ LABRADA, M., «El derecho del trabajador...», cit., p. 2785.

³²⁸ BAYLOS GRAU, A., «La autotutela...», cit., p. 46. En parecidos términos, BODAS MARTÍN, R., «Derechos y obligaciones...», cit., p. 385.

Es por ello una necesidad manifiesta la de concluir que, una vez reconocido en este ámbito el derecho de legítima resistencia del trabajador, la finalidad de la norma no es otra que la de ofrecer un mecanismo de garantía instrumental al servicio de la efectividad de este derecho. Pues, en otro caso, sólo formalmente podría hablarse de una prohibición legal de medidas coactivas y condicionantes del ejercicio del derecho. Es de sobra conocido que la extinción del contrato unilateralmente decidida por el empresario es, en estos casos y de acuerdo al carácter reglado del despido, indudablemente antijurídica. Responde al propósito de burlar el legítimo derecho que el ordenamiento jurídico le reconoce al trabajador y es, por ello, «un acto contrario a la realización de la justicia»³²⁹. Con todo, la declaración de improcedencia con la consiguiente obligación de indemnizar no evita la pérdida efectiva del puesto de trabajo y se termina, en definitiva, por poner en peligro la consecución del objetivo que persigue la consagración legal de dicha garantía al desencadenar un doble efecto indeseado: la consolidación, por un lado, de la intencionalidad represiva buscada con dicha decisión empresarial (puesto que se acaba produciendo el efecto más nocivo para los intereses profesionales del trabajador, cual es la pérdida del propio empleo); y, por otro, de un efecto persuasivo que le haga al contratante débil desistir de la idea de enfrentarse a la entidad empleadora para ejercer un derecho que legalmente le asiste de acuerdo a lo establecido en el art. 21.2 LPRL³³⁰.

Ello no obsta para que, desde otra perspectiva, con el propósito de concretar las posibles consecuencias derivadas de la decisión consistente en cesar la prestación laboral y abandonar el lugar de trabajo, haya que señalar que si el trabajador hace un uso abusivo del derecho que le atribuye la LPRL y queda acreditada fehacientemente su mala fe o negligencia grave –lo cual, evidentemente, deberá ser establecido en vía jurisdiccional–, la interrupción de la prestación laboral constituirá un incumplimiento contractual y, por lo tanto, deberá asumir las consecuencias disciplinarias que se deriven de la misma, incluido el despido siempre que dicho incumplimiento pudiera ser calificado como grave y culpable y, en su caso, la indemnización por los daños económicos que se deriven de su conducta³³¹. Para finalizar, únicamente mencionar que

³²⁹ SSTs 28 marzo 1985 (RJ/1404) y 12 julio 1986 (RJ/4032).

³³⁰ Es de sobra conocido, citando a TASCÓN LÓPEZ, que la amenaza de un despido aboca al trabajador «forzado por las circunstancias de necesidad vital, personal y familiar, propias del carácter *quasialimenticio* del crédito laboral, (...) a inactuar aquellos derechos tan grandilocuentemente proclamados en el ordenamiento» [«La garantía de indemnidad del trabajador por el ejercicio de acciones judiciales encaminadas a la defensa de sus derechos», en *RTSS (CEF)*, núm. 251, I (2004), p. 145].

³³¹ A título de ejemplo, decretan la procedencia del despido ante la alegación injustificada del derecho recogido en el art. 21.2 LPRL, la STSJ Madrid, 19 febrero 1998 (AS/506), en un caso en el que el trabajador desatendió la orden de desplazarse a su puesto de trabajo en Angola por entenderla peligrosa. El empleado se había comprometido previamente, y por escrito, a desplazarse allí donde le requiriera la empresa y la decisión patronal fue considerada regular. No obstante, sin entrar en los hechos concretos del caso y si existía en verdad o no dicha situación arriesgada, considero oportuno destacar aquí

se podrán exigir responsabilidades al trabajador que contravenga la orden patronal que restringe la actividad en la zona afectada por un riesgo grave e inminente a la intervención de los especialistas a los que se refiere el art. 21. 1. *b* LPRL e, igualmente, a aquel que reanude su prestación en contra de la orden de paralización emitida por el empresario.

B. El derecho al crédito salarial

Para responder a la pregunta de si el trabajador conserva el derecho al salario mientras dure la interrupción de la prestación es preciso indagar en los factores causantes de la situación de riesgo y, sobre todo, en el origen de los mismos. Con una defectuosa técnica jurídica el art. 21.4 LPRL obvió toda referencia a este extremo y se limitó a prohibir sin ulteriores precisiones que el empresario hiciera derivar del ejercicio del *ius resistentiae*, tanto en su vertiente individual como colectiva, cualquier tipo de consecuencia perjudicial³³². La LPRL sale vagamente del paso estableciendo un requisito de fondo desde el cual se pueda calibrar si procede o no el mantenimiento del salario devengado durante la situación de riesgo máximo habiendo permanecido el trabajo paralizado: no procede perjuicio ni castigo alguno contra los trabajadores que ejercieran legítimamente la facultad que el art. 21 LPRL les otorga. De lo cual se deduce que la interrupción temporal de los trabajos que tiene por causa el ejercicio de un *ius resistentiae* en casos de riesgo grave e inminente será retribuida, y ello a diferencia de lo que sucede cuando lo que se produce es la suspensión del contrato (art. 45.2 ET). Quiere ello decir que la relación continúa vigente e igualmente activa la obligación retributiva del empleador, pese a que no haya recibido la contraprestación típica del deudor. Es el acreedor contractual a quien cabe responsabilizar de la imposibilidad de que el trabajador desarrolle su prestación en condiciones de seguridad³³³. La legislación preventiva establece así una regla específica al art. 30 ET en virtud de la cual, con independencia de la naturaleza del impedimento que atañe a la

como la sentencia se acerca peligrosamente a la vieja tesis del *solve et repete* cuando afirma que si el trabajador percibía que la directriz empresarial «afectaba a su integridad física debió instar en la vía judicial adecuada que la referida orden se declarase manifiestamente injusta no limitándose a negarse al cumplimiento sin ofrecer justificación de su decisión». También estimando la procedencia del despido disciplinario decidido por la empresa, la STSJ Madrid, 21 diciembre 2004 (JUR 2005/43002), confirmada por el TS en sentencia de 21 febrero 2006 (JUR 2006/146233), por entender probada la intención maliciosa del trabajador, piloto de profesión, que se niega a realizar un vuelo previsto (Madrid-Bruselas-Bahreim) alegando la existencia de un riesgo grave e inminente para su vida o su salud, si bien tal pretensión encubría en realidad una reivindicación económica por los riesgos que los vuelos conllevan o la STSJ País Vasco, 11 diciembre 2007 (AS 2008/1140).

³³² No operaron de igual modo otros legisladores europeos que sí precisaron que el ejercicio de este derecho no justifica la pérdida de las cantidades salariales que correspondan a los días en los que la actividad laboral permanezca interrumpida. Así en Francia en el art. L4131-3 (antiguo art. L231-8-1). *Vid.* BOUSIGES, A., «Le droit...», cit., p. 289 y CHAUMETTE, P., «Le comité d'hygiène...», cit., p. 433.

³³³ AA.VV. (Sempere Navarro, A.V, García Blasco, J., González Labrada, M. y Cardenal Carro, M), *Derecho de la seguridad...*, cit., p. 195.

ocupación efectiva del trabajador, ya sea debido a la infracción empresarial de la normativa aplicable en materia de seguridad y salud o a causa inimputable al mismo, procederá abonar el salario en la cuantía ordinariamente establecida³³⁴.

Sensu contrario, el empresario está habilitado para descontar de la retribución las cantidades correspondientes a los días en los cuales el trabajador o trabajadores afectados frustraron, maliciosamente o con grave negligencia, el objeto de la prestación pactada. Hay que tener en cuenta que dicho proceder no se correspondería con una sanción pecuniaria o «multa de haber» prohibida por el art. 58.3 ET, sino con la contrapartida a la no realización de las tareas acordadas motivada por la inhibición injustificada del deudor contractual. Por otra parte, la cuestión principal a dilucidar, cuya respuesta no se encuentra en el citado pasaje legal, es si el empresario está obligado a efectuar el pago de los salarios cuando:

a) el empleado hace un uso debido de su derecho a sustraerse de una situación de riesgo grave e inminente ya que el contexto de alta peligrosidad efectivamente está presente pero el mismo es fruto, no de un simple descuido o una actitud poco cautelosa del trabajador, sino de la infracción de las medidas de prevención que legalmente le obligan, constatándose por tanto, que fue su conducta contumaz y consciente, o teñida en su esencia de negligencia grave, la que creó la amenaza para la seguridad. En tales casos en los que preexiste una infracción contractual, si bien el trabajador ostenta el derecho de autotutela reconocido *ex lege*, no conservará el derecho a la contraprestación por las horas perdidas en función de la gravedad real de la conducta imputada. Y, al tiempo, podría ser sancionado disciplinariamente por mor del incumplimiento contractual en el que incurre. En efecto, el art. 29.3 LPRL deja abierta esta vía al calificar las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales como incumplimientos laborales y, consecuentemente, remitirse a lo dispuesto en el art. 58.1 ET³³⁵.

b) La interrupción de la prestación convenida o la retirada preventiva del puesto de trabajo tiene causa en un riesgo grave e inminente provocado por la mala fe o grave

³³⁴ Vid. SÁNCHEZ TORRES, E., «Art. 30. Imposibilidad de la prestación», en AA.VV. (Dir. Del Rey Guanter, S.), *Estatuto*, cit., p. 556.

³³⁵ Vid. las reflexiones de SENRA BIEDMA en relación al escaso ejercicio que los empleadores españoles hacen del poder disciplinario con objeto de reprimir incumplimientos obligacionales de los trabajadores sobre seguridad y salud en el trabajo, «Las obligaciones del trabajador en materia de prevención de riesgos laborales. Sus responsabilidades», en AA.VV., *Ley de prevención...*, cit., pp. 420-421. Nótese al efecto que el correlato del incumplimiento de la colaboración exigida al trabajador es propiamente el ejercicio de las prerrogativas disciplinarias a cargo del empresario, respuesta jurídica que, en realidad, no tiene por objeto satisfacer el interés crediticio de la empresa, sino servir a la obligación de garantizar la efectividad de las medidas preventivas que corresponde al acreedor contractual. Con mayor detenimiento, LOZANO LARES, F., «Las obligaciones...», cit., pp. 170-171.

negligencia de otro u otros compañeros de trabajo. En este caso una línea interpretativa ha sostenido, atinadamente a mi entender, que resulta justificado repetir contra éstos los salarios devengados y pagados al trabajador que ejercitó lícitamente la autotutela como mecanismo de reacción directa e inmediata³³⁶.

Cabe añadir, por último, que cuando la interrupción de los trabajos se debe a la inobservancia de la normativa sobre prevención por parte del empresario, con independencia de que la decisión relativa a la detención de las actividades la asumiera éste mismo por su propia iniciativa o viniera requerida por la Inspección de Trabajo o el Gobierno, no cabe la menor duda de que los trabajadores afectados tendrán el derecho a conservar el salario y cotización correspondiente al tiempo que duró la paralización de sus servicios. Tal es la solución que expresamente recogen los arts. 44. 2 y 53 LPRL, que es claramente equiparable al resultado derivado del art. 30 ET cuando el impedimento que retrasa la efectiva ocupación del trabajador sea directamente achacable al empleador³³⁷. Circunstancias externas pueden sin embargo estar detrás de la creación del riesgo grave e inmediato de siniestro, supuesto en el que ya necesariamente tendremos que asirnos a lo dispuesto en el art. 21.4 LPRL en conexión con el art. 14.5 LPRL, según el cual no cabe trasladar a los trabajadores el coste de las medidas relativas a la seguridad y salud en el trabajo. De lo dicho habrá que exceptuar los casos en los que el empresario hubiera procedido a suspender la relación laboral que le vincula con la plantilla por causa de fuerza mayor de acuerdo a la facultad que le atribuye el art. 47.2 ET y conforme al procedimiento previsto en el art. 51.12 ET junto a las normas reglamentarias de desarrollo³³⁸.

C. La recuperación del tiempo perdido

De la lectura del precepto parece claro e inobjetable que la proscripción de toda reacción punitiva abarca también la prohibición, dirigida al empresario, de exigir a los trabajadores, aquellos que acudieron a un *ius interruptionis* ante una emergencia manifiesta, grave e inminente, la compensación a través de horas extraordinarias del tiempo que por tales causas no se trabajó y ello aunque no se llegue a concretar el riesgo. Se está haciendo alusión a la realización posterior de los trabajos pendientes, pues si la amenaza no se extiende a otros puestos de trabajo o, incluso, a otros centros con los que pueda contar la empresa, sería posible que el personal afectado, de acuerdo con las reglas de la movilidad funcional y geográfica, fuera destinado a ocuparse de

³³⁶ PURCALLA BONILLA, M.A., *Heterotutela y autotutela...*, cit., p. 821. Conclusión reiterada después en «El derecho...», cit., p. 221.

³³⁷ Vid. OJEDA AVILÉS, A., «Los conflictos en la paralización...», cit., p. 321.

³³⁸ SALA FRANCO, T., «El deber empresarial...», cit., p. 21.

labores ajenas a las que de ordinario desarrolla, justamente por el período de tiempo que dure el peligro, o a ejercer sus mismas funciones pero en otras instalaciones de la empresa que no se hayan visto afectadas por el riesgo.

Comparto, no obstante, las reflexiones expuestas por una autorizada doctrina que matiza la regla expuesta cuando el presupuesto fáctico que posibilitó el ejercicio del derecho no fue imputable al empleador, en tanto provocado por una causa de fuerza mayor impropia o por acontecimientos absolutamente imprevisibles provenientes del medio exterior (actuaciones indebidas de otras empresas, accidentes de tráfico, amenazas de explosivos terroristas, etc.). Pues, en tales casos, sin desconocer que el empresario debió hacer frente a los salarios correspondientes pese a su falta de participación en la situación creada, puede imponérsele al empleado la recuperación posterior de las tareas entonces no realizadas, exactamente por el tiempo que duró dicha interrupción, con el fin de evitar una derivación absoluta e indiscriminada de los efectos negativos del riesgo hacia una sola de las partes de la relación contractual³³⁹. Así, un sector de la doctrina ha defendido la posibilidad de reclamar a los trabajadores que resultaran afectados por el evento interruptivo la realización posterior de las tareas pendientes con horas de trabajo que compensen el tiempo perdido (por el que, ya se ha dicho, se ha recibido la contraprestación oportuna), sin perjuicio de «mejor regulación en instrumentos colectivos o individuales»³⁴⁰.

Hay que destacar, por último, que la inasistencia al trabajo por esta causa no comporta la consideración de ausencia injustificada y, consecuentemente, la negativa del trabajador a cubrir su puesto de trabajo mientras persista el riesgo grave e inminente no entra en el cómputo del índice de absentismo total de la plantilla, ni del porcentaje de ausencias del trabajador, con los consiguientes efectos de tal afirmación: en lo que respecta a las razones para ser despedido; a la posibilidad de cobrar los conocidos como premios a la asiduidad y primas de puntualidad o de no absentismo a los que hubiera causado derecho el empleado; a los efectos del cómputo del descanso vacacional; o en lo relativo al cálculo de la antigüedad del trabajador en la empresa, con sus consecuencias resultantes en materia de salario, indemnizaciones, ascensos, turnos de trabajo, vacaciones, etc.

³³⁹ De lo contrario, trayendo aquí las palabras de FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, «se rompería el equilibrio o paridad de prestaciones», e incluso el trato razonable del que debe ser merecedor todo aquel que contrae una obligación (*La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, 1993, p. 255).

³⁴⁰ OJEDA AVILÉS, A., «Los conflictos en la paralización...», cit., p. 321. En contra, THIBAUT ARANDA, J., «La paralización colectiva...», cit., p. 192.

8.2. Parámetros de enjuiciamiento de la corrección jurídica de la conducta de resistencia

Al principio general en esta materia, el de la intangibilidad, aplicable al trabajador que refuta una orden empresarial presumiblemente susceptible de generar un riesgo en su integridad personal, en la de sus compañeros o en la de otros trabajadores ajenos a la empresa que desarrollen actividades en el centro de trabajo, se le deben hacer dos matizaciones necesarias: por un lado, se entiende procedente la sanción disciplinaria impuesta por desobediencia al trabajador que de modo consciente y voluntario se oponga a la autoridad jerárquica del superior a sabiendas de la inexistencia de una situación de grave e inminente riesgo; de otro, la punición será igualmente procedente cuando el trabajador percibe subjetivamente la presencia de tal riesgo pero objetivamente resulta palmario y probado que cualquier observador de dicha situación, y sobre esto me detendré en las páginas que subsiguen, podría haber deducido, de acuerdo a un criterio de pura lógica ordinaria, la irrealidad de un contexto arriesgado de tales características y, consiguientemente, lo desacertado de inobservar las instrucciones recibidas e interrumpir la prestación de servicios. Se trata de impedir, así, que el asalariado pueda esconder bajo el manto de la invocación de una potencial lesión de sus derechos vitales lo que no es más que un incumplimiento contractual.

El legislador ha dejado claro que no se van a amparar usos irregulares del derecho y que serán sancionadas las conductas de aquellos trabajadores a quienes se les pueda imputar una actuación trasgresora de la buena fe en su grado máximo o una creencia enteramente desprovista de fundamento. Aunque, precisamente, el tema más espinoso que hay que abordar tiene que ver con la percepción subjetiva y errónea de la situación de peligro. Y es que el principal problema surge cuando, pasada la situación de peligro y gozando ya de toda la información relativa al hecho, se constata que la valoración del riesgo hecha por el trabajador o por sus representantes no fue la correcta. La inseguridad objetiva de los términos empleados en la Ley y la situación límite a la que se ve enfrentado el trabajador pueden conducirlo a error y, fruto de una valoración inexacta, proceder a la suspensión de la ejecución de su prestación laboral cuando en realidad no sería necesaria su interrupción. El derecho, no obstante, se basa en un parámetro o vertiente predominantemente subjetivo. Es decir, no se atiende de forma principal a la efectiva existencia del riesgo para enjuiciar la conducta desobediente del trabajador, sino que, por el contrario, el precepto determina que no sea castigado el trabajador que perciba esta situación pese a que, objetivamente y en realidad, el riesgo o bien no existe o no posee la entidad requerida por la norma para el disfrute del derecho.

En términos generales y abstractos se puede indicar, tal y como se ha defendido previamente, que el empleo del derecho de resistencia por parte del trabajador no puede ser exorbitante y susceptible de ser prolongado hasta el infinito pues ciertos elementos, aludidos precedentemente, condicionan de forma importante el modo legítimo de ejercicio del derecho. Es de toda lógica que su empleo debe mantenerse en un plano de coherencia, razonabilidad y diligencia. Pues bien, en lo que ya respecta a las situaciones extremadamente alarmantes capaces de derivar de forma inmediata en un daño grave para la integridad del trabajador, esta cuestión la resuelve la Ley al aportar garantías legales al ejercicio de este derecho. Partiendo de un enfoque del todo correcto a mi juicio, requiere a fin de considerar la existencia de una infracción sancionable por desobediencia, junto al elemento objetivo (equivocación en la percepción del riesgo), la concurrencia de un elemento subjetivo (mala fe o negligencia de ostensible entidad puesto que no basta un descuido, un comportamiento meramente defectuoso o la ligera omisión en el cumplimiento de las propias obligaciones). De modo que, dando cabida a ciertos márgenes de error en la valoración del riesgo, la configuración positiva del derecho posibilita que una «conducta objetivamente antijurídica e irregular» quede protegida por el Derecho siempre que la persona afectada verdaderamente considere «que ejerce su derecho como es debido» y no haya incurrido en grave negligencia³⁴¹.

No se presume ni la conducta activa (dolosa), ni la meramente pasiva (negligente), que conforman, en virtud de la norma aquí estudiada, una actuación laboral inadecuada y, como tal, causa justificante de la imposición de la sanción. Precisamente la norma invierte aquí lo que ha venido constituyendo un sentir constante tanto en la literatura jurídica como en los tribunales al dotar al ejercicio del derecho de una importante caución de cierta solidez: la presunción *iuris tantum* de legitimidad de la decisión adoptada por el empleado, la cual sólo podrá refutarse a través de medios de prueba serios y convincentes³⁴². Habrá que estar, por tanto, al caso concreto para determinar si el ejercicio de este derecho fue abusivo, extralimitado o desproporcionado corriendo, como es sabido, a cargo del empresario la prueba de tales circunstancias³⁴³. Y, simultáneamente, al referirse la norma a la gravedad de la conducta del trabajador, se deberán tomar en consideración: el perjuicio ocasionado a la empresa por el recurso indebido al instrumento de autotutela prescrito legalmente (mayor o menor dependiendo de la significación y envergadura que en el proceso productivo general tenga la tarea

³⁴¹ MORENO GARCÍA, A., «Buena fe...», cit., p. 265. También *vid.* FERNÁNDEZ MARCOS, L., *Comentarios a la Ley...*, cit., p. 117.

³⁴² Como ya se anotó en los primeros análisis de la LPRL, «este derecho representa la confianza del legislador de su uso prudente en la creencia, a su vez, de que los trabajadores van a quedar formados e instruidos al cumplir los empresarios con sus obligaciones» (SÁNCHEZ CUBEL, D., *Todo sobre la nueva ley...*, cit., p. 120).

³⁴³ Así también en la jurisprudencia francesa: «appartenait à l'employeur de prouver effectivement l'abus dans l'exercice de ce droit» (*Cour de Cassation*, 10 enero 2001, núm. 99-40294).

paralizada), el daño causado a otros trabajadores, o a terceras personas, así como la eventual exposición de éstos a una situación de peligro derivada de la actuación del trabajador que acude ilícitamente al art. 21.2 LPRL para hacer valer sus intereses.

En suma, de no llegarse a probar que la conducta asalariada fue deshonesta (al evidenciar una voluntad terminante y firme de incumplir los deberes laborales) o gravemente desajustada, se entenderá que el trabajador tomó la decisión de interrumpir su prestación (en contra del interés empresarial dirigido a mantener la producción), en función de una convicción sobre la existencia de un riesgo de tales características, con el propósito, por tanto, de evitar las consecuencias lesivas que dicha situación de peligrosidad pudiera ocasionar sobre su derecho a la vida y a la salud. Justamente, la garantía legal que incorpora dicho precepto obliga a estar atento no sólo a los acontecimientos del supuesto concreto, sino también a las circunstancias en las que se hallaba la persona del trabajador, siendo únicamente relevantes aquellas que acompañan el ejercicio del derecho, esto es, que estaban presentes en el momento de adoptarse una decisión en tal sentido³⁴⁴. Dado que «no basta con medir las posibilidades del trabajador en abstracto»³⁴⁵, se impone una resolución *ad casum* de cada uno de estos supuestos, de modo que son varios los parámetros que aquí se involucran a la hora de valorar la legitimidad de la conducta asalariada, los cuales atañen, tanto a la «diligencia subjetiva» que manifiesta el trabajador en el ejercicio de su derecho (en palmaria consideración a su personalidad, aptitudes profesionales y a las genéricas prescripciones de prudencia)³⁴⁶, como a las circunstancias de tipo objetivo que se anudan, entre otras variables, al puesto de trabajo ocupado o a las labores desarrolladas, aspectos todos ellos en los que se entrará a continuación. A la luz de todos estos indicadores es posible verificar si de los hechos que entonces concurrían se podía deducir razonablemente la existencia del riesgo grave e inminente.

Pero antes de entrar de lleno en estas cuestiones hay que tener en cuenta, en primer lugar, la previsión que incorpora la LPRL en el art. 4.4 cuando define el tipo de riesgo que aquí nos incumbe, pues de la misma ya puede extraerse el estándar de conducta exigible al trabajador. Según se desprende del citado pasaje legal, éste ha de

³⁴⁴ FRANCO, M., «La responsabilità...», cit., p. 288. En igual sentido, entre otros muchos, AA.VV. (Sempere Navarro, A.V, García Blasco, J., González Labrada, M. y Cardenal Carro, M), *Derecho de la seguridad...*, cit., p. 195; GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., *Comentarios...*, cit., p. 145 y SALA FRANCO, T., «El deber empresarial...», cit., p. 20.

³⁴⁵ AA.VV. (Sempere Navarro, A.V, García Blasco, J., González Labrada, M. y Cardenal Carro, M), *Derecho de la seguridad...*, cit., p. 248.

³⁴⁶ Ésta se refiere «a las características, condiciones y circunstancias personales del sujeto, que van a actuar en su favor, no exigiéndose en consecuencia una diligencia abstractamente considerada, sino concretizada en la propia persona del sujeto», BARREIRO GONZÁLEZ, G., *Diligencia y negligencia...*, cit., p. 98.

obrar juiciosamente, con arreglo a las circunstancias y el contexto presente. Ahora que, si bien es cierto que se atisban fácilmente los motivos que indujeron al legislador para exigir al trabajador un proceder razonable en el momento de apreciar la proximidad y gravedad del riesgo (se está veladamente admitiendo, en primer lugar, que la apreciación de la amenaza puede ser equivocada, siempre que ésta no sea deliberada o maliciosa, en aras a favorecer la concepción preventiva del derecho subjetivo que alberga la norma y, en segundo orden, se asegura por parte del trabajador un comportamiento alejado de todo abuso en la adopción de una medida que exterioriza y legitima el rechazo a la prestación de trabajo)³⁴⁷, es precisamente la motivación razonable que el precepto demanda una de las cuestiones más escabrosas a la hora de determinar si la conducta del asalariado es o no la correcta.

Alejándonos de posturas excesivamente tolerantes o condescendientes y de aquellas que defienden una desmedida rigurosidad como presupuesto para entender ajustada la actuación del trabajador³⁴⁸, la conducta del empleado ha de valorarse de acuerdo a los criterios de normalidad, según máximas de diligencia ordinaria. Para ser coherentes habrá que atender al canon de diligencia exigible a un trabajador prudente y sensato aunque se deba, al tiempo, rehuir la consideración a una pauta de conducta de tipo totalmente abstracto que excluya las circunstancias concurrentes (de la persona, temporales y espaciales, remitiéndome a la referencia codicista). Dicho de otro modo, entiendo que la posición más acertada es la que acude a un estándar de conducta intermedio, de acuerdo a una conducta «adecuada a lo social» sin que, como se haya dicho, «pueda exigirse el patrón de persona de comportamiento racional a un nivel máximo, ni tampoco mínimo»³⁴⁹. De modo que el hecho causante de la apreciación del riesgo ha de gozar de una naturaleza o entidad tal que una persona media, bajo las mismas circunstancias, concluiría que concurre un riesgo de dicha envergadura. El error del asalariado es inexcusable cuando la ausencia de riesgo aparece claramente. Y, por el contrario, cuando la percepción de la situación de riesgo grave e inminente viene avalada por razones convincentes, su actitud estará justificada³⁵⁰.

³⁴⁷ A principios de los años 80 sostenía CHAUMETTE, P., «Le comité d'hygiène...», cit., p. 432, «pour sanctionner le salarié censé abuser de son droit de retrait, l'employeur ne peut seulement contester la gravité ou l'imminence du danger; il devra prouver l'erreur consciente du salarié, son intention malicieuse, et non l'inexactitude de ses craintes».

³⁴⁸ Requieren MONTOYA MELGAR y PIZÁ GRANADOS que la creencia del trabajador en relación a la situación de emergencia se base en «una fuerte apariencia de peligro». (*Curso de seguridad...*, cit., p. 245). Con anterioridad a la aprobación de la LPRL, MONTOYA MELGAR, A., *El poder...*, cit., p. 247, sentenciaba que para decretar justificada la desobediencia a los mandatos de la dirección que provocan un «grave e innecesario riesgo», el trabajador debe fundamentar su comportamiento en la existencia de «circunstancias objetivas manifiestas» pues, entendía, no basta con la simple creencia en torno a la peligrosidad de la tarea encomendada. Dicha interpretación hacía en verdad que la resistencia del trabajador fuera prácticamente irrealizable.

³⁴⁹ GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., *Comentarios...*, cit., p. 68.

³⁵⁰ Vid. GARCÍA NINET., J.I., y VICENTE PALACIO, A., «Los derechos...», cit., p. 95.

Sin lugar a dudas, el ejercicio de este derecho presenta numerosas dificultades en la práctica pues «la zona fronteriza entre el uso legítimo y el abuso del derecho es muy tenue, lo que obliga a las dos partes de la relación laboral a extremar la prudencia ante esta clase de situaciones»³⁵¹. Tal constatación permite subrayar que la diligencia exigible encuentra criterios de modulación en la particularidad de los trabajos desempeñados, los aspectos de la organización productiva, así como en la naturaleza y múltiple variedad de circunstancias que presiden el desarrollo de la prestación ante un escenario de grave riesgo para la seguridad.

8.3. Factores determinantes de la responsabilidad

Del trabajador se requiere un proceder que se acomode al «modelo de conducta social exigible a la persona en el tráfico jurídico y en el ejercicio de sus derechos»³⁵² y que adopte en su actuación las reglas de común prudencia, diligencia y corrección que, sin ánimo exhaustivo, podrán ser medidas en atención a las siguientes consideraciones:

a) Un primer elenco de circunstancias a tener en cuenta nos remite a las capacidades personales y profesionales del empleado. Todas ellas configuran la aptitud psico-física del trabajador para enfrentarse al riesgo. Sintéticamente, la referencia a la capacidad personal lleva en sí implícita la consideración a la información y formación específica (el caudal de datos y noticias con el que cuentan los sujetos actuantes en el momento de percibir el riesgo; los conocimientos específicos que han recibido en materia de seguridad y salud en el trabajo; el nivel de preparación y adiestramiento práctico acerca de las medidas necesarias para reducir o corregir el riesgo; su experiencia en situaciones similares y el aprendizaje que acontecimientos pasados, enclavados en el mismo o parecido contexto circunstancial, le hubieran comportado en relación a las actitudes y acciones erróneas que contribuyen a la permanencia del riesgo y a su recrudescimiento). Por otro lado, junto al concreto puesto de trabajo que ocupa el empleado, son relevantes la edad o el estado personal de salud (principalmente referido al aspecto psicológico)³⁵³, sin olvidar también que las condiciones culturales y

³⁵¹ Reproduciendo las palabras de FERNÁNDEZ MARCOS, L., «Derechos y obligaciones...», cit., p. 858.

³⁵² En relación al concepto objetivo de la buena fe, MORENO GARCÍA, A., «Buena fe...», cit., p. 266. Sirva traer aquí a colación, como ha afirmado GARCÍA VIÑA, que la buena fe en su vertiente subjetiva también participa, en cierto modo, de los criterios morales y sociales pues «no puede pretenderse que pueda haber una buena fe creencia sin una conducta conforme a la buena fe; porque, si así fuera, la corrección y rectitud que exige la buena fe sería una formalidad externa y sin contenido», (*La buena fe...*, cit., p. 45).

³⁵³ Vid. LO FARO, A., «Salute e sicurezza negli ambienti di lavoro», en AA.VV. (Coords. Caruso, B., D'Antona, M., y Sciarra, A.), *Il diritto del lavoro nell'Unione Europea: Francia, Germania, Gran Bretagna, Spagna*, ESI, Napoli, 1995, pp. 199-200.

particulares del trabajador pueden proporcionarle una imagen irreal o ficticia de la realidad que le conduzca a no acatar mandatos que en realidad no provocaban tal riesgo. Será reprochable, en consecuencia, la actuación del asalariado si a la vista de sus condiciones particulares hubiera podido comportarse diligentemente mas en la estimación del riesgo no hicieron acto de presencia la destreza y habilidades personales y profesionales del sujeto.

b) Constituye el intervalo de tiempo del que dispone el trabajador para optar entre obedecer un mandato empresarial, o no hacerlo, un momento sumamente trascendental. Si, como ya se ha indicado, esta decisión no es fácil en términos generales, el problema se agudiza en los supuestos de riesgo grave e inminente para la vida o salud de los trabajadores. Y esto por varias razones obvias. En primer lugar porque la amenaza se presenta a menudo de forma imprevista y éstos se verán obligados a adoptar una decisión extrema de modo apremiante, sin sopesar las circunstancias concurrentes como cabría esperarse (cuanto más reducido sea este espacio de tiempo, mayor será la dificultad y la posibilidad de equivocarse). Y, en segundo lugar, la decisión de continuar trabajando o de abandonar su puesto de trabajo se tomará, frecuentemente, en un singular contexto ambiental marcado por una atmósfera de confusión, pánico, tensión o, incluso, de alarma social³⁵⁴ que entorpece enormemente la valoración prudente y certera del trabajador.

c) Son igualmente factores a considerar, el concreto ambiente de trabajo y los medios técnicos con los que pudiera contar para detectar el riesgo o para hacer frente a estas situaciones.

d) Y las instrucciones que en dicho momento imparte el empresario, las cuales constituyen el último rasero que modaliza la conducta mantenida por el trabajador a la hora de calibrar la legitimidad o el carácter abusivo de la misma.

El juicio sobre la realidad del riesgo y el carácter excusable o inexcusable del error obliga a tomar en consideración todas estas circunstancias coyunturales puesto que ante supuestos de peligro idénticos, no cabe exigir el mismo comportamiento a trabajadores entrenados para combatir dichas situaciones y con medios de emergencia a su alcance, que a aquellos trabajadores que por disponer de escasa preparación se puedan ver abrumados por tales circunstancias³⁵⁵. Como se ha concluido, apropiadamente a mi juicio, «si, teniendo en cuenta todos estos factores, en el momento

³⁵⁴ A ésta se refería la STS 30 enero 1989 (RJ/316), en los Fj. 6º y 14º.

³⁵⁵ De este modo lo interpreta FERNÁNDEZ MARCOS, L., «Derechos y obligaciones...», cit., pp. 850-851.

y en la situación de quien decide, cualquier persona media habría considerado razonablemente que verdaderamente existía un riesgo de esa naturaleza, la acción debe quedar legitimada y amparada por el art. 21 de esta Ley»³⁵⁶. Precisamente, son los tribunales quienes tienen que ponderar las circunstancias concurrentes y depurar la posible responsabilidad del trabajador si no activó el mecanismo autotutelar con plena convicción en relación a la existencia de un peligro sobre su persona, sino con fundamento en otras consideraciones no permitidas. Debiendo precisarse, no obstante, que el trabajador no se verá vinculado por decisiones que pudiera haber tomado en otro momento precedente en relación a una situación similar de peligro. El hecho de que entonces no interrumpiera su actividad o no quebrantase una orden patronal que le emplazaba a un contexto de riesgo no es obstáculo para que en el momento actual, en el que se aprecia subjetivamente la presencia de un riesgo de las características antes vistas, adopte la medida de autoprotección que le otorga el art. 21.2 LPRL³⁵⁷. Tampoco constituye freno alguno para el ejercicio del derecho que otros trabajadores en la misma situación decidan voluntariamente continuar con sus tareas en las condiciones señaladas por el empresario, pues ésta constituye una prerrogativa que atañe al trabajador individual. No queda, por último, sino señalar que las dudas que pudieran presentarse respecto a la conducta del empleado en ejercicio del derecho del art. 21.2 LPRL han de resolverse en beneficio de la salvaguardia de los bienes potencialmente afectados, inclinándose por proteger a quien hace uso de un instrumento de inequívoca efectividad práctica de orden preventivo³⁵⁸.

9. Intervención de los representantes de los trabajadores en el supuesto de riesgo grave e inminente

9.1. Sistema dualista de autoprotección

Sentado cuanto se ha dicho, no se puede cerrar este capítulo sin abordar, si quiera someramente, una cuestión estrechamente conexas al derecho de autotutela de

³⁵⁶ GONZÁLEZ ORTEGA, S., y APARICIO TOVAR, J., *Comentarios...*, cit., p. 145. En la misma línea se han manifestado los tribunales. Entre éstos cabe destacar aquí la sentencia de la *Cour de Cassation* francesa de 20 enero 1993, (núm. 91-42028), que señala con contundencia que «l'appréciation du danger doit être subjective, la croyance, même erronée, du salarié qu'il court un danger, pourvu qu'elle soit raisonnable et sincère, suffisant pour lui permettre de quitter son poste de travail».

³⁵⁷ Sobre el rechazo del trabajador a cumplir una orden cuando con anterioridad ya había aceptado órdenes similares sin ninguna oposición, la STSJ Madrid, 14 julio 2008 (JUR/291546) declara que «la obediencia a órdenes injustificadas refleja una buena voluntad por encima de lo que era exigible contractualmente, sin que ello vincule hasta el punto de sentirse obligado indefinidamente en el mismo sentido, como si de una renuncia de derechos se tratase».

³⁵⁸ Disiento entonces con la interpretación recogida en MONTOYA MELGAR, A. y PIZÁ GRANADOS, J., *Curso de seguridad...*, cit., pp. 244-245 donde además, en relación a las garantías contempladas en el cuarto apartado del art. 21 LPRL, los autores hacen hincapié en que resulta criticable «la lenidad de la LPRL hacia la adopción de medidas poco diligentes que pueden tener gravísimas e irreparables repercusiones sobre la empresa y su continuidad».

corte individual que permite al trabajador sustraerse de ciertas situaciones de riesgo. Y es que pese a que los sujetos colectivos no son titulares del derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, están capacitados, pues así se ha prescrito normativamente, para llevar a cabo ciertas actividades a fin de promover la seguridad y bienestar en el entorno laboral. Concretamente, han recibido de manera explícita una legitimación legal para asegurar la efectividad del derecho a la vida y a la integridad psico-física de cada uno de los trabajadores que puedan ver amenazados tales bienes por una situación de riesgo grave e inminente. En este supuesto, los arts. 21.3 y 36.2, g LPRL acogen un tipo específico de implicación activa y directa de los trabajadores en la actividad preventiva de la empresa. A través, no del ejercicio de facultades ajenas, que pertenecen al trabajador individual en cuanto tal y forman parte de su derecho subjetivo de protección, sino de la adopción de un acuerdo que se configura como un mecanismo propio de garantía y promoción de la seguridad en el trabajo³⁵⁹.

Dentro del sistema autotutelar de la seguridad en el trabajo, la capacidad de autoprotección de carácter colectivo se añade como una más a las posibilidades de intervención de los trabajadores, en este caso favoreciendo la efectividad del derecho a la seguridad y salud cuando no se han aplicado las correspondientes medidas y acciones preventivas necesarias para proteger eficazmente a los trabajadores, cuando éstas sí han sido adoptadas pero no han sido suficientes para prevenir la emergencia de un riesgo grave e inminente, o bien cuando el propio empresario no haya permitido a los trabajadores que tomaran las medidas oportunas a las que se refiere el primer apartado del art. 21 LPRL. Resulta un aserto difícilmente rebatible sostener que esta facultad colectiva de participación, tal y como ha sido diseñada legalmente, constituye en la práctica un importante límite externo al poder de dirección y decisión empresarial. Con todo, puede en este punto reiterarse que la norma deja un apretado margen para su ejercicio: el riesgo debe presentarse como una amenaza susceptible de concretarse en un corto período de tiempo y ser capaz de generar graves consecuencias físicas o psíquicas. De no concurrir simultáneamente ambos requisitos, los representantes de los trabajadores no tendrían a su disposición la facultad aquí estudiada, sin perjuicio de que se puedan efectuar los requerimientos o peticiones que se estimen necesarios dirigiéndolos al empresario o a la Inspección³⁶⁰.

Tradicionalmente se ha demandado, desde distintos sectores, una mayor implicación de las instancias representativas en el diseño y control de la política de

³⁵⁹ Vid. MARTÍN HERNÁNDEZ, M^a L., *El derecho de los trabajadores...*, cit., p. 174.

³⁶⁰ THIBAUT ARANDA, J., «La paralización colectiva...», cit., p. 185.

prevención de riesgos laborales y, precisamente, el pasaje legal cuyo análisis se acomete en el presente epígrafe viabiliza que los agentes actuantes puedan decretar la discordancia entre las condiciones bajo las cuales se desenvuelve la ordenación de la prestación laboral y los niveles de seguridad exigidos al empresario en cuanto garante de la salud de los miembros de su plantilla. Tal circunstancia no altera en absoluto la condición de deudor de seguridad del empresario ni sus obligaciones en esta materia (art. 14.2 y 4 LPRL). De modo que no procederá requerir a los agentes colectivos una corresponsabilidad en caso de que con su actuación no se pueda finalmente garantizar que los trabajadores no resulten dañados, ni tampoco, aunque el art. 21.3 LPRL les convierta en protagonistas de la protección de los empleados, imputársele responsabilidad alguna por no acordar la paralización de los trabajos, o hacerlo tarde, cuando el centro se vea afectado de modo real por la situación de peligro³⁶¹.

9.2. Confrontación entre trabajadores y sus representantes en torno al ejercicio del *ius interruptionis*

No es mucho el bagaje aplicativo de esta «facultad excepcional de origen legal»³⁶². Su empleo sigue siendo episódico en contraposición de la relativa periodicidad con la que paraliza la actividad la Inspección³⁶³. El último apartado del art. 19 ET ya reconocía el derecho colectivo de los representantes de los trabajadores a la paralización de la actividad productiva en caso de riesgo grave e inminente (entonces, «probabilidad seria y grave de accidente», sin que el contexto fáctico se deba encontrar

³⁶¹ THIBAUT ARANDA, J., «La paralización colectiva...», cit., p. 192. Idéntica posición en IGARTUA MIRÓ, M^ªT., *Sistema...*, cit., p. 159. En sentido inverso, ROMERAL HERNÁNDEZ, J., *El delegado de prevención*, Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 293, 361 y 377.

³⁶² GONZÁLEZ ORTEGA, S., «Derecho a la salud y control de los trabajadores», en *RL*, vol. I (1990), p. 252.

³⁶³ OJEDA AVILÉS, A. «Los conflictos en la paralización...», cit., p. 309. A mayor abundamiento, *vid.* arts. 9.1, *f* y 44 LPRL y art. 7.10 LOITSS, completándose con el procedimiento acogido en el art. 11.3 RPSOS y art. 6.1 RD 707/2002, de 19 de julio. La limitada extensión del presente estudio únicamente permite esbozar algunas consideraciones en relación a la Inspección como órgano legitimado para accionar una suspensión temporal de la actividad productiva. Una vez tomada esta decisión se deberá dar traslado de la misma, de forma inmediata y por escrito, tanto a la empresa – mediante notificación formal o a través de diligencia en el Libro de Visitas –, como al Delegado del Gobierno o, en su caso, a la Autoridad Central de la Inspección. A su vez, la empresa deberá poner la situación en conocimiento de los trabajadores afectados, del comité de seguridad y salud, del delegado de prevención o, en su ausencia, de los representantes del personal. La paralización podrá ser impugnada, si bien ello no impide la ejecución inmediata de la orden suspensiva [*Vid.* SAMPEDRO GUILLAMÓN, V., «Responsabilidades administrativas...», cit., p. 553]. Consúltense también las STSJ Castilla La Mancha, 17 marzo 2006 (JUR/126818) y STSJ Madrid, 28 octubre 2005 (JUR 2006/14256).

De otro lado, los funcionarios de apoyo a la Inspección en materia preventiva (art. 9.2 LPRL) no están facultados para decretar, por sí mismos, la paralización inmediata de las actividades quedando limitada, su actuación, a la formulación de requerimientos y a la comunicación urgente a la Inspección (art. 43.3 LPRL y art. 63.1, *b* RD138/2000, de 4 de febrero). Sobre este asunto, extensamente, PEDROSA ALQUÉZAR, S.I., «La nueva función de comprobación en prevención de riesgos laborales: hacia una subinspección especializada», en *AL*, vol. I (2007), pp. 153-155.

caracterizado por la nota de la inminencia) aunque la LPRL, tomando como referencia principios más acordes con una concepción moderna de la seguridad en el trabajo, altera sustancialmente su contenido. Sorprende que el legislador no optara por derogar expresamente dicho precepto estatutario. No obstante y pese a su vigencia formal, se entiende que se encuentra tácitamente derogado en todo aquello que sea contradictorio con la norma preventiva posterior³⁶⁴.

Como breve inciso aclaratorio sirva ahora destacar que el art. 19.5 ET alberga, a través de una regulación enteramente burocratizada, la posibilidad de ejercicio de una acción de defensa organizada. Tal y como se han hecho eco varios autores, una lectura detenida del mentado precepto nos debe permitir precisar que lo que verdaderamente se contienen son dos situaciones diferentes³⁶⁵ frente a las cuales caben dos tipos diversos de implicación de los «órganos internos de la empresa competentes en materia de seguridad» y, de forma subsidiaria, de los «representantes legales de los trabajadores en el centro de trabajo», para:

– Exigir al empresario por escrito que adopte las medidas que hagan desaparecer un estado de máximo riesgo pero no inminente. Se trata, por tanto, de una mera labor de apercibimiento y exhortación al empresario que no ha cumplido con sus obligaciones preventivas (constituyendo en la norma este incumplimiento el agente generador del riesgo), sin que estén facultados para emprender ninguna otra actuación más enérgica en este ámbito³⁶⁶.

– Acordar, por su propia iniciativa, la cesación temporal de las actividades en caso de que sea probable que el riesgo de accidente laboral se pueda materializar de forma inmediata. Es esta segunda posibilidad la que resulta del todo incompatible con la regulación contenida en el art. 21.3 LPRL pues difiere, no sólo en los órganos habilitados para proceder a la paralización de las actividades, sino también en relación a

³⁶⁴ Gran parte de la doctrina puso de manifiesto la falta de claridad y rigor de la disposición derogatoria de la LPRL, defecto que ha ocasionado no pocas dudas interpretativas sobre la vigencia o derogación de distintas normas e instituciones. Con más detenimiento, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «Disposición derogatoria...», cit., pp. 24-26.

³⁶⁵ Si bien no cabe entender que ambas sean fases de una misma secuencia. Esto es, se otorgan competencias a instancias colectivas sin que la posibilidad de actuación contemplada en el segundo inciso del art. 19.5 ET venga supeditada a que se hayan adoptado las medidas previstas en el primero (GONZÁLEZ ORTEGA, S., «Derecho a la salud...», cit., pp. 248-250).

³⁶⁶ La LPRL aventaja en este punto a la regulación estatutaria precedente al atribuir en el art. 40.1 a los «trabajadores y sus representantes» la facultad de acudir a la Inspección de Trabajo y denunciar la situación de inseguridad concurrente sin necesidad de esperar a que transcurra el plazo de cuatro días al que se refiere el art. 19.5 ET, inciso primero. *Vid.* QUESADA SEGURA, R., *La autonomía colectiva en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 65-66.

los requisitos cuantitativos requeridos para ello³⁶⁷. La LPRL atribuye dicha facultad al comité de empresa y delegados de personal por mayoría simple o bien, con idéntica proporción de votos, a los delegados de prevención aunque éstos albergan una posibilidad meramente residual de intervenir en tales situaciones³⁶⁸. Del tenor literal del art. 21.3 LPRL se deduce claramente que el legislador del 95 se decantó por la actuación preferente de los órganos de representación unitaria³⁶⁹, en detrimento de la intervención de los comités de seguridad y salud y delegados de prevención³⁷⁰ (son los primeros quienes controlan más directamente el medio de trabajo y pueden acudir a la paralización con mayor celeridad siendo, como se sabe, la eficacia de las decisiones

³⁶⁷ El procedimiento a seguir en tales supuestos quedó ostensiblemente simplificado tras la aprobación de la LPRL al eliminar la anterior distinción estatutaria entre empresas de proceso productivo continuo y discontinuo. Al mismo tiempo se allana el ejercicio de este derecho exigiendo la adopción del acuerdo, no por mayorías cualificadas, sino a través del voto a favor de la simple mayoría. No obstante, interpreta ÁLVAREZ MONTERO, A., *El delegado...*, cit., p. 296 que «toda procedimentalización por débil que sea limita las posibilidades de una respuesta eficaz».

³⁶⁸ Tal y como advierte ÁLVAREZ MONTERO, A., *El delegado...*, cit., p. 296, «la introducción por la ley del requisito de las mayorías en este supuesto, único previsto en la ley que requiere acuerdo mayoritario para legitimar la acción de los delgados, pone de relieve las reticencias del legislador a afectar el poder del empresario sustituyendo su voluntad incluso en supuestos puntuales y extremos como el que nos ocupa. Al mismo tiempo introduce una grave disfuncionalidad en los supuestos de grandes centros de trabajo cuando el peligro se presente en un puesto o puestos muy localizados».

³⁶⁹ En su defecto admiten algunos autores la intervención de la representación sindical. Así, GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., *Comentarios...*, cit., p. 142 y OJEDA AVILÉS, A., «Los conflictos en la paralización...», cit., pp. 330-332 y 334. En contra, AA.VV. (Sempere Navarro, A.V, García Blasco, J., González Labrada, M. y Cardenal Carro, M), *Derecho de la seguridad...*, cit., p. 196 y RIVERO LAMAS, J. y DE VAL TENA, A.L., «Artículo 21...», cit., p. 199. Lo cierto es que dicha posibilidad no se desprende de la literalidad del art. 21.3 LPRL. Ello no obsta para que una decisión de dicho calibre venga también avalada por la presencia de los delegados sindicales pues éstos pueden participar en el comité con voz pero sin voto.

³⁷⁰ «Se aprecia un designio del legislador de mantener a los delegados de prevención al abrigo de posiciones de conflicto o, lo que es igual, una voluntad de ubicarlos en zonas más propias de la colaboración que de la confrontación con el empresario. De ahí, que las funciones más propiamente reivindicativas en asuntos de prevención de riesgos, como son la negociación colectiva y el ejercicio de quejas y acciones, se mantengan como privativos de los representantes comunes, asignándose a los representantes específicos aquellas otras funciones de naturaleza cooperativa» (VALDÉS DAL-RÉ, F., «La participación de los trabajadores en la ley de prevención de riesgos laborales», en *TS*, núm. 73 (1997), p. 42). Ciertamente es, como se ha advertido, que la LPRL priorizó la condición representativa de los delegados de prevención en detrimento de su carácter técnico. De modo que podrán ser delegados de prevención quienes no cuenten en el momento de su designación con una formación específica para ejercer sus funciones. Pero no es menos cierto que la Ley sí obliga al empresario a proporcionársela (art. 37.2 LPRL), circunstancia que les hace poseedores de unos conocimientos en materia de prevención de riesgos laborales que presumiblemente posibilitarán una mejor valoración técnica del tipo riesgo concurrente y de las medidas más oportunas para atajarlos. Sin embargo, dado que el legislador quiso otorgar mayor capacidad de decisión en este ámbito a la representación unitaria, «los delegados de prevención, podrían perder una votación aunque estuvieran magníficamente formados; hubieran ejercido su competencia propia de proponer la paralización y estuvieran en posesión de la verdad (contra el parecer de la mayoría)» [CORDERO GONZÁLEZ, J., «Los antecedentes normativos de los órganos de representación y participación especializados en materia de prevención de riesgos laborales. Evolución y análisis desde el prisma de la normativa vigente», en AA.VV., *Gobierno de la empresa...*, cit., p. 121]. Crítica la elección del legislador, THIBAUT ARANDA, J., «La paralización colectiva...», cit., p. 189 y MONTOYA MELGAR, A. y PIZÁ GRANADOS, J., *Curso de seguridad...*, cit., p. 249. Se suman a dicha opinión, entre otros, ÁLVAREZ MONTERO, A., *El delegado...*, cit., p. 294, nota 298; SALCEDO BELTRÁN, M^a C., *El deber de protección...*, cit., p. 90 y ROMERAL HERNÁNDEZ, J., *El delegado...*, cit., pp. 287-288.

adoptadas en este contexto deudora de la rapidez con la que son acordadas)³⁷¹. Así pues, de manera subsidiaria y únicamente en circunstancias de urgencia, cuando el órgano de representación del personal no pueda reunirse con la premura que requiere tales situaciones, se le atribuye a los delegados de prevención una función de cariz ejecutivo, cual es la de actuar en casos de riesgo grave e inminente, de modo que la decisión en dicho sentido quedará en sus manos³⁷². Fuera de estos supuestos solamente les corresponde elevar una propuesta de paralización de los trabajos ante el órgano de representación unitaria (art. 36.2, g LPRL)³⁷³.

Para adentrarnos en el ejercicio de este singular mecanismo de naturaleza colectiva, más cercano, como se ha dicho, al desarrollo de funciones «de policía» que a otras de carácter representativo³⁷⁴, hay que anotar que el acuerdo dirigido a suspender la ejecución de la actividad laboral queda legalmente supeditado a que el «empresario no adopte o no permita la adopción de las medidas necesarias para garantizar la seguridad y salud de los trabajadores». Es la pasividad patronal, unas veces, la que habilita la actuación de los representantes de los trabajadores. Otras lo será el ejercicio irregular de sus facultades de dirección cuando a través de su potestad para dictar órdenes e instrucciones impide a los empleados que tomen las medidas necesarias para hacer efectiva la protección de su seguridad y salud. En todo caso, como paso previo a la decisión de paralizar el trabajo en contra de la voluntad del empleador se requiere la constatación de la inexistencia o insuficiencia de dichas medidas y, sólo cuando el empresario hubiese quebrantado su deber de garantizar la seguridad, los representantes de los trabajadores asumirán parcialmente las facultades de dirección que originariamente se le atribuyen al empresario para acordar el cese de la actividad y proteger así a cuantos se pudieran ver perjudicados por el riesgo.

Ahora bien, no tiene sentido interpretar rigurosamente dicha previsión cuando, precisamente, lo que se pretende tutelar es la salud, la vida o la integridad de los trabajadores. Nótese que la exigencia de que el riesgo sea subsumible en un

³⁷¹ Así se expresan FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «Disposición derogatoria...», cit., p.27.

³⁷² Algunos convenios colectivos, sin embargo, invierten la regla anunciada ampliando las facultades legalmente conferidas a éstos (art. 203 XVII CC. Iberia, LAE, personal de tierra, BOE 17 agosto 2007 y art. 30 CC. Zardoya Otis, S. A. y Ascensores Eguren, S. A., BOE 8 agosto 2005).

³⁷³ En tanto representantes especializados con funciones específicas, podrán detectar más rápidamente o con mayor acierto las condiciones susceptibles de provocar súbita e inopinadamente un grave perjuicio a la salud de los trabajadores y así se lo pueden comunicar, junto con la proposición correspondiente, a los representantes unitarios. Se trata de una facultad asignada a los delegados de prevención y no un trámite que debe cumplirse inexcusablemente para que los representantes unitarios puedan adoptar el acuerdo suspensivo.

³⁷⁴ GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., *Comentarios...*, cit., p. 41. Idea que se intuye en FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., «Algunos problemas...», cit., p. 96.

incumplimiento contractual carece en gran medida de virtualidad en la práctica ya que existe un obstáculo de raíz: la urgencia de tales situaciones normalmente impedirá a los representantes de los trabajadores corroborar si el empleador ha adoptado un conjunto coherente y globalizador de medidas de acción preventiva para atajar el riesgo. La puesta a salvo de los trabajadores implicados habrá de primar sobre dicha comprobación de la dejadez empresarial. Y es que la eficacia que se requiere de la acción preventiva en caso de riesgo grave e inminente demandará una actuación rápida y diligente de dichos agentes llamados a promover la interrupción de la prestación. Teniendo en cuenta, además, que si los representantes perciben una situación de alto riesgo indicará que, aun habiendo cumplido el empresario su deber y haber dispuesto las medidas precautorias oportunas, éstas han fallado o no han sido suficientes. Así, la interpretación de este requisito debe hacerse de modo que resulte compatible con el objeto al que responde el precepto y que no es otro que la salvaguardia de bienes jurídicos de importancia capital.

Dicho esto, conviene sentar como premisa que el modelo de competencia alternativa que diseña el legislador del 95, otorgando facultades decisorias a las instancias representativas señaladas, no entra en conflicto con el derecho de resistencia que cada uno de los trabajadores afectados pudiera hacer valer para sustraerse de aquellas condiciones que implican un riesgo grave o inminente. Lo que el art. 21.3 LPRL recoge es la posibilidad de actuación de instancias colectivas como sistema de autotutela (y no propiamente un derecho de resistencia ejercido colectivamente)³⁷⁵ que se sustancia al margen del ejercicio del *ius resistentiae* individual, el cual arranca del vínculo jurídico que liga a los contratantes y permite afrontar la situación de máximo riesgo sin que dicha actuación personal del trabajador quede tampoco condicionada a la intervención de los órganos de representación en este asunto. Nos encontramos, como fácilmente se podrá convenir, ante dos herramientas de autoprotección que albergan importantes conexiones entre sí pero que gozan de identidad propia y son ejercidos de forma autónoma, sin que en modo alguno el empleo de alguno de estos derechos precise del apoyo del otro para surtir efecto.

Sirva además en este momento apuntar que, si bien «el derecho individual del trabajador prevalece sobre el colectivo, de forma que si el trabajador decide interrumpir su actividad ningún acuerdo en contra de los representantes puede anular la protección del art. 21 LPRL»³⁷⁶, no están facultados los trabajadores para, de forma colectiva,

³⁷⁵ THIBAUT ARANDA rechaza enérgicamente que la decisión de paralización de los representantes pueda interpretarse como el ejercicio colectivo de un derecho individual cual es el *ius resistentiae*, en «La paralización colectiva...», cit., pp. 183-184.

³⁷⁶ IGARTUA MIRÓ, M^ªT., *Sistema...*, cit., p. 154. Anotaba OJEDA AVILÉS al respecto que «la autonomía colectiva – los representantes legales – prevalece sobre la voluntad individual en el aspecto

agrupados de forma no institucional, tomar la determinación de paralizar la actividad cuando entre el juego el presupuesto habilitante ya señalado. La decisión de cesación de la producción (no alcanzando a la totalidad de una empresa o centro de trabajo si ello no fuera imprescindible, sino a la actividad de los miembros de la plantilla expuestos al riesgo grave e inminente)³⁷⁷, corresponde a quienes tienen la condición formal de representante legal de los trabajadores y el empresario estará obligado a acatarla.

Una vez acordada la paralización inmediata de los trabajos, la decisión del órgano de representación debe seguirse de forma inmediata por el trabajador (si sólo un miembro de la plantilla ve amenazada su seguridad o salud) o los trabajadores afectados. Aunque no existe unanimidad en este punto, considero que el acuerdo tomado goza de ejecutividad inmediata y los trabajadores no podrán rehusar su seguimiento³⁷⁸. Hay que precisar, no obstante, que éste es provisional hasta que sea

normativo o regulador, pero sucede al contrario cuando se trata de ejercicio de un derecho fundamental, y entre ellos el de la vida y la salud de la persona. Consiguientemente, cuando un trabajador cualesquiera decide abandonar el puesto de trabajo existiendo el peligro en cuestión, ningún acuerdo en contrario de sus representantes legales podrá anular la protección de que disfruta por el art. 21 LPRL» («Los conflictos en la paralización...», cit., pp. 337-338).

³⁷⁷ A diferencia del *lock-out* (que parte de una decisión empresarial), la paralización productiva puede no llegar a afectar a toda la empresa, sino sólo a una sección de la misma. De ello da cuenta THIBAUT ARANDA, J., «La paralización colectiva...», cit., p. 186. En realidad, el cierre patronal se traduce en una suspensión general de la relación laboral y en dicha operación no asume el riesgo el empresario, puesto que la paralización hace decaer la obligación de remunerar a los trabajadores mientras que dure la misma. Ello a diferencia de lo que ocurre con la suspensión colectiva de las prestaciones por causa de riesgo grave e inminente, caso en el que los trabajadores mantienen su derecho percibir el salario correspondiente. Asimismo, el empresario no podrá decretar, como medida defensiva frente al acuerdo colectivo alcanzado por los representantes legales de los trabajadores, el cierre del centro recurriendo a la facultad que le asiste en virtud del art. 12.1, c del RDLRT 17/1977, de 4 de marzo. Sobre la ilegalidad de una decisión en dicha dirección se manifiestan, por todos, GARCÍA NINET., J.I., y VICENTE PALACIO, A., «Los derechos...», cit., p. 99.

³⁷⁸ En cambio, opina OJEDA AVILÉS, A., «Los conflictos en la paralización...», cit., p. 337: «un acuerdo de los representantes legales para detener la producción no ha de entenderse como una conminación o una orden ineludible para los trabajadores, sino como una fórmula exoneratoria de toda responsabilidad para los mismos cuando la secundan, excepto mala fe o negligencia grave». Pero lo cierto es que ésta es una de las diferencias que separan la paralización del trabajo en situación de riesgo grave e inminente de la huelga. Y es que aunque aparentemente podría haber cierto paralelismo entre ambas, estamos ante instituciones radicalmente distintas. Los trabajadores no son libres de continuar con sus labores productivas toda vez que se haya decretado la paralización de la actividad («dicha decisión debe ser considerada como una orden de la representación de los trabajadores dirigida a éstos en el lugar del empresario y en funciones de policía o de tutela de la salud y de la integridad de quienes deben obedecerla», GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., *Comentarios...*, cit., p. 144), circunstancia que no se cumple cuando hablamos del derecho consagrado constitucionalmente en el art. 28.2. Además, cabe hacer referencia a los derechos retributivos de los trabajadores que únicamente se mantienen en caso de riesgo grave e inminente (cuyo apoyo normativo se encuentra en el art. 6.2 RDLRT *versus* art. 44.2 LPRL) y al desempeño de los servicios de mantenimiento que, a diferencia de lo que sucede cuando la cesación de la actividad tiene como origen la huelga, no se llevará a cabo en supuestos de peligrosidad (FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., «Algunos problemas...», cit., p. 95 y THIBAUT ARANDA, J., «La paralización colectiva...», cit., p. 184). Pero, por encima de todo, la huelga constituye un medio de presión y expresa una reivindicación de un colectivo de trabajadores, mientras que en lo que respecta al derecho a la paralización en una situación de peligro, la presión ejercida sobre el empleador tiene un carácter secundario pues, directamente, la finalidad perseguida es la de ponerse a salvo de un riesgo y proteger así un derecho sobre la persona del trabajador. Por esta razón la actuación empresarial

ratificado o revocado por la autoridad laboral que dispone de un plazo perentorio de veinticuatro horas³⁷⁹ para tomar una decisión al respecto³⁸⁰. La resolución que ésta adopte primará sobre la opinión contraria de la empresa o de los representantes de los trabajadores³⁸¹. A salvo queda, como se podrá intuir, la capacidad del trabajador individual de optar por no prestar el trabajo si es que estima que la existencia de un riesgo grave e inminente que se ciñe sobre su puesto de trabajo está provista de todo fundamento, si bien ocurre «que las circunstancias en que así lo decida servirán para juzgar si ha actuado de buena o mala fe o ha cometido negligencia grave»³⁸². Por su parte, el mismo criterio es aplicable al órgano representativo adoptante de la medida suspensiva cuando, a la vista del alcance y realidad del riesgo, así como del entorno en que se toma tal decisión, quedara constatado que concurrió mala fe o negligencia en su actuación³⁸³. Solamente bajo estas circunstancias el empresario se verá facultado para actuar disciplinariamente y, en su caso, exigir la indemnización de los daños u perjuicios que le hubieran sido causados. Ahora que tales consecuencias disciplinarias derivadas del uso indebido de la facultad de paralización no podrán alcanzar a los trabajadores que, acatando la disposición conminativa impartida por sus representantes, interrumpieran su actividad en un supuesto donde no existía propiamente un riesgo grave e inminente³⁸⁴.

que se pliega ante la solicitud de la plantilla conforma, en el primero de los casos, una consecuencia de dicha presión ejercida por los huelguistas y, sin embargo, en el segundo supuesto, el restablecimiento de la seguridad en los lugares de trabajo no es imputable propiamente a la resistencia asalariada, sino al cumplimiento de una obligación legal, la de tutelar eficazmente la seguridad y salud laboral. A mayor abundamiento, *vid.* BOUSIGES, A., «Le droit...», cit., p. 281 y GONZÁLEZ ORTEGA, S., «Derecho a la salud...», cit., pp. 250-251.

³⁷⁹ Desde un ángulo crítico, sobre dicho espacio temporal, GARCÍA NINET, J.I., «Artículo diecinueve...», cit., pp. 157-158.

³⁸⁰ La decisión relativa a la paralización de actividades debe ser comunicada de inmediato a la empresa y a la Autoridad Pública. De no hacerse se incurrirá en responsabilidad aunque tal incumplimiento de los representantes no le resta legitimidad al acuerdo adoptado.

³⁸¹ La resolución de la autoridad laboral, señalan GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., *Comentarios...*, p. 146, «tiene preferencia en todo caso».

³⁸² De nuevo, GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., *Comentarios...*, cit., p. 147.

³⁸³ Aplican esta regla las SSTSJ Cantabria, 31 diciembre 2001 (AS 2002/298) y 17 enero 2002 (AS/599), en las cuales se deja claro que «el hecho de que los actos imputados fuesen realizados como Delegados de Prevención no impide su sanción como estrictamente laborales (“actos de servicios propios del puesto de trabajo”), ya que el mandato referido a no sufrir daño alguno los trabajadores o sus representantes, por la adopción de medidas de seguridad y salud, lo es sin perjuicio de que hubieran obrado de mala fe o cometido negligencia grave (artículo 21.4). En definitiva, tal garantía de inmunidad desaparece y la responsabilidad es estrictamente laboral y motivo de sanción cuando se reconoce alguna de estas circunstancias. (...) Como es lógico, las funciones representativas u otras por delegación no pueden servir de patente de corso para los excesos que en su ejercicio se cometan».

³⁸⁴ Tal y como precisa THIBAUT ARANDA, «La paralización colectiva...», cit., p. 192. Conservarán igualmente en estos casos el derecho a percibir el salario que les corresponda por los días no trabajados (*vid.* MARTÍN HERNÁNDEZ, M^a L., *El derecho de los trabajadores...*, cit., p. 391).

CAPÍTULO QUINTO

CONCLUSIONES

PRIMERA: El poder de dirección constituye el aspecto jurídico activo de la dependencia. No es un mero efecto de la calificación de la relación de trabajo como subordinada, sino que forma parte de la propia esencia del contrato de trabajo. Es precisamente la dependencia o subordinación el rasgo distintivo de la laboralidad, que fija la posición de los sujetos de la relación y justifica, de este modo, la protección que el ordenamiento jurídico dispensa al trabajador asalariado, así como el conjunto de deberes y obligaciones recíprocos entre los contratantes. En el presente escenario productivo y social la subordinación sigue erigiéndose en el componente principal y determinante en la calificación laboral de la relación aunque se haya puesto de manifiesto la necesidad de actualizar sus contornos configuradores. Al socaire de las actuales dinámicas de transformación de la empresa, la subordinación es objeto de modificación cuantitativa al admitir un cierto grado de iniciativa e independencia respecto al poder jerárquico de la empresa. Hay que destacar, en segundo orden, que es la posibilidad de interferir en el desarrollo de la prestación de servicios ordenando los rasgos esenciales de la misma, esto es, la sujeción del trabajador al poder de mando empresarial, sea éste ejercido o no, el elemento que permite identificar el contrato de trabajo y atraer al ámbito del Derecho del Trabajo una concreta actividad de producción.

SEGUNDA: El deber de obediencia no se configura de manera autónoma, sino que es un elemento inherente a la subordinación. Lo que el ET consagra en nuestro sistema jurídico es un poder para gestionar y dirigir la actividad laboral a través de la correlativa obligación del asalariado de sujetarse a su ejercicio (arts. 5, *c* y 20.1 y 2 ET). Así pues, el reverso del deber de obediencia lo constituye, en realidad, el derecho subjetivo que otorga una capacidad de mando sobre la actividad ajena y no un poder general relativo a la gestión y planificación de la actividad empresarial en su conjunto. La inobservancia por parte del asalariado de las decisiones tomadas por el empleador, no en el ejercicio de su poder de dirección, sino como expresión del resto de sus prerrogativas no constituye, en sentido estricto, una infracción del deber de obediencia. Sí correspondería, por contra, calificar dicha actuación como indisciplinada. La noción jurídica de indisciplina desborda el concepto de desobediencia pues abarca la contravención de las directrices directivas del empresario pero también cualquier otro incumplimiento de una obligación laboral. Mientras que el deber de obediencia se

reclama, propiamente, de las disposiciones procedentes del ejercicio del poder de dirección del empresario.

TERCERA: La institución contractual constituye la razón de ser más inmediata e intrínseca del poder de dirección (y del necesario y correlativo deber de obediencia del trabajador), mientras que la libertad de empresa permanece en un plano externo al poder directivo, preexistiendo a su ejercicio y filtrándose a través de él. Del libre consentimiento de quien se encuentra en una posición de dependencia parte la atribución de un poder empresarial que encuentra legitimación en el interior de una relación de naturaleza jurídica. De ahí la funcionalidad del poder empresarial al contrato de trabajo y, en consecuencia, también a los derechos y obligaciones derivados de éste. Pero la significación contractual del poder de dirección no comporta descuidar la perspectiva constitucional, ni soslayar que los planteamientos económicos y las necesidades técnicas y organizativas, que mueven la iniciativa económica empresarial y son externas al contrato, descienden y entran en comunicación en el plano jurídico del vínculo negocial. Es mediante la posición de crédito que ocupa el empresario en el contrato y, concretamente, a través del ejercicio del poder de dirección, como dichas necesidades podrán verse satisfechas. El contrato actúa así como vehículo de adopción y modalización de las exigencias organizativas de la empresa pero, y esto es lo más significativo, introduce elementos suficientes para racionalizar y delimitar el alcance de las facultades directivas del empresario a través de las cuales se pretenden canalizar los planes organizativos vinculados a la propia empresa.

En definitiva, las situaciones jurídicas activas y pasivas, corolario de la relación laboral, se reconducen y legitiman en la lógica contractual. Esto es, la subordinación o dependencia del trabajador vendría a derivar en toda ocasión de una elección contractual del trabajador. Las prerrogativas de coordinación global y de cariz organizativo cuyo ejercicio excede de lo acordado inicialmente en la relación individual de trabajo (*ius variandi* y las modificaciones sustanciales), deben encauzar su origen dentro de los parámetros instituidos por el marco concreto de su regulación. Habrá que entender, entonces, que estas pretensiones empresariales no vienen canalizadas por el contrato sino por la institucionalización normativa que habilita al empresario a recurrir a las mismas, circunstancia que nos lleva a reconducir su fundamento más inmediato al art. 38 CE. En cambio, la *ultima ratio* del poder de dirección descansa en el título contractual que le faculta para gestionar el trabajo ajeno.

CUARTA: El poder de dirección confiere al empresario la capacidad para impartir concretos mandatos individualizados y condicionados a la actividad desarrollada por cada trabajador o grupo de trabajadores (órdenes), así como directrices de carácter general, pero igualmente imperativas, dirigidas a una colectividad de trabajadores (instrucciones). A través de este auténtico poder jurídico de corte unilateral y discrecional se crean obligaciones en el sujeto asalariado concretando la esfera de actuación, las funciones exigibles y las condiciones de desenvolvimiento de la prestación debida por éste. Se desprenden también del ejercicio de las facultades de mando las disposiciones dirigidas a tutelar la seguridad y salud en los lugares de trabajo (art. 5, *b* ET).

Quedan excluidas del panel de atribuciones conferidas por dicho poder aquellas variaciones de la prestación de singular entidad. En cambio, la potestad empresarial que se limita a la redefinición o variación de carácter accidental de las funciones que podrán acometerse a lo largo de la vigencia del contrato, al ostentar un carácter accesorio, constituye una institución connatural al propio negocio jurídico contractual. Igualmente, las alteraciones que afectan a la jornada, horario, al sistema de turnos o al lugar de trabajo que repercutan mínimamente en el desarrollo de la actividad contratada, son también manifestación del poder directivo. No obstante, no cabe entender de forma absoluta que todas aquellas decisiones patronales que impliquen un cambio locacional sin comportar un cambio de residencia se enmarcan en el ejercicio del mentado poder. Si la movilidad decretada resulta particularmente gravosa para los legítimos intereses del trabajador e impone una carga adicional en relación a las condiciones bajo las que se había venido desarrollando la labor contratada, no se estará propiamente ante una leve mutación, sino frente a una variación de capital trascendencia en uno de los aspectos más sensibles de la prestación de la que es deudor y, por tanto, debería reconducirse a la cobertura legal que ofrece el art. 41 ET.

De otro lado, las reglas de disciplina referentes, tanto a la reglamentación de la convivencia de los miembros de la organización, como a la seguridad de las personas y del patrimonio empresarial, son una manifestación más del ejercicio del poder directivo. Estas disposiciones únicamente condicionan la conducta del trabajador cuando vengan justificadas por la naturaleza del trabajo prestado y no sean fruto de un uso abusivo o de una desviación de poder por parte del empresario, como pueden ser aquellas decisiones patronales que supongan un ataque a la dignidad del trabajador.

QUINTA: Los poderes directivo y sancionador gozan de la misma justificación y encuentran la razón de su existencia en el título jurídico del contrato de trabajo. Ahora que, pese a existir entre ambas cierta vinculación teleológica e instrumental, no procede englobar las facultades disciplinarias en el poder de mando, ni concebirlas como un mero accesorio al mismo. La función desempeñada a raíz del ejercicio del poder disciplinario no se reduce a una mera labor de garantía del cumplimiento de las decisiones directivas del empresario pues la defectuosa observancia del contrato de trabajo no siempre es debida a la desatención por parte del trabajador de las órdenes e instrucciones del empleador. Por su parte, las prerrogativas empresariales de fiscalización vienen legalmente anexionadas al poder de dirección sirviendo como complemento de su ejercicio (art. 20.3 ET), pero lo cierto es que la actividad controladora se resiste a ser reducida a la exclusiva comprobación de la correspondencia entre la actividad productiva y las estipulaciones directivas que en su caso se hayan podido cursar. Al igual que sucede con la potestad disciplinaria, las decisiones en este campo se superponen al ámbito de ejercicio del poder de dirección, pero no se encuentran delimitadas por éste puesto que exceden del mismo.

SEXTA: La declaración de voluntad a través de la cual quedan puestas de manifiesto las atribuciones directivas no goza de un carácter renovador o de innovación en el sentido de que no da lugar a una transformación material de la situación preexistente. Así pues, las órdenes e instrucciones se convierten, no en un instrumento de cambio (característica propia de las decisiones adoptadas en ejercicio de las potestades modificadoras del titular de la organización empresarial) sino en el medio apto para determinar la modalidad de un comportamiento o actuación que ya era preceptivo en virtud de un vínculo preexistente. Pero, a la vez, no conviene identificar la declaración imperativa con el germen o el origen de las obligaciones del dependiente, y se subraya lo dicho porque, tanto los derechos, como los deberes que rigen entre las partes, tienen como fuente y título legitimador el contrato de trabajo, siendo la orden únicamente la herramienta o el dispositivo útil para precisar su contenido.

SÉPTIMA: A través de un cierto tipo de códigos de conducta, resultado de una decisión exclusivamente empresarial, se agrupan sistemáticamente prescripciones dirigidas a guiar el desarrollo de las tareas de producción y, principalmente, un conjunto de pautas de actuación ética que habrán de regir la conducta de los trabajadores y que son laboralmente vinculantes. Ajenos al ámbito de la RSC, estos documentos constituyen renovados mecanismos de ordenación empresarial a resultas de las nuevas

formas de gestión y organización del trabajo. Se hallan, por tanto, sujetos a los mismos límites que acotan el ejercicio legítimo del poder de dirección del empleador. La imposición, a través de dichos instrumentos, de comportamientos morales o éticos que sobrepasan los márgenes que delimitan el programa obligacional deducible del contrato o que atentan contra un derecho fundamental del trabajador, legitima la inobservancia de las reglas del código a través del mecanismo de reacción que supone el ejercicio del derecho de resistencia.

OCTAVA: Únicamente cuando los mandatos empresariales son expresión del lícito ejercicio del poder de dirección se verá el trabajador en la obligación de acatar su contenido. La legitimidad de la orden o instrucción patronal y, por tanto, su carácter imperativo y obligatorio, depende de que ésta provenga de un sujeto efectivamente investido de las prerrogativas de mando. Dicha exigencia adquiere tintes de gran complejidad en el escenario que actualmente envuelve las relaciones laborales. Se asiste a la descomposición de los tradicionales esquemas de ejercicio del poder de dirección en aquellos casos en los que no se persigue un resultado laboral mediante la ordenación directa de la prestación del trabajador, sino canalizándola a través de complejas estructuras empresariales que pretenden, por un lado, minimizar los riesgos económicos de la actividad empresarial y los costes inmanentes al factor trabajo y, por otro, procurar una mayor adecuación organizativa a las cambiantes necesidades productivas y competitivas del mercado.

En el ámbito de las contratas y subcontratas, el contratista ostenta la condición de empresario frente a sus trabajadores y, consecuentemente, es a éste a quien le corresponderá dirigir en exclusiva la prestación de trabajo subordinado. El contratante o empresario principal sólo estará habilitado para requerir del contratista que encamine la actividad de los miembros que componen su plantilla hacia la consecución de determinados objetivos pues carece de título jurídico originario para ejercer las funciones directivas frente a dichos trabajadores. En el caso de las ETT, es la norma legal la que legitima la disociación entre la titularidad del contrato y el ejercicio del poder empresarial de dirección (art. 10.1 y 15.1 LETT). Es el empresario de trabajo temporal el titular de las facultades para impartir los mandatos relativos al desarrollo de la relación laboral, si bien es cierto que éstas serán ejercidas por un sujeto distinto (empresa usuaria) que deberá ceñir el contenido de las órdenes e instrucciones a los términos fijados en el título jurídico contractual celebrado. Por su parte, las sociedades empresariales que conforman un grupo de empresas gozan de autonomía jurídica propia, de modo que la titularidad del poder de dirección recae sobre cada una de ellas

respecto a sus propios trabajadores contratados. La movilidad de trabajadores dentro del grupo no altera dicha circunstancia pues es la empresa de procedencia la que sigue mantenido la capacidad para ordenar la prestación de trabajo y respecto de la cual el trabajador deberá obediencia.

NOVENA: La regularidad a la que el texto estatuario se refiere al contemplar la sujeción del asalariado a las órdenes e instrucciones del empleador conduce a tomar en consideración los distintos límites que sujetan el ejercicio del poder directivo. El marco de frenos y contrapesos vienen dispuestos por las previsiones constitucionales, normativas de derecho necesario y contractuales. Es asimismo necesario destacar que de entre los instrumentos que acotan este poder empresarial cobran especial protagonismo los derechos de la persona del trabajador amparados por el texto constitucional. Junto a éstos, la propia esfera interna del derecho subjetivo condiciona el ejercicio del mismo. El empleador debe someter su actuación a los dictados de la buena fe e, incluso, a lo que pueda estimarse como razonable o proporcionado. La desobediencia puede ser ejercida lícitamente frente a órdenes contrarias a la dignidad del trabajador, discriminatorias o lesivas del resto de derechos fundamentales, abusivas, que encierren peligro (más allá del contractual y conscientemente aceptado), que sean ilegales, ajenas o contrarias a las exigencias laborales. De forma que la valoración de la conducta resistente del trabajador ante una determinada directriz empresarial requiere una operación teórica que de antemano permita dilucidar si los mandatos que fueron impartidos y desatendidos se sujetaban a los límites y condiciones que rigen el ejercicio del poder directivo empresarial, y ello como paso previo e ineludible al enjuiciamiento de la desobediencia asalariada para concretar si ésta resulta o no merecedora de sanción.

DÉCIMA: Corregida la configuración de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos, con eficacia directa constreñida únicamente al ámbito de los poderes públicos, éstos van a constituir un límite a la libre determinación de la autonomía contractual y, en particular, al poder gerencial de mando. Necesariamente hay que dar entrada al plano constitucional como atalaya desde la cual dilucidar los problemas que plantea equilibrar estos derechos con el poder empresarial y el mantenimiento de la coherencia interna de la empresa, teniendo presente que tanto unos como otro habrán de soportar interrelaciones y recortes mutuos. Esta colisión puede tener origen en la vulneración que sobre los derechos fundamentales del trabajador pueda producir el ejercicio del poder empresarial y a la inversa, desde una óptica activa, en caso de que el trabajador pretenda hacer valer su derecho fundamental y para ello se

requiera una conducta positiva del empresario. Las fronteras que delimitan el ejercicio legítimo del poder empresarial de dirección y la extensión del deber de obedecer necesariamente han de ser permeables al modelo constitucional imperante.

UNDÉCIMA: Corresponde decretar la nulidad radical de la orden o instrucción patronal que recorta ilícitamente un derecho fundamental. Antes de aplicar los controles que componen el principio de proporcionalidad se deberá examinar la intromisión que provoca la actuación empresarial en el ámbito del derecho fundamental y ello a fin de descartar la inconstitucionalidad de la actuación o su ilegitimidad por sobrepasar el resto de limitaciones que sujetan el ejercicio del poder. El conflicto que se sustancia entre cualquier derecho inherente a la persona del trabajador y un mandato empresarial legítimo y no abusivo se resuelve de la mano del mentado principio. Hay que tener presente que cualquier menoscabo que la coherencia interna de la entidad empresarial imponga al derecho aludido debe ser interpretado restrictivamente y de acuerdo al criterio jurisprudencial de proporcionalidad a través de la búsqueda del equilibrio y correlación de los bienes o intereses enfrentados. Una construcción depurada de dicho principio exige conjugar los filtros que lo componen con el canon relativo a la imprescindibilidad del sacrificio inferido al derecho fundamental. Es a través de este último como se pueden introducir en la valoración judicial otras cuestiones que tienen que ver con la justificación y trascendencia de la finalidad empresarial pretendida. La resistencia personal que el trabajador pueda interponer frente a las disposiciones imperativas susceptibles de menoscabar cualquiera de sus derechos fundamentales, ha de ser portadora de amparo si el interés patronal que se ve satisfecho con el cumplimiento del mandato no supera el juicio trifásico del principio de proporcionalidad.

La superioridad ontológica de los derechos fundamentales y libertades públicas que la CE consagra y la irradiación que de estos se desprende sobre el conjunto del ordenamiento, hace exigible un esfuerzo que trate en todo momento, y en la medida en que sea posible, de compatibilizar su ejercicio con los condicionamientos propios del contexto empresarial en el que éste pretende ejercerse. Descartando el empleo de la buena fe como baluarte de los intereses empresariales y criterio minimizador de la proyección y eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito del contrato de trabajo, se pretende postular el redescubrimiento del principio de buena fe en su vertiente positiva que impone al acreedor contractual la obligación, no sólo de respetar el ejercicio de los derechos de la persona del trabajador en el centro de trabajo, sino que también le conmina a apuntalar las bases que sirvan de sustento al efectivo disfrute de

los mismos. El planteamiento acertado en relación con el poder de dirección no puede tener en cuenta únicamente los aspectos relacionados con la realidad económica que rodea el ejercicio de dicho poder, sino que ha de propugnar el respeto a las normas constitucionales y los derechos fundamentales como pilares básicos del sistema jurídico que han de merecer una protección reforzada también en el ámbito laboral.

DUODÉCIMA: La autonomía colectiva lleva a cabo una señalada función como dispositivo delimitador de las condiciones en las que se desenvuelve la actividad laboral. Asentado el sistema de relaciones laborales sobre los principios constitucionales, la configuración negociada de las condiciones laborales prevalece sobre la autonomía individual y queda sustraída del campo de actuación del poder unilateral del empresario. De modo que la concreción o especificación directiva de la prestación y de la disciplina en la empresa está supeditada a la regulación convencional aplicable que le sirve de molde, pues en éste tendrá que encajar la relación laboral a lo largo de su vigencia. El acreedor de la prestación mediante sus prerrogativas de ordenación o dirección debe desplazar a la esfera de la relación individual de trabajo las decisiones adoptadas de manera previa en el convenio.

DECIMOTERCERA: El límite externo central que condiciona el ejercicio del poder de dirección es el trabajo convenido en el contrato debiendo ser, naturalmente, las incidencias o condiciones que lo describen y sujetan al autor de la prestación, acordes a lo prescrito en la norma heterónoma en su expresión legal y convencional. En tanto en cuanto la aquiescencia del trabajador es la que legitima la sumisión a un poder ajeno, la obediencia debida alcanza únicamente a los términos o límites en los que se haya otorgado dicho consentimiento. Pese a que las reglas que rigen en la actualidad la conformación del débito exigible en razón del contrato discurren a través de un complejo proceso que no se ciñe ya, en régimen de exclusividad, a la colocación sistemática del trabajador en el organigrama empresarial originariamente pactado, la estructura clasificatoria sigue operando como límite a la obligación de acatar las órdenes e instrucciones dispuestas por el empresario. Las tareas, especialidades o niveles en los que se descompone el específico grupo o categoría profesional en el que se encaja al deudor contractual actúan como fuente de derechos y obligaciones y, por consiguiente, como parámetro de concreción de la extensión del deber de obediencia que le ata. Los mandatos que sobrepasen el círculo de atribuciones del empresario conforme a lo establecido en el pacto contractual, carecen de justificación jurídica. El trabajador no tendrá obligación de obedecerlos.

Los trabajadores únicamente podrán ver condicionadas sus actividades familiares o de ocio en aquellos aspectos que incidan directamente y de forma relevante en su capacidad e idoneidad para el trabajo contratado, disminuyan sensiblemente el rendimiento debido o provoquen graves quebrantos en el ámbito en el que se desenvuelve el contrato. Precisamente, será al empresario a quien le corresponda probar en qué términos se encuentran entrelazadas las dos facetas de la vida del trabajador, laboral y personal. Más allá de lo indicado, el acreedor contractual únicamente está facultado para aconsejar o hacer notar los efectos perniciosos de una determinada conducta extralaboral sin que la desatención de tales «advertencias» pueda traer consigo algún tipo de actuación punitiva. A la inversa, el trabajador estará facultado legítimamente para negarse a cumplir los mandatos patronales que inciden en un ámbito vetado al ejercicio del poder de dirección.

DECIMOCUARTA: La sola aplicación de límites de carácter externo resulta insuficiente a fin de asegurar el conveniente equilibrio entre los derechos de los trabajadores y las facultades empresariales de ordenación de la prestación laboral. La discrecionalidad con la que el empresario hace uso de tales prerrogativas no puede servir como instrumento para esconder la ilicitud de una actuación directiva lesiva de los derechos e intereses legítimos del trabajador. Las facultades de dirección han de permanecer ajenas a un ejercicio abusivo o arbitrario, lo cual implica un examen en torno a la justificación racional de la medida empresarial. Los límites intrínsecos que las sujetan conducen a tomar en consideración a la hora de enjuiciar el quehacer directivo de la empresa si las decisiones adoptadas son abusivas, reflejan un exceso de poder o son contrarias a la buena fe. De conformidad con el esquema legal de nuestro ordenamiento jurídico, la decisión directiva empresarial ha de estar dirigida a la consecución de un interés digno de tutela. Asimismo, no puede entenderse desobediencia el rechazo a cumplir una orden ineficaz o un mandato que se halla privado de toda utilidad.

El ejercicio de los derechos ha de hacerse conforme a la buena fe, noción que plantea un sinnúmero de problemas interpretativos y que, en no pocas ocasiones, a través de una argumentación excesivamente simple, se ha empleado para entorpecer el ejercicio de los derechos fundamentales en el seno de una relación laboral sin percatarse, primeramente, de que las exigencias del citado principio no eximen de la necesidad de un comportamiento empresarial ajustado al mismo y, al tiempo, de que los derechos fundamentales y libertades públicas amparan intereses esenciales y básicos para el

desarrollo personal del individuo y la conservación del orden social y democrático vigente. Tales consideraciones permiten descartar, en tanto inviable en buena técnica jurídica, la atribución a la cláusula general referida a la buena fe de la condición de límite general, expreso o inmanente, apto para levantar restricciones al ejercicio de los derechos fundamentales que impidan o dificulten determinadas manifestaciones de los mismos en el ámbito de una relación *inter privatos*. Ello no impide constatar que este instrumento del derecho contractual general desempeña un cometido sustancial en orden a la definición de la sujeción del trabajador y del mando empresarial en los términos más coherentes con el compromiso contractual. La regularidad a la que hace referencia la norma estatutaria implica también que el empresario debe obrar de buena fe.

La actuación que encaja en un supuesto de desobediencia técnica presupone la valoración individual de la razonabilidad y lógica de la orden o instrucción recibida en atención a los fines de la empresa y a la disposición de los medios que se requieran para la realización de los objetivos de la producción. El trabajador que observando rigurosamente los dictados de las reglas técnico-profesionales, y ajustándose al rendimiento exigido, o incluso elevando el mismo, incumple las órdenes impartidas por el empresario, no puede ser merecedor de sanción disciplinaria. Resulta justificada, por tanto, la desobediencia cuando la ejecución de la orden o instrucción recibida conlleva un resultado dañoso. En estos supuestos cabe admitir la propia adjudicación por parte del asalariado de un juicio sobre la funcionalidad del poder directivo tomando en consideración las cuestiones relativas a la oportunidad de la estrategia empresarial y la ventaja económica de la misma. Asimismo, el poder empresarial no ha de entorpecer las legítimas expectativas de promoción y formación profesional del empleado, debiendo prevalecer la *lex artis* sobre el deber de obediencia si de la ejecución de los mandatos imperativos se deduce un atentado contra su prestigio y competencia profesional.

DECIMOQUINTA: La orquestación de ciertas reglas que faculden a los representantes de los trabajadores para efectuar un control sobre la corrección material de las órdenes e instrucciones puestas en cuestión por el trabajador obligado por las mismas, si bien no serviría para suprimir totalmente la conflictividad, si sería apta para coadyuvar a una disminución de los márgenes de oposición que se aprecian cuando entre empresario y asalariado existen diferencias valorativas en torno a la regularidad de la orden o instrucción dada. El criterio defendido por los órganos de representación en relación a la orden controvertida podría servir de valiosa orientación y apoyo al trabajador que se debate entre obedecer o no el mandato recibido.

De otro lado, a pesar de la inexistencia de una obligación genérica que exija al empresario ofrecer una motivación explícita del contenido de los mandatos a través de los cuales se exterioriza el poder de dirección, es oportuno destacar que el empresario ha de informar de las razones que mueven tales órdenes cuando así le sea requerido por el trabajador ante aquellas más gravosas para sus derechos e intereses, frente a las disposiciones patronales impartidas bajo circunstancias especiales, o bien ante aquellas que no se avengan a la actuación directiva ordinaria de la empresa, pues una actuación en dicho sentido no sólo serviría para proporcionar una mayor certeza y transparencia en relación al cumplimiento del elenco de obligaciones de las que, en virtud de su condición de contraparte contractual, el trabajador es titular, sino que además es la más ajustada a las directrices derivadas de la aplicación del principio de buena fe que sujeta también la acción empresarial.

DECIMOSEXTA: El ejercicio del poder de dirección constituye la fuente inmediata de las obligaciones relativas a la prestación laboral que corresponden a la posición dependiente del trabajador. Negar la existencia de tal poder o rechazar las consecuencias jurídicas de su ejercicio supone un incumplimiento del deber contractual de obediencia y, como tal, dependiendo de la naturaleza y gravedad de la oposición del asalariado, será merecedor de la correspondiente sanción. Sin embargo, lo dicho no contradice el hecho de que la elección empresarial puede ser contestada por el trabajador, sin derivaciones disciplinarias, cuando se hace un uso ilegítimo del poder de dirección. En otras palabras, el deber de observancia de los mandatos empresariales está asociado indefectiblemente al ejercicio regular de las facultades directivas sin que de otro modo, es decir, sin que su empleo irregular, dé lugar a una correlativa obligación de obediencia. Los mandatos opuestos a las disposiciones constitucionales, normativas y los que rebosan el contenido contractual, son ajenos al poder jerárquico del que es titular el empresario y ostenta en relación a la prestación de servicios contratada. Dicho poder únicamente subsiste en el interior de los presupuestos y condiciones que delimitan su alcance.

DECIMOSÉPTIMA: La legítima desobediencia es el correlato jurídico de la transgresión empresarial del régimen jurídico que limita su poder directivo. En este ámbito existe un acusado casuismo que obliga a la ponderación de las distintas circunstancias concurrentes en cada supuesto. Ahora bien, puede afirmarse con rotundidad que el deber de obediencia se halla, *ex arts. 5 c ET y 20. 2 ET*, subordinado a la legitimidad de la orden o instrucción empresarial, de modo que la invocación

estatutaria a la regularidad trae consigo la abrogación legal del *solve et repete* y la reconducción de la obediencia debida del trabajador a lo pactado. Las órdenes e instrucciones que extravasan el marco de las obligaciones del trabajador nacen sin fuerza para obligar y, consecuentemente, su inobservancia cuenta con un respaldo normativo expreso en los citados pasajes estatutarios. La irregularidad o el carácter ilegítimo del mandato patronal no constituye un canon modulador de los requisitos de culpabilidad y gravedad del incumplimiento exigibles para la imposición del despido disciplinario sino, propiamente, un elemento que excluye el incumplimiento.

DECIMOCTAVA: El *solve et repete* es resultado de una construcción jurisprudencial que se asienta en el principio de la obediencia indiscriminada, la concepción jerárquica de la empresa y se traduce en un respaldo *ab initio* de la decisión empresarial. Las consecuencias del llamado «obedece primero y luego reclama» son evidentes. No sólo se amplían los contornos del poder de dar órdenes e instrucciones en tanto en cuanto se alienta el cumplimiento de posibles mandatos que sobrepasan los límites del referido poder pero que, aun así, deben acatarse al presumirse legítimos hasta que sea declarado judicialmente el carácter ilícito del que adolecen. Sino que también se expanden las facultades disciplinarias del empresario pues quedaría admitida la actuación punitiva también en aquellas ocasiones en que las facultades empresariales exceden del ámbito que configura el trabajo convenido en el contrato. En dicho marco contextual las posibilidades del trabajador quedan reducidas al cumplimiento de la orden ilícita y a la mera protesta, más o menos formal, frente a sus superiores jerárquicos. Lo cierto es que esta doctrina que termina por engrosar el ya generoso abanico de condiciones desfavorables que recaen sobre la figura del deudor a causa de su desigualdad contractual originaria es, precisamente, la que subyace en el tratamiento práctico actual del deber de obediencia.

La contravención de las órdenes e instrucciones patronales está ocasionalmente justificada cuando se dan los requisitos que a través del quehacer judicial se han ido paulatinamente perfilando. Más allá de tales supuestos, de difusos contornos, se niega la capacidad del trabajador para enjuiciar el contenido y alcance de sus propias obligaciones. De modo que este planteamiento, sin apartarse completamente del principio *solve et repete*, propicia el incremento de la incertidumbre a la que se enfrenta en estos supuestos el trabajador, hecho que, a la postre, viene a abonar un terreno jurídico favorable a los intereses patronales. Ello es así porque el cumplimiento de aquellas órdenes cuya regularidad es razonablemente puesta en duda por el trabajador, pero que son acatadas de forma preventiva por miedo a un despido, pasa a dilatar de

facto el campo destinado a la actuación directiva del empleador. Por contra, si el asalariado opta por desobedecer una orden que cree ilegítima y encuadrada en uno de los supuestos de justa desobediencia que los tribunales han individualizado, y se equivoca en su valoración, carecerá de amparo alguno por parte del ordenamiento jurídico. Esta inseguridad provoca que en la práctica, con objeto de evitar una sanción, el trabajador cumpla, a sabiendas de no estar obligado a ello, la orden que estima ilícita, relegando la defensa de sus intereses a momentos posteriores en que los defienda en instancias judiciales.

Resulta indispensable, en definitiva, un entendimiento diferente de este tipo de cuestiones, que no se limite a hacer compatible la aplicación del principio *solve et repete* con la resistencia justificada a la orden patronal que ha sido irrespetuosa con las normas reguladoras de la relación de trabajo, sino que, desde una visión más integradora, se admitan como marco de justificación de la desobediencia todos aquellos casos en los que el trabajador se enfrenta a una orden que margina las normas jurídicas y previsiones contractuales limitadoras del poder patronal de dirección y, en segundo orden, se remuevan las dificultades y la inseguridad que provoca la vigencia simultánea de la ejecución inmediata de los mandatos empresariales promovida por el mentado principio y las excepciones que se advierten al mismo.

DECIMONOVENA: La formulación normativa que liga la obediencia exigible al ejercicio regular del poder directivo no puede reducirse a una mera cláusula de estilo de la que los tribunales hagan acopio a la hora de resolver los conflictos planteados e inserten en la resolución correspondiente como simple obsequio a un canon formal. Pese a tratarse de una declaración escueta y concentrada, se ha pretendido consagrar la reclusión de los mandatos a los justos términos que amparan el proceder directivo legítimo. Se propone, de este modo, la revalorización del *ius resistentiae*, ejercido bajo la concurrencia de determinados parámetros, como mecanismo de tutela del trabajador más acorde al orden constitucional que preside el mundo de las relaciones laborales. Pese a la tradicional reticencia que en sede judicial se ha sustanciado a admitir supuestos de lícita oposición a los mandatos empresariales, de la jurisprudencia mayoritaria se desprende la aceptación de la valoración subjetiva de la orden patronal por parte de trabajador ante concretas y tasadas circunstancias. Lo cual construye un apoyo teórico fundamental para que pueda admitirse, con carácter general, que el principal afectado por el uso empresarial del poder directivo pueda enjuiciar la regularidad y, por ende, la obligatoriedad, de las directivas patronales. No se le puede exigir al trabajador una conducta meramente pasiva frente a las órdenes e instrucciones

recibidas. De ahí que se pretenda abogar por la capacidad del estrato laboral para enjuiciar adecuadamente el contenido de la prestación que en su día acordó con el acreedor.

VIGÉSIMA: El *ius resistentiae* otorga una facultad excepcional al trabajador para disentir de las decisiones directivas tomadas por el empresario o el personal delegado. Sin embargo, la aceptación condicionada y vaga de este derecho y la inexistencia de una identificación segura, cierta, clara, de las posibilidades de acudir al mismo y de sus presupuestos aplicativos, impide en la práctica la ausencia, en todo caso, de consecuencias perjudiciales para el trabajador. Si se equivoca en su valoración y su conducta desobediente no es refrendada en los tribunales, deberá asumir las responsabilidades de su comportamiento. Es, por tanto, el momento de dar soluciones nuevas y reforzadas a viejos problemas. De lo que se trata es de afirmar, de una vez por todas, que la desobediencia a las decisiones empresariales irregulares es un derecho legítimo del trabajador y, conjuntamente, de articular garantías de las que puedan verse beneficiados los derechos de los asalariados a fin de preservar su disfrute efectivo de cara a la limitación indebida, injusta o arbitraria que pudiera propinar el ejercicio de unas facultades patronales tradicionalmente dotadas de mayor firmeza y fuerza para imponerse. Se propone, concretamente, extender la garantía que para los supuestos de riesgo grave e inminente prevé el art. 21.4 LPRL siempre que medie una actuación del trabajador acorde a los parámetros de razonabilidad, diligencia y buena fe. En cuanto derecho, el *ius resistentiae* no es absoluto, de modo que el trabajador estará expuesto a las secuelas disciplinarias que se deriven de su eventual invocación si el acto de desobediencia es catalogado como malicioso o gravemente negligente.

La técnica del *ius resistentiae* podrá, de este modo, evitar actuaciones que desbordan el ámbito legítimo en el que ha de proyectarse el poder patronal, imposibilitando que mandatos ilegítimos sean inicialmente amparados o favorecidos y minimizando ostensiblemente el riesgo al que se enfrentan los trabajadores que eventualmente vean vulnerados sus derechos por una decisión irregular, arbitraria o abusiva del empleador. De ahí también que no se pueda minusvalorar la protección que ofrece el ejercicio del derecho de resistencia pues goza también de un carácter preventivo al estar propiamente encaminado a impedir la efectiva producción de lesiones en los derechos o intereses legítimos del trabajador.

VIGÉSIMOPRIMERA: Cada uno de los supuestos regulados en los arts. 3 LOCC, 12.5, *h* ET y 21.2 LPRL contempla un instrumento o sistema legal de autotutela distinto, pues son varios los presupuestos jurídicos que habilitan su ejercicio (a grandes rasgos, la salvaguardia de las reglas deontológicas y principios éticos de la comunicación, la operatividad de la regla de voluntariedad, así como la tutela del derecho a la vida e integridad del trabajador). En buena medida, nos encontramos ante diversas vías de concesión de un derecho subjetivo de carácter conservativo que, ejercido individualmente por el trabajador, le permite mantener a salvo ciertos intereses legítimos. Mediante la *interpositio legislatoris* se ha pretendido dotar al asalariado de un característico mecanismo autotutelar encaminado a dirimir la colisión con otros derechos o facultades empresariales, delimitando la posición de las partes implicadas, sin proceder a negar la autoridad patronal, sino a acotar en un específico y delimitado escenario el ejercicio de las prerrogativas empresariales.

A diferencia de lo que sucede en la normativa de prevención de riesgos laborales, la regulación legal de la cláusula de conciencia y del régimen jurídico de las horas complementarias no contiene mención alguna a las consecuencias que pudieran acompañar la desatención de los mandatos patronales cuando el enjuiciamiento subjetivo de los hechos concurrentes, a cargo del trabajador, ha sido errado. Pero para hacer efectivo el derecho normativamente reconocido, inevitablemente, hay que sustraer al trabajador de las consecuencias negativas que pudiera comportar su ejercicio. Y ello no sólo cuando judicialmente se sentencia el acierto de la valoración que versa sobre la disposición jerárquica recibida de su superior, sino también cuando se dictamina que su apreciación estaba desencaminada puesto que la disposición directiva se adecuaba a los estándares de regularidad impuestos en la norma estatutaria. A decir verdad, el silencio del legislador no ha de impedir aplicar el criterio utilizado en otro supuesto donde también se contempla el ejercicio del *ius resistentiae* como conducta posible y justificada (art. 21.2 LPRL) amparando, de esta forma, la conducta opositora salvo cuando medie mala fe o negligencia grave.

VIGÉSIMOSEGUNDA: Aunque no quepa discutir la más que evidente imbricación constitucional del art. 21.2 LPRL, dicho precepto no constituye, propiamente, la traducción positiva del derecho fundamental a la vida y a la integridad psico-física. Acoge, en realidad, un límite normativo al proceder empresarial y, paralelamente, un típico *ius resistentiae* materializado en la renuencia singularizada del asalariado a cumplir con su actividad en condiciones de riesgo grave e inminente. El ejercicio del derecho a rehusar el cumplimiento de una orden patronal, o a interrumpir la

prestación, conforma una importante vía para garantizar el respeto del mentado derecho fundamental, pero no se puede confundir con éste mismo. Técnicamente estamos ante un instrumento individual de autotutela en su significación más amplia pues, en definitiva, lo que se ampara no es sólo la desatención de una específica orden empresarial, sino también una auténtica causa de justificación completa de la negativa a trabajar. Asimismo, no cabe entender que la desatención en tales casos de las instrucciones y órdenes impartidas por la dirección patronal encuentra sustento en la *exceptio inadempti contractus* pues lo relevante es la amenaza a la integridad del trabajador, con independencia de la causa que lo provoca. Dicho mecanismo de autotutela goza de un mero carácter defensivo o reactivo sin que, a su vez, se pueda justificar la existencia de un deber correlativo del que extraer un ejercicio imperativo del *ius resistentiae*.

VIGÉSIMOTERCERA: La negativa del trabajador a cumplir su prestación de servicios en situaciones de riesgo grave e inminente, cumpliéndose los presupuestos normativos interpuestos para el ejercicio del derecho por el art. 21.2 LPRL, es perfectamente legítima por razón de la invocación del *ius resistentiae* que legalmente se contempla. Se exige, específicamente, la existencia de un riesgo especialmente cualificado y de previsible materialización inmediata. La valoración personal de cada uno de los requisitos materiales que determinan la definición del riesgo sobre el que descansa el derecho de resistencia conforma, en realidad, uno de los puntos críticos en la aplicabilidad del precepto dada la dificultad que encierra la apreciación subjetiva de nociones como la gravedad, inminencia y probabilidad. Si bien la respuesta más adecuada a las deficiencias normativas y los problemas que de ellas se derivan, no ha de venir tanto de un esfuerzo teórico por depurar los conceptos que la propia Ley emplea, sino de remover los obstáculos que pongan trabas a que el trabajador pueda sentirse habilitado para interrumpir su actividad cuando pueda entenderse que dicha actuación es razonablemente necesaria para procurar una protección eficaz de su seguridad y salud.

Dicho esto, lo cierto es que el precepto no hace hincapié en las causas que provocan la presencia de un riesgo grave o inminente y sí, más bien, en la severidad de la eventual lesión o perjuicio y en la proximidad temporal de su advenimiento. Ambos factores, ciertamente extremos a resultas de la redacción del pasaje legal, deben concurrir para poder apreciar la existencia de la situación excepcional descrita legalmente, ya provenga de las concretas condiciones del lugar de trabajo y se articule en este caso como remedio frente a los peligros estrictamente ocasionados por la

actividad laboral, o bien del entorno menos inmediato o externo, frente a riesgos ajenos a la empresa a los que se expone el trabajador. Pero no sólo se evalúa el peligro de acuerdo a una estimación objetiva, sino que también son relevantes aquellos riesgos que sitúan a un trabajador en concreto, por razón de sus condiciones personales, en tal situación de peligrosidad. De otro lado, las conductas de agresión u hostigamiento psicológico en el trabajo provocan un real y efectivo padecimiento emocional que puede derivar en un riesgo grave e inminente para la integridad psico-física y moral de la persona afectada, capaz además, en determinados supuestos, de poner en peligro la integridad física de terceras personas o compañeros de trabajo. En tales casos también procederá la paralización inmediata de los trabajos o tareas encomendadas y el abandono, si así se estima oportuno, del puesto de trabajo, sin que sea dicha conducta constitutiva de un incumplimiento laboral a tenor de lo dispuesto en el art. 21.2 LPRL.

VIGÉSIMOCUARTA: No procede desglosar, como si de dos supuestos distintos se tratara, la excepción del deber de obediencia en casos de peligro extremo que requiera paralizar la entera actividad productiva de un trabajador, de aquellos otros en los que únicamente sea necesario apartarse de una concreta orden sin que el resto de labores que conforman la prestación laboral se vean afectadas. La garantía que dispensa el art. 21.4 LPRL también sostiene a estos últimos. Ahora bien, más allá de lo dispuesto en el citado fragmento legal, cabe el ejercicio del *ius resistentiae* motivado por la ausencia de las medidas de seguridad que garanticen el desarrollo de la prestación en un escenario exento de riesgo. Y es que cuando se limitan las posibilidades de tutelar la propia salud e integridad a la existencia de un riesgo grave, probable e inminente, se está identificando indebidamente uno de los supuestos generales de justa desobediencia (la apreciación razonable de un peligro para la seguridad del asalariado) con lo que constituye, propiamente, la positivización de un derecho ante circunstancias excepcionales y de especial gravedad, bajo las cuales quedará amparada, no sólo la mera desatención de una concreta orden patronal, sino también la más amplia paralización de la actividad productiva, posibilidad jurídica de significativas consecuencias para el proyecto empresarial y la realidad económica singular en la que la prestación de servicios se desenvuelve.

La justa separación de ambos supuestos, y la atribución al trabajador de la capacidad para salvaguardarse de las decisiones patronales que encierren manifiesto peligro para su persona, se antoja más acorde con el grado de tutela que ha de dispensarse a la seguridad y salud del trabajador correspondiendo con la trascendencia que el reconocimiento de tal derecho trae consigo. Como se desprende de una acertada corriente jurisprudencial, las instrucciones explícitas o implícitas de desarrollar un

trabajo en condiciones inseguras, insalubres o peligrosas, no crean un débito en el trabajador. De modo que la ausencia en el texto legal de una alusión a riesgos de menor entidad como factor habilitante del ejercicio del derecho del art. 21.2 LPRL no es, a mi entender, un verdadero obstáculo para facultar la práctica del *ius resistentiae* como reacción jurídica legítima frente a órdenes o instrucciones patronales que colocan al trabajador ante otro tipo de riesgo, en concreto, ante aquel que no reúne las consabidas condiciones de gravedad e inminencia pero que constituye, existiendo motivos suficientemente razonables para creerlo, una agresión injustificada al derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo. Asimismo, es preciso sostener una interpretación integradora que permita extraer del art. 21.4 LPRL un principio general que opere como criterio hermenéutico para el resto de casos en los que no se vea afectado un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud del trabajador. De ser así, la intangibilidad que proporciona la ley, lejos de su originaria concepción amarrada a la autotutela en caso de gran peligrosidad, quedaría configurada como instrumento integrante del propio contenido del *ius resistentiae* impidiendo, así pues, toda reacción o represalia patronal contra la desobediencia a sus órdenes que se base en una profunda y fundada convicción acerca del carácter ilícito de las mismas aunque, y esto es lo sustancial, se pudiera *ex post* comprobar que tales valoraciones subjetivas no se ajustaban a la realidad.

VIGÉSIMOQUINTA: La previsión del art. 21.4 LPRL impide sentenciar a favor del trabajador únicamente cuando su estimación, conforme a la cual obró, se acerque fielmente a la noción legal de riesgo grave e inminente. Conforme a los términos en los que se expresa dicho precepto, es ajustado rehusar el cumplimiento de la prestación cuando el trabajador tiene el convencimiento acerca de la existencia de un peligro de dichas características, aunque sus temores no se correspondan finalmente con la realidad de la situación, siempre que se pueda inferir de su acción un error de buena fe o un comportamiento simplemente defectuoso o culpable y no una actuación absolutamente temeraria. Por descontado que para determinar la legitimidad o no de la actuación de resistencia ante las órdenes impartidas se exige tener en cuenta el cúmulo de circunstancias concurrentes, tanto las objetivas como las ligadas a las condiciones particulares en las que se ve envuelto el comportamiento desobediente del deudor de la prestación. Pues, en resumen, el incumplimiento infundando de las órdenes procedentes de quien en la empresa tiene poder para cursarlas, basado en meras suposiciones o en un proceder malintencionado, no viene amparado por el ordenamiento jurídico y constituye una conducta merecedora del correspondiente castigo disciplinario. Pero es el empresario quien debe probar la negligencia grave o mala fe, elementos que intervienen como criterios de imputación de la responsabilidad en estos casos.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (Sempere Navarro, A.V, García Blasco, J., González Labrada, M. y Cardenal Carro, M): *Derecho de la seguridad y salud en el trabajo*, Civitas, Madrid, 1996.
- AA.VV. (Dir., García Ninet, J.I, y Garrigues Giménez, A): *Lecciones sobre la Ley de Prevención de riesgos laborales*, Universitat Jaume I, Castellón, 1997.
- AA.VV. (Coords. Cabeza Pereiro, J. y Lousada Arochena, J.F.): *Comentarios a la ley de prevención de riesgos laborales*, Editorial Comares, Granada, 1998.
- AA.VV. (Coord. Fernández Guerrero, R.): *Organización y métodos de trabajo. Dirección de la producción y recursos humanos*, Civitas, Madrid, 1998.
- AA.VV. (Coord. Supiot, A.): *Trabajo y empleo: transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo. Informe para la Comisión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- AA.VV. (Dir., Del Rey Guanter, S.): *El nuevo contrato a tiempo parcial: aspectos laborales y de Seguridad Social*, La Ley, Madrid, 2003.
- AA.VV. (Dir., García Ninet, J.I., Coord., Vicente Palacio, A.): *Derecho del Trabajo*, 4ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- AGÍS DASILVA, M.: *La modificación del lugar de trabajo sin cambio de residencia para el trabajador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- AGRA VIFORCOS, B., FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. y TASCÓN LÓPEZ, R.: «El acoso moral en el trabajo (*mobbing*): análisis sobre la limitada respuesta jurídica a un antiguo problema de reciente estudio y futura solución legal», en *RTSS (CEF)*, núm. 233-234 (2002).
- AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la Jurisprudencia*, Aranzadi, Pamplona, 1997.
- ALARCÓN CARACUEL, M.R.: «La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo», en *REDT*, núm. 28 (1986).
- «Los deberes del empresario respecto a la seguridad y salud de los trabajadores», en AA.VV. (Coords. Ojeda Avilés, A., Alarcón Caracuel, M. R. y Rodríguez Ramos, Mª J.), *La Prevención de riesgos laborales, aspectos clave de la Ley 31/1995*, Aranzadi, Cizur Menor, 1996.
- «La aplicación del Derecho del Trabajo», en *REDT*, núm. 100 (2000).
- «La información y las nuevas formas de trabajo», en AA.VV., (Coord. Alarcón Caracuel, M.R. y Esteban Legarreta, R.), *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2004.
- ALBALATE, J.J.: *La participación de los trabajadores en la tecnología*, CES, Madrid, 2005.

- ALBIOL MONTESINOS, I.: «Un supuesto particular de “ius resistendae”: negativa a cumplir una sanción de traslado en tanto no sea confirmada judicialmente. Posible relación con el derecho a la tutela judicial efectiva», en *PJ*, núm. 5, vol. I (1987).
 -- *El despido disciplinario y otras sanciones en la empresa*, Ediciones Deusto, Bilbao, 1990.
- ALCALÁ DÍAZ, M.A.: «Aspectos económicos e instrumentos jurídico-mercantiles de descentralización empresariales (outsourcing)», en *RDS*, núm. 23 (2003).
- ALEMÁN PÁEZ, F.: «Unidad de mercado y grupo de empresas: algunos puntos críticos», en *RL*, núm.6 (2007).
- ALONSO GARCÍA, R.: *Curso del Derecho del Trabajo*, 9 ed., Ariel, Barcelona, 1985.
- ALONSO OLEA, M.: «Sobre el poder de dirección del empresario», en *RPS*, núm. 65 (1965).
 -- *Las fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución*, Madrid, Civitas, 1982.
 -- *La responsabilidad del empresario frente a terceros por actos del trabajador a su servicio*, Civitas, Madrid, 1990.
 -- *Introducción al Derecho del Trabajo*, 6ª ed., Civitas, Madrid, 2002.
- ÁLVAREZ ALONSO, D.: *La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales*, Bomarzo, Albacete, 2005.
- ÁLVAREZ MONTERO, A.: *El delegado de prevención. Estudio crítico de su régimen jurídico*, Comares, Granada, 2001.
- ALZAGA RUIZ, I.: «La negociación colectiva en la doctrina del Tribunal Constitucional», en *RMTAS*, núm. 73 (2008).
- ANGIELLO, L.: *Autonomia e subordinazione nella prestazione lavorativa*, Cedam, Padova, 1974.
- ANTONMATTEI, P.H. y VIVIEN, P.: «Chartes d'éthique, alerte professionnelle et droit du travail français: état des lieux et perspectives», en *Dr.Soc.*, núm. 5 (2007).
- APARICIO TOVAR, J.: «Relación de trabajo y libertad de pensamiento en las empresas ideológicas», en AA.VV, *Lecciones de Derecho del Trabajo en Homenaje a los profesores Bayón Chacón y Del Peso y Calvo*, FDUCM, Madrid, 1980.
- APILLUELO MARTÍN, M.: «Contornos de control empresarial de la intimidad del trabajador ante las nuevas tecnologías y a la luz de la doctrina judicial», en *AS*, núm. 4 (2003).
- ARAGÓN REYES, M.: «Apuntes sobre el significado constitucional de la libertad de empresa», en AA.VV. (Dir. Borrajo Dacruz, E.), *La reforma del mercado de trabajo: libertad de empresa y relaciones laborales*, Act. Ed. Madrid, 1993.
- ARAMENDI SÁNCHEZ, P.: «Acoso moral: su tipificación jurídica y su tutela judicial», en *AS*, vol. V (2002).
- ARDAU, G.: *I poteri discrezionali dell'imprenditore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1940.
 -- *Manuale de diritto del lavoro*, II, Giuffrè, Milano, 1972.

- ARIAS DOMÍNGUEZ, A., y RUBIO SÁNCHEZ, F.: *El derecho de los trabajadores a la intimidad*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
- AUROUX, J.: *La reforma socialista de las relaciones laborales en Francia*, MTSS, Madrid, 1983.
- BALLESTER PASTOR, I.: «Facultades del control empresarial sobre el aspecto exterior del trabajador: límite a la expresión del derecho a su propia imagen en el desarrollo de la prestación laboral», en *TS*, núm. 169 (2005).
- BALLETTI, E., *La cooperazione del datore all'adempimento dell'obbligazione di lavoro*, Cedam, Padova, 1990.
- BARASSI, L.: *Diritto del lavoro e assicurazioni sociali*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1930.
-- *Il diritto del lavoro*, tomo II, Giuffrè, Milano, 1957.
- BARREIRO GONZÁLEZ, G., *Diligencia y negligencia en el cumplimiento. Estudio sobre la prestación del trabajo debida por el trabajador*, CEC, Madrid, 1981
- BARTOMEUS PLANA, D.: «Contratos para la formación en el trabajo y fraude de ley», en *RL*, vol. II (1989).
- BAYLOS GRAU, A.: *Derecho del Trabajo: modelo para armar*, Trotta, Madrid, 1991.
-- «Globalización y derecho del trabajo: Realidad y proyecto», en *CRL*, núm. 15 (1999).
-- «La autotutela del trabajador frente a las extralimitaciones del poder de dirección del empresario», en AA.VV. (Coords. Cabeza Pereiro, J., Lousada Arochena, J.F. y Movilla García, M.), *Las limitaciones de los poderes empresariales y las responsabilidades por su utilización ilegítima*, Comares, Granada, 2002.
-- «El criminal casi siempre gana. Editorial», en *RDS*, núm. 24 (2003).
-- «Códigos de conducta y buenas prácticas de las empresas en materia laboral: el problema de su exigibilidad jurídica», en AA.VV. (Dir. Lillo Pérez, E.), *Aspectos económicos de la jurisdicción social. Estudios de derecho judicial*, CGPJ, Madrid, 2005.
- BAYLOS GRAU, A., y PÉREZ REY, J.: «Sobre el Libro Verde: Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI», en *Cuadernos de la Fundación Sindical de Estudios*, núm. 5 (2006).
- BAYLOS GRAU, A. y VALDÉS DE LA VEGA, B.: «El efecto de las nuevas tecnologías en las relaciones colectivas de trabajo», en AA.VV., (Coords. Alarcón Caracuel, M.R. y Esteban Legarreta, R.), *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2004.
- BAYÓN CHACÓN, G.: «El concepto de dependencia en el derecho del trabajo ¿Comienza una evolución jurisprudencial?», en *RDP*, vol. XLV (1961), Madrid.
- BAZ RODRÍGUEZ, J.: «La cláusula de conciencia de los profesionales de los medios de comunicación del art. 20.1, d CE: un supuesto de ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador en la empresa (I y II)», en *AL*, vol. III (1994).
-- *Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo*, Comares, Granada, 2002.

- «La jornada complementaria en el contrato de trabajo a tiempo parcial: aspectos críticos (II)», en *TS*, núm. 187 (2006).
- BELDA PÉREZ-PEDRERO, E.: «Aproximación a la libertad de empresa del art. 38 de la Constitución», en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 24 (1998).
- BETTI, E.: «Autotutela (Diritto privato)», en *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1959.
- BIAGI, M.: «Dalla nocività conflittuale alla sicurezza partecipata: relazioni industriali e ambiente di lavoro in Europa verso il 1992», en AA.VV. (Dir. BIAGI), *Tutela dell'ambiente di lavoro e direttive CEE*, Maggioli Editore, 1991.
- BIANCA, M.: «La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale», en *Riv.Crit.Dir.Priv.*, núm. 1 (1983).
- BIANCHI D'URSO, F.: *Profili giuridici della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Jovene, Napoli, 1980.
- BLASCO JOVER, C.: «La libertad de expresión en el seno de los medios de comunicación. A propósito de la STC 125/2007, de 21 de mayo», en *AS*, vol. V (2007).
- BLASCO MAYOR, A.: «El deber de autoprotección del empresario en situaciones de emergencia», en *Prevención, trabajo y salud: Revista del INSHT*, núm. 11 (2001).
- BLASCO PELLICER, A.: *La individualización de las relaciones laborales*, CES, Madrid, 1995.
- «La autonomía individual en el sistema de fuentes de la relación jurídico-laboral», en *AS*, vol. V (2004).
- «Relación especial de los abogados: organización del trabajo y régimen de prestación de la actividad laboral; pactos de exclusividad, permanencia y no concurrencia postcontractual», en AA.VV., *La relación laboral especial de los abogados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- BLAT GIMENO, F.: *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, MTSS, Madrid, 1986.
- BODAS MARTÍN, R.: «Derechos y obligaciones de trabajadores y empresarios en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Especial consideración de la situación de riesgo grave e inminente», en AA.VV. (Agustí Juliá, R.) *Estudio de la prevención de riesgos laborales*, CGPJ, Madrid, 1999.
- BORRAJO DACRUZ, E.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1989.
- BOSUU, B.: «Droits de l'homme et pouvoirs du chef d'entreprise: vers un nouvel équilibre», en *Dr.Soc.*, núm. 9/10 (1994).
- BOUSIGES, A.: «Le droit des salariés de se retirer d'une situation dangereuse pour leur intégrité physique», en *Dr.Soc.*, núm. 4 (1991).

- BRIONES MARTÍNEZ, I.M^a.: «Profesores de religión católica según el Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales: el derecho a la intimidad y a la autonomía de las confesiones, dos derechos en conflicto», en *AS*, vol. V (2004).
- BURGOS GINER, M^a.A.: «Facultades empresariales de control en fase de acceso al empleo y formalización del contrato de trabajo», en *TS*, núm. 159 (2004).
- CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J.F.: *El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial*, Comares, Granada, 1999.
- CAIRÓS BARRETO, D.M^a: *Contratos de mediación laboral y de agencia mercantil: (un estudio sobre el objeto del contrato de trabajo y sus transformaciones)*, Lex Nova, Valladolid, 2004.
- «Hacia una regulación del trabajo autónomo: comentarios al proyecto de estatuto del trabajador autónomo», en *RDS*, núm. 37 (2007).
- CALVO GALLEGO, F.J.: *Contrato de trabajo y libertad ideológica, derechos fundamentales y Organizaciones de tendencia*, CES, Madrid, 1995.
- «Algunas reflexiones sobre la nueva Ley de cláusula de conciencia», en *RL*, vol. I (1998).
- «Sobre el modo de ejercicio de la cláusula de conciencia y otras cuestiones conexas», en *AS*, núm. 20 (2002).
- *Códigos éticos y derechos de los trabajadores. Una aproximación a la práctica de las empresas españolas*, Bomarzo, Albacete, 2008,
- CALVO GALLEGO, F.J. y GONZÁLEZ BIEDMA, E.: «Las relaciones de trabajo en las empresas públicas», en *RL*, vol. I (1992).
- CÁMARA BOTÍA, A.: «El derecho del trabajador a interrumpir el trabajo en caso de riesgo grave e inminente para su vida o salud: un apunte sobre sus precedentes normativos y jurisprudenciales», en *AS*, vol. I (1996).
- «Poder del empresario y prohibición de discriminación en el empleo», en *RMTAS*, núm. 3 (2001).
- CAMERLINCK, G.H. y LYON CAEN, G.: *Droit du Travail*, 8^a ed., Dalloz, París, 1976.
- CANOSA USERA, R.: *El derecho a la integridad personal*, Lex Nova, Valladolid, 2006.
- CARDONA ÁLVAREZ, A.M., y JERÓNIMO SÁNCHEZ-BEATO, E.: «Resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador y cláusula de conciencia del profesional de la información», en *AL*, vol. III (2003).
- CARMONA SALGADO, C.: *Libertad de expresión e información y sus límites*, Edersa, Madrid, 1991.
- CARRERO DOMÍNGUEZ, C.: *El régimen jurídico sancionador en prevención de riesgos laborales*, La Ley, Madrid, 2001.
- CARRILLO LÓPEZ, M.: «La cláusula de conciencia de los periodistas en la Constitución española de 1978», en *REP*, núm. 49 (1986).

- *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas: una aproximación al estatuto jurídico de los profesionales de la información*, Civitas, Madrid, 1993.
- «La Ley Orgánica de la cláusula de conciencia de los periodistas: una garantía atenuada del derecho a la información», en *CDP*, núm. 2 (1997).
- «Cláusula de conciencia y secreto profesional de los comunicadores», en AA.VV. (Coords. Carpizo, J. y Carbonell, M.), *Derecho a la información y derechos humanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2000.
- CASAS BAAMONDE, M^aE.: «Los contratos de trabajo a tiempo parcial: contrato a tiempo parcial, contrato fijo discontinuo y contrato de relevo (art. 12)», en *REDT*, núm. 100, vol. I (2000)
- «La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (¿o de proporcionalidad?) y principio de buena fe», en *RL*, vol. I (2004).
- «Tutela judicial efectiva y garantía de indemnidad», en AA.VV., (Coords. Casas Baamonde, M^a E; Durán López, F. y Cruz Villalón, J.), *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*, La Ley, Madrid, 2006.
- CASSI, V.: *Subordinazione del lavoratore nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1961.
- CASTILLO MENDOZA, C.A.: «Control y organización capitalista del trabajo. El estado de la cuestión», en *Sociología del Trabajo*, núm. 9 (1990).
- CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Los trabajadores autónomos dependientes: una nueva encrucijada para el Derecho del Trabajo», en *AS*, vol. V (2004).
- «Derecho de la prevención y nuevos riesgos profesionales», en *AS*, vol. V (2005).
- «La garantía de indemnidad del trabajador que presenta reclamaciones judiciales o extrajudiciales contra su empresario», en *AS*, núm. 4 (2006).
- CESTER, C., y MATTAROLO, M.G.: *Diligenza e obbedienza del prestatore di lavoro (art. 2104)*, Giuffrè, Milano, 2007.
- CHAUMETTE, P.: «Le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail et le droit de retrait du salarié», en *Dr.Soc.*, núm. 6 (1983).
- CHIECO, P.: *Poteri dell'imprenditore e decentramento produttivo*, UTET, Torino, 1996.
- COLLADO, L.: «Concepto, clasificación jurídica y tipología del acoso moral en el trabajo (-mobbing-). Diferencia con otras figuras», en AA.VV. (Dir. Agustí Juliá, J.), en *Riesgos psicosociales y su incidencia en las relaciones laborales y seguridad social*, CGPJ, Madrid, 2008.
- CONDE MARTÍN DE HIJAS, V.: «Libertad empresarial y principio de igualdad en el ejercicio de las facultades disciplinarias en la empresa», en *AL*, núm. 4 (1996).
- CORDERO GONZÁLEZ, J.: «Los antecedentes normativos de los órganos de representación y participación especializados en materia de prevención de riesgos laborales. Evolución y análisis desde el prisma de la normativa vigente», en

- AA.VV, *Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales*, MTAS, Madrid, 2007.
- CORDERO SAAVEDRA, L.: «La delimitación jurídica entre el acoso moral y las tensiones laborales», en *AS*, núm. 6 (2003).
- CORREA CARRASCO, M.: «El concepto jurídico del acoso moral en el trabajo», en AA.VV. (Coord. Correa Carrasco, M), *Acoso moral en el trabajo: concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
- CORRIAS, M., «El ejercicio del poder directivo en los grupos de empresas: el distacco del trabajador», en AA.VV. (Coord. Escudero Rodríguez, R.), *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*, La Ley, Madrid, 2005.
- CORTE HEREDERO, N.: *La movilidad geográfica de los trabajadores*, Lex Nova, 1995.
- CREMADES, B.M^a: *La sanción disciplinaria en la empresa: estudio de la responsabilidad disciplinario-laboral del trabajador*, IEP, Madrid, 1969.
- CRUZ VILLALÓN, J.: *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, MTSS, Madrid, 1983.
- «Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas», en *RL*, vol. I (1992).
 - «Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales», en *RTSS*, núm. 13 (1994), pp. 7-33.
 - «El marco jurídico de las empresas de trabajo temporal» en AA.VV. (Coord. Alarcón Caracuel, R.), *La reforma laboral de 1994*, Marcial Pons, Madrid, 1994.
 - «Las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo tras la reforma de 1994», en AA.VV., *La nueva regulación de la contratación temporal. Modificación individual y modificaciones colectivas del contrato de trabajo*, CGPJ, Madrid, 1995.
 - «La aplicación judicial de la reforma en materia de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo», en *RL*, núm. 23 (1996).
 - «Poder de dirección y nuevas estructuras empresariales», en AA.VV. (Coord. Escudero Rodríguez, R.), *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*, La Ley, Madrid, 2005.
 - «Modificación del tiempo de trabajo», en *RDS*, núm. 38 (2007).
- CRUZ VILLALÓN, J., DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M.L. y ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A.: «Concepto y tratamiento jurídico de los riesgos psicosociales», en AA.VV. (Dir., De la Flor Fernández, M.L), *Análisis de la regulación jurídico-laboral de los riesgos psicosociales*, Informe de investigación financiado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2008.
- D'ANTONA, M.: «Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel Diritto del Lavoro», en *ADL*, núm. I (1995).
- D'EUFEMIA: *Le situazioni soggettive del lavoratore dipendente*, Milano, 1958.
- DE ASIS ROIG, R.: *Deberes y obligaciones en la Constitución*, CEC, Madrid, 1991.

- DE JUAN, O.: *La Constitución económica española: iniciativa económica pública "versus" iniciativa económica privada en la Constitución española de 1978*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.
- DE LA QUADRA SALCEDO, T.: *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid, 1981.
- «La cláusula de conciencia: un Godot constitucional», en *REDC*, núm. 23 (1988).
- DE LA VILLA GIL, L.E.: *El trabajo a domicilio*, Aranzadi, Cizur Menor, 1966.
- «El concepto de Trabajador (art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores)», en *REDT*, núm 100 (2000).
- «Acerca de la responsabilidad social corporativa. Algunas consideraciones críticas desde la perspectiva de las relaciones laborales», en *RGDTSS*, núm. 16 (2008).
- DE LA VILLA GIL, L.E. y PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: *Introducción a la economía del trabajo*, vol. I, Ed. Debate, Madrid, 1980.
- DE LA VILLA DE LA SERNA, L.E.: «Algunas consideraciones críticas sobre la Ley 20/2007, de Estatuto del Trabajo Autónomo», en *RGDTSS*, núm. 15 (2007).
- DE LUCA TAMAJO, R.: «Profili di rilevanza del potere direttivo del datore del lavoro», en *ADL*, vol. II (2005).
- DE SIMONE, G.: «Divieto di intermediazione e divieto di interposizione: *Simul stabunt simul cadent?*», en *Riv.Giur.Lav.*, núm. I (1998).
- DE SOTO RIOJA, S.: «El contenido de la prestación laboral», *RL*, vol. II (1995).
- DESSÌ, O.: «Poder directivo y nuevas formas de organización y gestión del trabajo en el ordenamiento jurídico italiano: puesta a disposición, subcontratación y teletrabajo», en AA.VV. (Coord. Escudero Rodríguez, R.), *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*, La Ley, Madrid, 2005.
- DE VICENTE PACHÉS, F.: «Doctrina constitucional sobre el derecho del trabajador a su propia imagen», en *TS*, núm. 71 (1996).
- *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, CES, Madrid, 1998.
- «Las facultades empresariales de vigilancia y control en las relaciones de trabajo», en *TS*, núm. 157 (2004).
- DEL PUNTA, R.: «Diritti e obblighi del lavoratore: informazione e formazione», en AA.VV. (Dir. Montuschi, L.), *Ambiente, salute e sicurezza*, Giappichelli, Torino, 1997
- DEL REY GUANTER, S.: «Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general», en *RL*, vol. I (1995).
- «Autonomía individual y autonomía colectiva: algunos puntos críticos a la luz del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores», en *REDT*, núm. 77 (1996).
- DEL REY GUANTER, S. y GALA DURÁN, C.: «Trabajo autónomo y descentralización productiva: nuevas perspectivas de una relación en progresivo desarrollo y dependencia», en *RL*, vol. I (2000).

- DEL VALLE VILLAR, J.M.: «El derecho a la intimidad del trabajador durante la relación de trabajo», en *AL*, vol. III (1991).
- «Los límites a los poderes del empresario en el estado de derecho», en AA.VV. (Dir. Borrajo Dacruz, E.), *La reforma del mercado de trabajo: libertad de empresa y relaciones laborales*, Act. Ed. Madrid, 1993.
- DESPAX, M.: «L'évolution du rapport de subordination», en *Dr.Soc.*, núm. 1 (1982).
- DÍAZ MOLINER, R.: *Derecho de prevención de riesgos laborales*, vol. I, Dijusa, Burgos, 1998.
- DIÉGUEZ CUERVO, G.: *La fidelidad del trabajador en LCT*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1969.
- «Sobre la obediencia del trabajador», en *RPS*, núm. 91 (1971).
- «Poder empresarial: Fundamento, contenido y límites», en *REDT*, núm. 27 (1986).
- DIEZ PICAZO, L y PONCE DE LEÓN, L.: «El abuso del derecho y el fraude de la ley en el nuevo Título preliminar del Código civil y el problema de sus relaciones recíprocas», en *Documentación Jurídica*, núm. 4 (1974).
- DI MAJO, A., «Limiti ai poteri privati nell'esercizio dell'impresa», en *Riv. Giur. Lav.*, vol. I (1983).
- DOLZ LAGO, M.J.: «Aproximación a la dimensión laboral de la protección del medio ambiente en Europa», en *Diario La Ley*, vol. I (1993).
- DURÁN LÓPEZ, F.: «Las garantías del cumplimiento de la prestación laboral», en *RPS*, núm. 123 (1979).
- DURÁN LÓPEZ, F.; MONTOYA MELGAR, A. y SALA FRANCO, T.: *El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades del empresario*, MTSS, Madrid, 1987.
- DURAND, J.L.: «La clause de conscience des journalistes professionnels», en *Dr. Soc.*, núm. 3 (1994).
- DURAND, P. y JAUSSAUD, R.: *Traité de Droit du travail*, vol. I, 5ª ed., Dalloz, Paris, 1947.
- ESCOBAR DE LA SERNA, L.: «El TC y la cláusula de conciencia», en *Doxa Comunicación*, núm. 1 (2003).
- ESCUADERO PRIETO, A.: *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales*, MTAS, Madrid, 2005.
- ESCUADERO RODRÍGUEZ, R.: «Teletrabajo», en AA.VV., *La descentralización productiva y nuevas formas organizativas de trabajo*, MTAS, 1999.
- FABREGAT MONFORT, G.: «La movilidad funcional por razones disciplinarias», en *AS*, vol. V (2001).
- *El régimen jurídico de la movilidad funcional: puntos críticos*, CES, Valencia, 2003.
- «La posición del trabajador ante las órdenes empresariales ¿ius resistentiae o solve et repete?», en *Revista de treball, economia i societat*, núm. 27 (2003).

- FERGOLA, P.: «I poteri del datore di lavoro nell'amministrazione del rapporto», en *Lav.Dir.*, núm. 3 (1990).
- FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: «Artículo 29. Obligaciones de los trabajadores en materia de prevención de riesgos», en AA.VV. (Dir. Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M^aN.), *Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios*, Comares, Granada.
- FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, F.: *Poder disciplinario empresarial y proceso especial de impugnación de sanciones*, CES del Principado de Asturias, Oviedo, 2005.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, 1993.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «Disposición derogatoria de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Un ejemplo a evitar», en *AS*, vol. V (1997).
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: «Libertad ideológica y prestación de servicios», en *RL*, vol. II (1985).
- «Algunos problemas del caso Alumina – Aluminio», en *TL*, núm. 13 (1987).
 - *El poder disciplinario en la empresa*, Civitas, Madrid, 1991.
 - «Perfiles del poder disciplinario», en *TS*, núm. 63 (1996).
 - «El derecho de las contratistas entre la licitud y la prevención», en *RDS*, núm. 36 (2006).
- FERNÁNDEZ MARCOS, L.: «Seguridad e higiene», en AA.VV. (Dir. Borrajo Dacruz, E.), *Comentarios a las leyes laborales*, Edersa, Madrid, 1994, Tomo I, vol. 2.
- «El contenido de la Ley de prevención de riesgos laborales: puntos críticos», en *AL*, vol. III (1995).
 - «Derechos y obligaciones derivados de la situación de riesgo grave e inminente», en *AL*, núm. 44 (1996), pp. 845-858.
 - *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y Normativa Reglamentaria*, 2^a ed., Dykinson, Madrid, 2001.
- FERNÁNDEZ PASTRANA, J.M.: *Responsabilidades por riesgos laborales en la edificación*, Civitas, Madrid, 1999.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: «De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario», en *REDA*, núm. 80 (1993), pp. 577-612.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992.
- FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, Aranzadi, Pamplona, 2003.
- FERRADANS CARAMÉS: «Prevención de riesgos psicosociales», en AA.VV. (Dir., De la Flor Fernández, M.L), *Análisis de la regulación jurídico-laboral de los riesgos psicosociales*, Informe de investigación financiado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2008.

- FERRANTE, V.: *Potere e autotutela nel contratto di lavoro subordinato*, Giappichelli, Torino, 2004.
- FERRARO, G.: «Poteri imprenditoriali e clausole generali», en *Dir.Rel.Ind.*, núm. 1 (1999).
- FOTINOPOULOU BASURKO, O. y SEGALÉS FIDALGO, J.: «Dignidad frente a lealtad y fidelidad. En torno a la STC 129/2003», en *RDS*, núm. 24 (2003)
- FRANCO, M.: «Adeguamento al diritto comunitario in materia di sicurezza degli ambienti di lavoro ed evoluzione delle forme di tutela e responsabilità degli ordenamenti giuridici nazionali», en *Quad.Dir.Lav.Rel.Ind.*, núm. 14 (1993).
 -- «La responsabilità del datore e del presatatore di lavoro in materia di sicurezza nel d. lgs. 19 settembre 1994, n. 626 (e successive modificazioni)», en *Riv.It.Dir.Lav.*, núm. I (1996).
- FROSSARD, J.: «Les recours à l'action unilatérale», en *Dr.Soc.*, núm. 6 (1987).
- GAETA, L., «Il rapporto di lavoro: subordinazione e costituzione», en AA.VV. (Dir. Giugni, G), *La subordinazione. Dottrina e giurisprudenza di Diritto del Lavoro*, UTET, Torino, 1993.
- GALANTINO, L.: *La sicurezza del lavoro*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 1996.
- GALIANA MORENO, J. y GARCÍA ROMERO, B.: «La participación y representación de los trabajadores en la empresa en el modelo normativo español», en *RMTAS*, núm. 43 (2003).
- GALVÁN DE GRANDA, J.L.: «El papel de la Inspección de Trabajo y Seguridad social y la nueva Ley de Prevención de Riesgos Laborales», en AA.VV. (Coords. Ojeda Avilés, A., Alarcón Caracuel, M.R. y Rodríguez Ramos, M.J., Coords.), *La prevención de riesgos laborales. Aspectos claves de la Ley 31/1995*, Aranzadi, Pamplona, 1996.
- GÁRATE CASTRO, J.: «Movilidad funcional en la empresa (I)», en *AL*, vol. III (1993).
 -- «Proceso laboral y reproducción, como medio de prueba, de imágenes, sonido, palabras y, en general, datos obtenidos a través del recurso de aparatos proporcionados por las nuevas tecnologías», en AA.VV. (Dir. Souto Prieto, J.), *Problemas críticos del proceso laboral*, CGPJ, Madrid, 2004, pp. 459-508.
 -- «Descentralización productiva por medio de contratos de obras y servicios. Algunas cuestiones laborales y de Seguridad Social, con especial referencia a las Administraciones Públicas», en *AL*, vol. I (2004).
- GARCÍA BLASCO, J. y GONZÁLEZ LABRADA, M.: «El derecho del trabajador a interrumpir su actividad y abandonar el lugar de trabajo en situaciones de riesgo grave e inminente», en *AS*, vol. I (1996).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria», en *Revista de Administración Pública*, núm. 30 (1959).
- GARCÍA FERNÁNDEZ: «Posición del trabajador ante la empresa de trabajo temporal y ante la empresa cliente: puntos críticos», en *AL*, vol III (1994).

- GARCÍA MARZÁ, D.: *Ética empresarial. Del diálogo a la confianza*, Trotta, Madrid, 2004.
- GARCÍA MURCIA, J.: *Traslados y desplazamientos en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- «Movilidad funcional y modificación sustancial de condiciones de trabajo», en *RMTSS*, núm. 58 (2005).
 - «¿Qué Derecho del Trabajo para el siglo XXI?», en *AS*, vol. V (2005).
- GARCÍA NINET, J.I.: «El deber de obediencia en el contrato de trabajo (notas para un estudio)», en *RDPr*, vol. LXIII (1979).
- «Artículo diecinueve. Seguridad e higiene», en AA.VV., *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la Ley 8/1980, de 10 de marzo*, Edersa, Madrid, 1981.
 - «Artículo veinte. Dirección y control de la actividad laboral», en AA.VV., *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la Ley 8/1980, de 10 de marzo*, Edersa, Madrid, 1981.
 - «Ofensas verbales o físicas al empresario o a otras personas del entorno empresarial», en AA.VV., *Estudios sobre el despido disciplinario*, 2ª ed., ACARL, Madrid, 1992.
 - «Avance sobre la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales (BOE 13-12-2003). Una primera lectura de urgencia», en *TS*, núm. 157 (2004).
 - «De los registros del trabajador y del respeto máximo a la dignidad e intimidad de éste (y II)», en *TS*, núm. 171 (2005).
- GARCÍA OVIEDO, C.: *Tratado elemental de derecho social*, Librería Gral. de Victoriano Suárez, Madrid, 1946.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN: «La cesión de trabajadores en el ordenamiento laboral español (II): Tipos de cesiones lícitas. Empresas de trabajo temporal», en AA.VV. (Dir. J. Sánchez Pego), *Cesión de trabajadores. Empresas de trabajo temporal. Responsabilidad empresarial en caso de contratos de obras o servicios. Sucesión de empresas*, CGPJ, Madrid, 1994.
- GARCÍA PIÑEIRO, N.P.: «Derechos del trabajador en situación de “riesgo grave e inminente”», en *AJEE*, núm. 33 (2000).
- GARCÍA ROSS, A.: «Análisis presente y futuro del contenido obligacional del derecho de la seguridad, higiene y salud en el trabajo», en *RTSS*, núm. 14 (1994).
- GARCÍA TESTAL, E.: *Ejercicio asalariado de profesiones liberales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- GARCÍA TORRES, J. y JIMÉNEZ BLANCO, A.: *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Cívitas, Madrid, 1986.
- GARCÍA TRASCASAS, A., y BAZ RODRÍGUEZ, J.: «La flexibilidad de la jornada y el horario en el contrato de trabajo a tiempo parcial. Un estudio evolutivo de los ordenamientos español e italiano», en *RGDTSS*, núm. 9 (2005).

- GARCÍA VIÑA, J.: *La buena fe en el contrato de trabajo. Especial referencia a la figura del trabajador*, CES, Madrid, 2001.
- GARRIDO PÉREZ, E.: «La participación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales en la Ley 31/1995», en *RL*, vol. II (1997).
- GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: «Obediencia debida y desobediencia del trabajador: su tratamiento en la última jurisprudencia», en *TS*, núm. 120 (2000).
- «Vigilancia de la salud versus intimidad del trabajador: Condiciones de realización de los reconocimientos médicos preventivos», en *TS*, núm. 164-165 (2004).
- GETE CASTRILLO, P.: «El papel de la negociación colectiva en la prevención de riesgos laborales», en *RL*, vol. I (1997).
- GHERA, E.: «Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato», en *Giorn.Dir.Lav.Rel.Ind.*, (1979).
- «Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato», en AA.VV., *Atti del VI Congresso Nazionale di Diritto del Lavoro*, Giuffrè, Milano, 1979.
- *Diritto del lavoro. Compendio*, Cacucci Editore, Bari, 2003.
- «Subordinazione, statuto protettivo e qualificazione del rapporto di lavoro», en *Giorn.Dir.Lav.Rel.Ind.*, núm. 109, vol. I (2006).
- GHEZZI, G.: *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1965.
- GHEZZI, G. y ROMAGNOLI, U.: *Il rapporto di lavoro*, 3ª ed., Zanichelli, Bologna, 1995.
- GIL y GIL, J.L.: *Autotutela privada y poder disciplinario de la empresa*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.
- «El deber del empresario de salvaguardar los derechos fundamentales del trabajador», en *AS*, núm. 13 (2003).
- «El deber del empresario de salvaguardar los derechos fundamentales», en *AS*, vol. V (2003).
- *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, Mergablum, Sevilla, 2003.
- «Poder directivo y apariencia externa del trabajador», en AA.VV. (Coord. Escudero Rodríguez, R.), *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*, La Ley, Madrid, 2005.
- GIMENO LAHOZ, R.: *La presión laboral tendenciosa: El mobbing desde la óptica de un juez*, Lex Nova, Valladolid, 2005.
- GIROLAMI, F.: «Violazione dell'obbligo di sicurezza e astensione dal lavoro», en *Dir.Lav.*, núm. 3(2006).
- GIUGNI, G.: *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro subordinato*, Jovene, Napoli, 1963.
- GOERLICH PESET, J.M.: «La noción de trabajo autónomo económicamente dependiente: puntos críticos», en *JL*, núm. 33 (2008).
- GONZÁLEZ BIEDMA, E.: «La apariencia física del trabajador y el contrato de trabajo: una aproximación al problema», en AA.VV., (Coords. Casas Baamonde, Mª E;

- Durán López, F. y CRUZ VILLALÓN, J.), *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*, La Ley, Madrid, 2006.
- GONZÁLEZ DE PATTO, R.M.: «La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador casualizada en mobbing», en AA.VV. (Coord., Ruiz Pérez, E.), *Mujer y trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2003.
- GONZÁLEZ DÍAZ, F.A.: *La obligación empresarial de prevención de riesgos laborales*, CES, Madrid, 2002.
- GONZÁLEZ LABRADA, M.: «La Ley de prevención de riesgos laborales y la obligación contractual de seguridad e higiene: significado y contenido», en *AL*, vol. I (1996).
- *Seguridad y salud en el trabajo y responsabilidad contractual del empresario*, Cedecs editorial, Barcelona, 1996.
- GONZÁLEZ MOLINA, M^a.D. y LÓPEZ AHUMADA, J.E.: «El teletrabajo y la privacidad del trabajador», en AA.VV., *La descentralización productiva y nuevas formas organizativas de trabajo*, MTAS, Madrid, 1999.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «La Seguridad e Higiene en el trabajo en la Constitución», en *RPS*, núm. 121 (1979).
- «La difícil coyuntura del Derecho del Trabajo», en *RL*, vol. II (1987).
- «Derecho a la salud y control de los trabajadores», en *RL*, vol. I (1990).
- «Clasificación profesional y movilidad funcional», en AA.VV. (Coord. Escudero Rodríguez, R.), *Reforma de la legislación laboral*, Universidad de Sevilla, 1997.
- «Seguridad y salud en el trabajo (En torno al art. 19)», en *REDT*, núm. 100, vol. I (2000).
- «La informática en el seno de la empresa. Poderes del empresario y condiciones de trabajo», en AA.VV., (Coords. Alarcón Caracuel, M.R. y Esteban Legarreta, R.), *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2004.
- «Derecho a la integridad física y a la prevención de riesgos», en AA.VV., (Coords. Casas Baamonde, M^a E; Durán López, F. y CRUZ VILLALÓN, J.), *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*, La Ley, Madrid, 2006.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, Trotta, Madrid, 1996.
- GONZÁLEZ POSADA MARTÍNEZ, E.: «El significado de la normativa comunitaria en materia de seguridad, higiene y salud en el trabajo: Directiva 83/391/CEE», en *AL*, vol. I (1991).
- «La prevención de riesgos laborales: funciones, contenido y efectos», Ponencia presentada en el VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Valladolid, 24 y 25 de mayo de 1996), ejemplar multicopiado.
- «El Trabajo y las formas jurídicas», en *RL*, núm. 10 (2003).

- GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J.J.: *Seguridad e higiene en el trabajo. Formación histórica y fundamentos*, CES, Madrid, 1997.
- GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador: Un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*, Cívitas, Madrid, 1988.
- «Los criterios básicos de enjuiciamiento constitucional de la actividad de control empresarial: debilidad y fisuras del principio de proporcionalidad», en *RDS*, núm. 32 (2006).
- GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «Deber de obediencia y despido por desobediencia», en *REDT*, núm. 87 (1998).
- «La tutela de los trabajadores en supuestos de descentralización productiva no regulados por el ordenamiento laboral», en *TS*, núm. 198 (2007).
- GORELLI HERNÁNDEZ, J. y IGUARTUA MIRÓ, M^a T.: *Las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- GRANDI: «Riflessioni sul dovere di obbedienza nel rapporto di lavoro subordinato», en *ADL* (2004).
- GRIJALBA, R.: *El contrato de trabajo ante la razón y el derecho*. 2^a ed., Francisco Beltrán, Madrid, 1922.
- GRINSNIR, J.: «Sécurité et conditions de travail: le point sur les questions en évolution», en *Le Droit Ouvrier*, núm. 490 (1989).
- GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: *El deber de seguridad y salud en el trabajo. Un estudio sobre su naturaleza jurídica*, CES, Madrid, 1999.
- GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.; LAHERA FORTEZA, J. y GARCÍA QUIÑONES, J.C.: «Régimen profesional común del trabajador autónomo», en AA.VV. (Cruz Villalón, J. y Valdés Dal-Ré, F.), *El Estatuto del Trabajador Autónomo*, La Ley, 2008.
- HERNANDEZ, S.: *Posizioni non contrattuali nel rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 1968.
- HERRAIZ MARTÍN, M^a S.: «Manifestaciones del poder de dirección en materia de movilidad geográfica», en *TS*, núm. 206 (2008).
- HUECK, A., y NIPPERDEY, H.C.: *Compendio de Derecho del Trabajo*, Ed. RDPr, Madrid, 1963.
- ICHINO, P.: *Diritto alla riservatezza e diritto al segreo nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1979.
- *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1989.
- IGARTUA MIRÓ, M^a.T.: *La obligación general de seguridad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- *Sistema de prevención de riesgos laborales*, Tecnos, Madrid, 2008.
- IRUZUBIETA FERNÁNDEZ, R.: *El abuso del derecho y el fraude de ley en el Derecho del Trabajo*, Colex, Madrid, 1989.
- JORDANO FRAGA, J.: *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Bosch, Barcelona, 1995.

- JURADO SEGOVIA, A.: «Sobre la caracterización jurídica del acoso moral en el trabajo a la luz de los pronunciamientos judiciales», en *RDS*, núm. 25 (2004).
- KAUFMANN, A.E.: *El poder de las organizaciones*, 2ª ed., Universidad Alcalá de Henares, Madrid, 1993.
- LAI, M.: «La nuova normativa sulla sicurezza del lavoro», en *Riv.It.Dir.Lav.*, núm. I (1995).
- *La sicurezza del lavoro tra legge e contrattazione collettiva*, Giappichelli, Torino, 2002.
- *Flessibilità e sicurezza del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 14-19,
- LANDA ZAPIRAIN, J.P.: «Las nuevas formas de participación en la empresa», *Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales*, MTAS, Madrid, 2007.
- LEYMANN: *Mobbing. La persécution au travail*, Seuil, D.L. Paris, 1996.
- LISO, F.: *La mobilità del laboratore in azienda: il quadro legale*, F. Angeli Editore, Milano, 1982.
- LO FARO, A.: «Salute e sicurezza negli ambienti di lavoro», en AA.VV. (Coords. Caruso, B., D'Antona, M., y Sciarra, A.), *Il diritto del lavoro nell'Unione Europea: Francia, Germania, Gran Bretagna, Spagna*, ESI, Napoli, 1995.
- LÓPEZ AHUMADA, J.E.: «Los descansos comprendidos dentro de la jornada: su aplicación a las relaciones ordinarias de trabajo», en *RL*, vol., II (2004).
- «El derecho de consulta previa como instrumento de control colectivo del poder de dirección», en AA.VV. (Coord. Escudero Rodríguez, R.), *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*, La Ley, Madrid, 2005.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: *La nulidad contractual. Consecuencias*, Tirant lo Blanch, Valencia 1995.
- LÓPEZ GANDÍA, J.: *Las cooperativas de trabajo asociado y la aplicación del derecho del trabajo*, Universidad de Valencia, Valencia, 2006.
- LÓPEZ GANDÍA, J. y BLASCO LAHOZ, J.F.: *Curso de prevención de riesgos laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- LÓPEZ, J.: «La facultad de dirección», en *RPS*, núm. 122 (1979).
- LÓPEZ LÓPEZ, J.: «Buenas prácticas y la negociación colectiva», en *REDT*, núm. 102 (2001).
- LÓPEZ RUBIA, E.: «El Real Decreto 1932/1998 ¿Adaptación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales al ámbito de los centros y establecimientos militares?, en *AS*, vol. V (1999).
- LÓPEZ SÁNCHEZ, Mª C.: «Antiguos y nuevos planteamientos sobre subcontratación y cesión ilegal de trabajadores», en *AL*, núm. 7 (2007).
- LÓPEZ TARRUELLA, F.: «Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo», en AA.VV (Dir. Borrajo Dacruz, E.), *Comentarios a las leyes laborales*, Edersa, Madrid, 1994, Tomo I, vol. 2.

- LOY, G.: «Linee di tendenza della normativa italiana in materia di tutela della salute», en AA.VV., *L'obbligazione di sicurezza*, UTET, Torino, 1994.
- «El dominio ejercido sobre el trabajador», en AA.VV. (Coord. Escudero Rodríguez, R.), *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*, La Ley, Madrid, 2005.
- «Apuntes sobre el libro verde “Modernizar el Derecho del trabajo para afrontar los retos del siglo XXI”», en *RL*, núm. 15-16 (2007).
- LOZANO LARES, F.: «Las obligaciones de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales y su coercibilidad a través del poder disciplinario del empresario», en *TL*, núm. 50 (1999).
- LUJÁN ALCARAZ, J.: «Las notas de laboralidad. Una aproximación en clave jurisprudencial», en *AS*, vol. V (2000).
- «El ámbito subjetivo del Estatuto de los Trabajadores», en *RMTAS*, núm. 58 (2005).
- LUQUE PARRA, M.: *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 1999.
- LLAMAZARES CALZADILLA, M^a C.: *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*, Civitas, Madrid, 1999.
- LLANO SÁNCHEZ, M.: *Responsabilidad empresarial en las contrataciones y subcontratas*, Madrid, La Ley, 1999.
- MAGELLI : «Maneggiare con cautela», en *Articolo 19*, núm. 4 (2005).
- MALPARTIDA MORANO, J., «Modalidad procesal para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (sucinto análisis del artículo 138 LPL)», en *AL*, vol. I (2003).
- MANCINI, F.: *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 1987.
- MANGIONE, S.: «Violazione degli obblighi di sicurezza e rifiuto dello svolgimento delle mansioni», en *Articolo 19*, núm. 2 (2005).
- «Diritto di resistenza, violazione degli obblighi di sicurezza e rifiuto di eseguire la prestazione lavorativa», en *Articolo 19*, núm. 2 (2006).
- MARAZZA, M.: *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Cedam, Padova, 2002.
- MARÍN ALONSO, I.: *El poder de control empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- MARTÍN AGUADO, A.: «Actuaciones irregulares que afectan a la libertad, dignidad o vida privada del trabajador. Límites constitucionales al poder de dirección empresarial», *Autoridad y democracia en la empresa*, Trotta, Madrid, 1992.
- MARTÍN HERNÁNDEZ, M^a L.: *El derecho de los trabajadores a la seguridad y salud en el trabajo*, CES, Madrid, 2006.
- «Inefectividad de la normativa de prevención de riesgos laborales y siniestralidad laboral en España: una relación de causa-efecto», en *RDS*, núm. 40 (2008).

- MARTÍN HERNÁNDEZ, M^a. L. y SASTRE IBARRECHE, R.: «Un nuevo espacio para la acción sindical: la defensa del medio ambiente», en *RDS*, núm. 16, (2001).
- MARTÍN MATEO, R.: *Derecho ambiental*, IEAL, Madrid, 1977.
- MARTÍN VALVERDE, A.: «Ideologías jurídicas y contrato de trabajo», en AA.VV. (Dir. Cabrera Bazán, J.), *Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo*, Universidad de Sevilla, 1977.
- «El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *RPS*, núm. 137 (1983).
 - «El discreto retorno del arrendamiento de servicios», en AA.VV. (Coords. Montoya Melgar, A., Martín Valverde, A. y Rodríguez Sañudo, F.), *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo*, MTSS, Madrid, 1990.
 - «Modificaciones de la jornada y del horario de trabajo», en AA.VV. (Coord. De la Villa Gil. L.E.), *Estudios sobre la Jornada de Trabajo*, ACARL, Madrid, 1991.
 - «Contrato de trabajo y derechos fundamentales», en *RDS*, núm. 6 (1999).
 - «La Ley 20/2007, del Estatuto del trabajo autónomo (II): valoración», en *Derecho de los Negocios*, núm. 205 (2007).
- MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, 17^a ed., Tecnos, Madrid, 2008.
- MARTÍNEZ ABASCAL, V.: «Flexibilidad laboral y reforma de la normativa sobre movilidad funcional», en *REDT*, núm. 67 (1994).
- MARTÍNEZ BARROSO, M^a R.: «La extensión del deber de vigilancia empresarial en las contrataciones a los trabajadores autónomos, tras la entrada en vigor de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción», en *AS*, núm. 18 (2007).
- *Riesgo psicosocial en el sistema de protección social*, Laborum, 2007.
- MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: «Despido discriminatorio y recurso de amparo constitucional», en *REDT*, núm. 10 (1982).
- MARTÍNEZ FONS, D.: «Artículo 19. Seguridad e higiene» y «Artículo 20. Dirección y control de la actividad laboral», en AA.VV. (Dir. Del Rey Guanter, S.), *Estatuto de los trabajadores comentado y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2007.
- «Los límites en la descentralización productiva y relaciones laborales: problemática jurídica actual», en AA.VV. (Dir. Del Rey Guanter, S.), *Descentralización productiva y relaciones laborales: problemática jurídica actual*, Lex Nova, Valladolid, 2001.
- MARTÍNEZ GIRÓN, J.: «Dignidad del trabajador y acoso moral», en AA.VV., *Derecho vivo del trabajo y Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Doctor Fernando Suárez González*, MTAS, Madrid, 2003.
- *El poder de control del empresario en la relación laboral*, CES, Madrid, 2002.
- MARTÍNEZ ROCAMORA, L.G.: *Decisiones empresariales y principio de igualdad*, Cedecs, Barcelona, 1998.

- MAZEAUD., A.: «La modification substantielle du contrat de travail résultant d'une sanction disciplinaire», en *Dr.Soc.*, núm. 1 (1991).
- MAZZIOTTI, F.: *Contenuto ed effetti del contratto di lavoro*, Jovene, Napoli, 1974.
 -- «Stabilità formale ed insicurezza strutturale del posto di lavoro», en *Critica del Diritto*, núm. 2 (1974).
- MAZZONI, G., *Le sanzioni disciplinari nella contrattazione collettiva*, Giuffrè, Milano, 1966.
 -- «Problemática general sobre l'organizzazione del lavoro nell'impresa», en *L'organizzazione di lavoro e le responsabilità dell'imprenditore*, Giuffrè, Milano, 1970.
- MAZZOTTA, O., «Divide et impera: diritto del lavoro e gruppi d'impresa», en *Lav. Dir.*, (1988).
 -- «Variazioni su poteri privati, clausole generali e parità di trattamento», en *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, núm. 4 (1989).
- MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L.: «Obligaciones de seguridad y salud y negociación colectiva», en *RMTAS*, núm. 53 (2004).
- MELLA MÉNDEZ, L.: «Sobre una nueva manera de trabajar: el Teletrabajo», en *AS*, vol. V (1998).
 -- «El acoso psicológico en el derecho del trabajo», en *TS*, núm. 145 (2003)
- MÉNDEZ HOLGADO, J.: «Criterios jurisprudenciales sobre la desobediencia e indisciplina y las ofensas como causa de despido disciplinario», en *REDT*, núm. 94 (1999).
- MERCADER UGUINA, J.: *Derecho del trabajo, nuevas tecnologías y sociedad de la información*, Lex Nova, Valladolid, 2002.
- MERCADER UGUINA, J. y MUÑOZ RUIZ, A.B.: «El futuro de la negociación colectiva en materia de prevención de riesgos laborales», en *AS*, vol. V (2002).
- MERINO SEGOVIA, A.: «La definición de las cualidades morales y éticas de los trabajadores de la empresa de dimensión transnacional: los códigos de comportamiento ético y profesional», en *RDS*, núm. 31 (2005).
 -- «Mecanismos de regulación de la responsabilidad social de las empresas europeas», en AA.VV. (Dir. Rodríguez Fernández, M^a L.), *La negociación colectiva europea*, CGPJ, Madrid, 2006.
- MERINO SEGOVIA, A. y RENTERO JOVER, J.: «Fórmulas atípicas de regulación de las relaciones laborales en la empresa transnacional: códigos de conducta y buenas prácticas», en AA.VV. (Coord. Baylos Grau, A.), *La dimensión europea y transnacional de la autonomía colectiva*, Bomarzo, Albacete, 2003.
- MIANI CANEVARI, F.: «Il sindacato giudiziale sull'esercizio dei poteri privati dell'imprenditore», en *Dir.Lav.*, vol. I (1996).
- MIELE, G.: *Principi di diritto amministrativo*, I, CEDAM, Padova, 1953.
- MIÑARRO YANINI, M.: «Límites a las facultades empresariales de vigilancia y control», en *TS*, núm. 158 (2004).

- MOCELLA, M., «Limiti al potere direttivo e diritto di resistenza del prestatore di lavoro», en *Riv. It. Dir. Lav.*, vol. II (2000).
- MOLERO MANGLANO, C.: «El derecho al honor y a la intimidad del trabajador», en *AL*, vol. II (2001).
- «La configuración legal del autónomo dependiente: problemas y viabilidad (Un estudio del artículo 11 de la Ley 20/2007)», en *AL*, núm 2 (2008).
- MOLERO MARAÑÓN, M.L.: «¿De qué depende que una contrata sea declarada cesión ilegal tras la reforma de 2006?», en *AL*, núm. 21 (2006).
- «Una visión crítica del régimen de modificación sustancial de condiciones de trabajo: claves para un futuro debate», en *RL*, núm. 20 (2008).
- MOLINA NAVARRETE, C.: «Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los derechos fundamentales», *RTSS*, núm. 3 (1991).
- «Hacia una revisión constitucional de la función de la “buena fe contractual” en las relaciones jurídico-laborales», en *RL*, vol. I (1992).
- «La ilegitimidad constitucional como plus de antijuricidad de los "despidos fraudulentos"», en *RL*, vol. I (1995).
- «Art. 5. Deberes laborales», en AA.VV (Monereo Pérez, J.L.), *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Comares, Granada, 1998.
- *Empresas de comunicación y “cláusula de conciencia” de los periodistas*, Comares, Granada, 2000.
- «Una “nueva” patología de gestión en el empleo público: el acoso institucional (mobbing)», en *Diario La Ley*, vol. 7, 2001, ref. D-270.
- «Las nuevas leyes «antiacoso»: ¿Tienen algo útil para la prevención y sanción del acoso moral en el trabajo -mobbing-?», en *Diario La Ley*, núm. 5942 (2004), Ref. D-23.
- «Medio ambiente y prevención de riesgos laborales: fundamentos jurídicos del deber de corresponsabilidad de los interlocutores sociales en la gestión de los riesgos ecológicos», en *Unión*, núm. 210 (2004).
- «Trabajadores en la frontera: comentario al Estatuto del Trabajo Autónomo», en *RTSS (CEF)*, núm. 295 (2007).
- MOLINA NAVARRETE, C., y OLARTE ENCABO, S.: «Los derechos de la persona del trabajador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *RL*, núm. 17 (1999).
- MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: «Artículo 3. Ámbito de aplicación», en AA.VV. (Dir. Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M^aN.), *Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios*, Comares, Granada.
- MONTOYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, IEP, Madrid, 1965.
- «Dirección y control de la actividad laboral (artículo 20)», en AA.VV. (Dir. BORRAJO DACRUZ, E.), *Comentarios a las leyes laborales*, Tomo V, Edersa, Madrid, 1985.

- «La nueva configuración del poder de dirección del empresario», en AA. VV. (Coord. De la Villa Gil, L.E.), *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al prof. Manuel Alonso García*, Marcial Pons, 1995.
- «Sobre el trabajo dependiente como categoría limitadora del Derecho del Trabajo», en AA.VV. (Dir. Cruz Villalón, J.), *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1999.
- «El poder de dirección del empresario», en *REDT*, núm. 100, vol. I (2000).
- «Nuevas dimensiones jurídicas de la organización del trabajo en la empresa», en *RMTAS*, núm. 23 (2000).
- *La buena fe en el derecho del trabajo*, Tecnos, Madrid, 2001.
- «El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas», en *RMTAS*, núm. 48 (2004).
- *Derecho del trabajo*, 28ª ed., Tecnos, Madrid, 2007.
- MONTOYA MELGAR, A. y PIZÁ GRANADOS, J.: *Curso de seguridad y salud en el trabajo*, McGraw Hill, Madrid, 1996.
- MONTUSCHI, L.: *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1973.
- *Diritto alla salute ed organizzazione del lavoro*, F. Angeli Editore, Milano, 1986.
- «La tutela della salute e la normativa comunitaria: l'esperienza italiana», en *Riv.It.Dir.Lav.*, núm. I (1990).
- «Potere disciplinare e rapporto di lavoro privato», en *Quad.Dir.Lav.Rel.Ind.*, núm. 10 (1991).
- «La sicurezza nei luoghi di lavoro ovvero l'arte del possibile», en *Lavoro e Diritto*, núm. III (1995).
- «L'applicazione giurisprudenziale del principio di correttezza e buone fede nel rapporto di lavoro», en *Dir.Lav*, núm. 1 (1996).
- «Un “nuevo” lavoro da regolare» en *ADL*, núm. 3 (1998).
- MORATO GARCÍA, R.Mª: «La intervención de los códigos de comportamiento ético en el régimen disciplinario empresarial», Comunicación presentada al XVI Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lisboa, septiembre 2006.
- «El régimen laboral del trabajador autónomo económicamente dependiente en el proyecto de la LETA», en *AS*, núm. 5 (2007).
- MORENO GARCÍA, A.: «Buena fe y derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *REDC*, núm. 38 (1993).
- MORENO MÁRQUEZ, A.M.: «Salud laboral de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía», en *AS*, vol. V (2006).
- «La discriminación directa e indirecta en la ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», en AA.VV., (Coord. Mercader Uguina, J.R.), *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

- MORENO VIDA, M.N.: «El sistema comunitario y español de protección contra los riesgos del trabajo», en *TS*, núm.186 (2006).
- MUGGIA, S.: «Ordine illegittimo del datore di lavoro e autotutela del dipendente», en *Dir.Lav.*, vol. III (2001).
- MUÑOZ CAMPOS, J.: «La desobediencia y indisciplina, causas de despido en la jurisprudencia de la Sala de lo Social», en *REDT*, núm. 26 (1986).
- MURCIER, J.P.: «Origine, contenu et avenir de l'obligation générale de sécurité», en *Dr.Soc.*, núm. 7-8 (1988).
- NAPOLI, M.: *Questioni di diritto del lavoro (1992-1996)*, Giappicheli, Torino, 1996.
- NATULLO, G.: «La nuova normativa sull'ambiente di lavoro», en *Giorn.Dir.Lav.Rel.Ind.*, vol. IV, fasc. 72 (1996).
- NAVARRO AMARO, S.: «Una concepción desfasada del deber de obediencia del trabajador», en *AS*, vol. III (2004).
- NAVARRO NIETO, F.: «Aspectos críticos en el tratamiento jurídico del acoso moral laboral», en *TS*, núm. 202 (2007).
- NICOLINI, G., *Tutela delle condizioni di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1991.
- OJEDA AVILÉS, A.: *La renuncia de derechos del trabajador*, IEP, Madrid, 1971.
- «Los conflictos en la paralización de actividad por riesgo grave e inminente», en AA.VV. (Coords. Ojeda Avilés, A., Alarcón Caracuel, M. R. y Rodríguez Ramos, M^a J.), *La prevención de Riesgos Laborales. Aspectos clave de la Ley 31/1995*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 309-339.
- «Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato», en *TS*, núm. 195 (2007).
- OJEDA AVILÉS, A. e IGARTUA MIRÓ, M^aT.: «La dignidad del trabajador en la doctrina del Tribunal Constitucional», en *RMTAS*, núm. 73 (2008).
- OLARTE ENCABO, S.: «Acoso moral y enfermedades psicolaborales: un riesgo laboral calificable de accidente de trabajo», en *TL*, núm. 80 (2005).
- «La incidencia del acoso moral en el ámbito del sistema de la Seguridad Social: hacia la equiparación de las enfermedades profesionales», en AA.VV. (Coord. Correa Carrasco, M), *Acoso moral en el trabajo: concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
- OLIVER ARAUJO, J.: *El recurso de amparo*, Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, 1986.
- OROZCO PARDO, G.: «La responsabilidad civil de los técnicos: un ejemplo de la tendencia unificadora», en *Aranzadi Civil*, vol. I (2006).
- ORTIZ LALLANA, C.: «Innovación tecnológica y nuevas tecnologías en la empresa: “un factor de competitividad”», en *RTSS (CEF)*, núm. 274 (2006).
- OZAKI, M., «Relaciones laborales y globalización», en *RL*, vol. I (1999), pp. 180-186.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: *Despidos discriminatorios y libertad sindical*, Civitas, Madrid, 1983.
- «El derecho constitucional de igualdad en las relaciones de trabajo», en *DL*, núm. 8 (1983).

- «Las empresas de trabajo temporal y el ordenamiento laboral español», en *Revista de Trabajo*, núm. 74 (1984).
 - *Los derechos laborales en la Constitución española*, Cuadernos CEC, Madrid, 1991.
 - «La indisciplina o desobediencia en el trabajo», en AA.VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, 2ª ed., ACARL, Madrid, 1992.
 - «El derecho constitucional del trabajador a la seguridad en el trabajo», en *AL*, vol. I (1992).
 - «El nuevo reparto funcional de territorios normativos entre la ley y el convenio colectivo», en AA.VV. (Coords. Valdés Dal-Ré, F. y Casas Baamonde, Mª E.), *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, La Ley, Madrid, 1994.
 - «El nuevo marco jurídico de la Prevención de Riesgos Laborales: La Ley 31/1995, de 8 de noviembre», en *AL*, vol. I (1996).
 - «La protección del trabajador frente a los riesgos laborales», en *DS*, vol. IV (1996).
 - «El trabajo autónomo y las propuestas de refundación del Derecho del Trabajo», en *RL*, vol. I (2000).
 - «La versión 2001 de la reforma laboral permanente», en *RDS*, núm. 15 (2001).
 - *Derecho del trabajo e ideología*, 6ª ed., Tecnos, 2002.
 - «El deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales», en *RGDTSS*, núm. 8 (2005).
 - «La participación de los trabajadores en la empresa (una revisión institucional)», en *REDT*, núm. 133 (2007).
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVARO DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, 16ª ed., CEURA, Madrid, 2008.
- PALOMO BALDA, E., «Grupos especiales de riesgo», en AA.VV., *Ley de prevención de riesgos laborales. Últimas reformas y análisis de la normativa específica en la materia*, CGPJ, Madrid, 2006.
- PANUCCIO, V.: *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*, Giuffrè, Milano, 1965.
- PASQUARELLA, V.: «Autotutela del lavoratore e licenziamento ritorsivo», en *Riv.It.Dir.Lav.*, vol. II (2003).
- PECES-BARBA, G.: *La Constitución española de 1978. Un estudio de derecho y política*, Fernando Torres-Editor, Valencia, 1981.
- *Curso de derechos fundamentales: teoría general*, Universidad Carlos III/BOE, Madrid, 1995.
- PEDRAJAS MORENO, A.: «Traslados y obediencia debida del trabajador: criterios jurisprudenciales», en *AL*, vol. 3 (1990).
- *Despido y derechos fundamentales. Estudio especial de la presunción de inocencia*, Trotta, Madrid, 1992.

- «Los derechos fundamentales de la persona del trabajador y los poderes empresariales: la Constitución como marco y límite de su ejercicio», en *AL*, núm. 4 (2000).
- «La cesión ilegal de trabajadores», en AA.VV., *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*, Lex Nova, Valladolid, 2002.
- PEDRAZZOLI, M.: «El trabajo que cambia: problemas de calificación y de método» en *RFDUC*, núm. 14 (1988).
- PEDROSA ALQUÉZAR, S.I.: «La nueva función de comprobación en prevención de riesgos laborales: hacia una subinspección especializada», en *AL*, vol. I (2007).
- PÉREZ AMORÓS, F.: «Retos del Derecho del Trabajo del Futuro», en *RDS*, núm. 32 (2006).
- PÉREZ BOTIJA, E., *El contrato de trabajo*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1954.
- *Curso de Derecho del Trabajo*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1960.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «Sobre el derecho a la propia imagen (A propósito de la STCO 170/87, de 30 de octubre)», en *PJ*, núm. 10 (1988).
- «La Directiva marco sobre medidas de seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo y la adaptación del Ordenamiento Español», en *RL*, vol. I (1991).
- «El trabajo subordinado como tipo contractual», en *DL*, núm. 39 (1993).
- «La Ley de Prevención de Riesgos Laborales como transposición de la Directiva Marco sobre Seguridad y Salud de los trabajadores en el lugar de trabajo», en *TS*, núm. 73 (1997).
- «El “desvelo” de los grupos de empresa», en *AS*, vol. V (1998).
- «La “filialización” de la empresa», en *AL*, vol. II (1999).
- «Descentralización productiva y libertad de empresa», en AA.VV. (Dir. Pérez de los Cobos, F.), *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, IEE, Madrid, 2005.
- PÉREZ DEL RÍO, T.: «La regularidad del ejercicio del poder empresarial y la obediencia debida: comentario a la SS del TS. de 7.III.1986», en *TL*, núm. 8 (1986).
- PÉREZ GUERRERO, M.L. y RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: «El art. 43 del Estatuto de los trabajadores: Empresas de trabajo temporal y cesión de trabajadores», en *RMTAS*, núm. 58 (2005).
- PÉREZ LEÑERO, J.: *Instituciones del derecho español del trabajo*, Espasa-Calpe, Madrid, 1949.
- PÉREZ ROYO, J.: «La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas», en AA.VV., *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.
- PÉREZ YÁNEZ, R.: «El reparto de poderes empresariales entre Empresas de Trabajo Temporal y Empresa Usuaria respecto a los trabajadores en misión», en *RL*, vol. I (1998).
- PERSIANI, M.: *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova, 1966.
- «Diritto del lavoro e razionalità», en *ADL*, núm. I (1995).

- «Considerazioni sul controllo di buona fede dei poteri del datore di lavoro», en *Dir.Lav.*, núm. 1 (1995).
- «Individuazione delle nuove tipologie tra subordinazione e autonomía», en *ADL*, núm. II (2005).
- PERSIANI, M. y PROIA, G.: *Contratto e rapporto di lavoro*, 3ª ed., CEDAM, Padova, 2003.
- PERULLI, A.: *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Giuffrè, Milano, 1992.
- *Diritto del Lavoro e Globalizzazione: clausole sociali, codici di condotta e commercio internazionale*, Cedam, Padova, 1999.
- «Il potere direttivo dell'imprenditore. Funciones y límites», en *Lav.Dir.*, núm. 3 (2002).
- «La buena fede nel diritto del lavoro», en *Riv.Giur.Lav.*, núm. 1 (2002).
- PESSI, R.: *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, Giuffrè, Milano, 1989.
- PLAZA GOLVANO, S.: *La ejecución provisional de sentencia en los procesos laborales por despido*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- POOLE, M.: *Hacia una nueva democracia industrial. La participación de los trabajadores en la industria*, MTSS, Madrid, 1995.
- POYAL COSTA, A.: «La eficacia de los derechos humanos frente a terceros», *Revista de Derecho Político*, núm. 34 (1991).
- POZO MOREIRA, F.J.: «Revisión del principio de voluntariedad en el trabajo a tiempo parcial a la luz de la reforma laboral de 2001», en *AL*, vol. III (2002).
- PRADOS DE REYES, F.J.: «Renuncia y transacción de derechos en el Estatuto de los Trabajadores», en *RPS*, núm. 127 (1980).
- PRATI: «Disciplina antinfortunistica: responsabilità del lavoratore», en *ISL*, núm.10 (1997).
- PRIETO SANCHÍS, L.: *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.
- PUJOLAR, O.: «Poder de dirección del empresario y nuevas formas de organización y gestión del trabajo», en AA.VV. (Coord. Escudero Rodríguez, R.), *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*, La Ley, Madrid, 2005.
- PURCALLA BONILLA, M. A.: *Heterotutela y autotutela de la seguridad e higiene en el trabajo, un estudio sobre la «deuda de seguridad» del empresario*, Universitat Rovira i Virgili, 1998.
- «El derecho del trabajador a interrumpir su prestación y al abandono del lugar de trabajo», en *PS*, núm. 6 (1998).
- «Globalización económica, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y retos sindicales: notas para el debate», en *AS*, vol. V (2002).
- *Movilidad geográfica y modificación sustancial: impugnación procesal laboral*, Lex Nova, Valladolid, 2003.
- PURCALLA BONILLA, M.A y ESTEBAN LEGARRETA, R.: «La formación de los trabajadores en materia de seguridad y salud laboral», en *AL*, vol. III (1998).

- QUESADA SEGURA, R.: *La autonomía colectiva en la ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- RABANAL CARBAJO, P.: *Los contratos de trabajo formativos*, Dykinson, 2002.
- RADÉ, C.: «Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles formes de subordination», en *Dr.Soc.*, núm. 1 (2002).
- RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. y SALA FRANCO, T.: «Contratas y subcontratas de obras y servicios y cesión ilegal de trabajadores» en AA.VV. *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- RAMOS QUINTANA, M.I.: *La garantía de los derechos de los trabajadores (inderogabilidad e indisponibilidad)*, Lex Nova, Valladolid, 2002.
- REALMONTE, F.: «Eccezione di inadempimento», en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XIV, Giuffrè, Milano, 1965.
- REVILLA ESTEVE, E.: *La noción de trabajador en la economía globalizada*, Aranzadi, Navarra, 2003.
- RIVAS VALLEJO, M^a P.: «La protección del medio ambiente en el marco de las relaciones laborales», en *TS*, núm. 103 (1999).
- RIVAS VAÑÓ, A. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: «Relaciones laborales y libertad de empresa: algunas reflexiones», en AA.VV., (Coords. Casas Baamonde, M^a E; Durán López, F. y Cruz Villalón, J.), *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*, La Ley, Madrid, 2006.
- RIVERO LAMAS, J.: *Limitación de los poderes empresariales y democracia industrial*, Universidad de Zaragoza, 1986.
- «Infracciones y sanciones laborales y regulación del derecho de huelga: criterios jurisprudenciales y proyectos de reforma», en *AL*, vol. I (1993).
- «Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Algunos problemas del art. 41 ET», en AA.VV. (Coord. De La Villa Gil, L.E), *Reforma de la legislación laboral*, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- «Poderes, libertades y derechos en el contrato de trabajo», en *REDT*, núm. 80 (1996).
- «Art. 20. Dirección y control de la actividad laboral», en AA.VV. (Dir. Monereo Pérez, J.L.), *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Comares, Granada, 1998.
- «La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo», en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, MTAS, 2000.
- «El trabajo en la sociedad de la información», en *AS*, vol. V (2001).
- «Derechos fundamentales y contrato de trabajo: eficacia horizontal y control constitucional», en AA.VV. (Coord. Montoya Melgar, A.), *El trabajo y la Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Alonso Olea*, AIDTSS-MTAS, Madrid, 2003.
- «Proyecciones de la descentralización productiva: instrumentación jurídico-laboral», en AA.VV. (Dir. Rivero Lamas, J., y Coord. De Val Tena, A.L),

- Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El «outsourcing»*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2003.
- RIVERO LAMAS, J. y DE VAL TENA, A.L.: «Artículo 21. Riesgo grave e inminente», en AA.VV. (Dir. Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M^aN.), *Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios*, Comares, Granada, 2004.
- RODRÍGUEZ CRESPO, M^a.J.: «Problemas actuales sobre el poder empresarial de organizar y controlar la actividad productiva», en *Act. Jca. Ar.*, núm. 712 (2006).
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: «Artículo 15», en AA.VV., (Dir. Alzaga Villamil, O), *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, vol. II, Edersa, Madrid, 1984.
- RODRÍGUEZ PASTOR, G.: *Movilidad funcional y negociación colectiva*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del Trabajo», en *RPS*, núm. 71 (1966).
- «Un modelo democrático de relaciones laborales», en AA.VV., *Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1977.
 - «Obediencia debida y desobediencia justificada», en *RL*, núm. 2 (1988).
 - «Principio de igualdad, autonomía contractual y poderes empresariales», en *RL*, vol. II (1991).
 - «La huida del Derecho del Trabajo», en *RL*, vol. I, (1992).
 - «Trabajo y medio ambiente», en *RL*, vol. II, (1995).
 - «Constitución, derechos fundamentales y contrato de trabajo», en *RL*, vol. I (1996).
 - «Contrato de trabajo y autonomía del trabajador», en AA.VV. (Dir. Cruz Villalón, J.), *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1999.
 - «Medio ambiente y relaciones de trabajo», en *TL*, núm. 50 (1999).
 - «Libertad ideológica, contrato de trabajo y objeción de conciencia», en *RL*, vol. II (2003).
 - «Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y represalias empresariales», en AA.VV., *Derecho vivo del trabajo y Constitución*, MTAS, Madrid, 2003.
 - «Derecho a la intimidad del trabajador y contrato de trabajo», en *Diario La Ley*, núm. 6033 (2004).
 - «Poder de dirección y derecho contractual», en AA.VV. (Coord. Escudero Rodríguez, R.), *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*, La Ley, Madrid, 2005.
- RODRÍGUEZ PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a F.: *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: *La presunción de existencia del contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, 1995.

- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C. y CALVO GALLEGO, F.J.: *Las horas complementarias y su pacto en el contrato a tiempo parcial*, Tirant lo Blanch, 2000.
- RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.: «Salud laboral versus medio ambiente: por una política de prevención de riesgos laborales también en el medio externo», en *AS*, vol. V (2002).
- RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: «El alcance de la obligación de seguridad del empresario en la Directiva Marco: la disyuntiva entre la seguridad tecnológicamente factible y la razonablemente factible», en *RDS*, núm. 39 (2008).
- ROJAS RIVERO, G.: *La libertad de expresión del trabajador*, Trotta, Madrid, 1991.
- *Traslado y desplazamiento de trabajadores*, MTSS, Madrid, 1993.
- «Algunos aspectos procesales de la protección legal contra el acoso», en *RGDTSS*, núm. 8 (2005).
- *Cláusula de conciencia y extinción del contrato*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008
- ROMAGNOLI, U.: *La prestazione di lavoro nel contatto di società*, Giuffrè, Milano, 1967.
- «Weimar, ¿y después?» en AA.VV., (Coord. Aparicio Tovar, J. y Baylos Grau, A.), *Autoridad y democracia en la empresa*, Trotta, Madrid, 1992.
- «Redefinir las relaciones entre trabajo y ciudadanía: el pensamiento de Máximo D'Antona», en *RDS*, núm. 9 (2000).
- ROMÁN DE LA TORRE, M. D.: *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Ediciones Grapheus, Valladolid, 1992.
- «Clasificación profesional y movilidad funcional», en AA.VV. (Valdés Dal-Ré, F.), *La reforma del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid, 1994.
- ROMANO, S.: *El ordenamiento jurídico*, IEP, Madrid, 1963.
- ROMERAL HERNÁNDEZ, J.: *El delegado de prevención*, Lex Nova, Valladolid, 2008
- ROMERO RODENAS, M^aJ.: *Protección frente al acoso en el trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2004.
- RUIZ CASTILLO, M.: «Delimitación subjetiva del Derecho del Trabajo. Un interrogante específico: el trabajo “parasubordinado”», en *RL*, vol. II (1991).
- «La vertiente jurídica del acoso moral en el trabajo: una aproximación al panorama actual», en *RL*, núm. 10 (2004).
- RUSCIANO, M.: «D.Lgs. 276 e subordinazione: variazioni sul tema», en *Dir.Lav.*, núm. 5-6 (2005).
- SÁEZ LARA, C.: *Mujeres y mercado de trabajo. (Las discriminaciones directas e indirectas)*, CES, Madrid, 1994.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: «Relaciones jurídicas entre la empresa usuaria y el trabajador de la empresa de trabajo temporal», en AA.VV. (Coord. De La Villa Gil, L.E), *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso García*, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. y GIL Y GIL, J.L.: «El acoso psicológico en el trabajo», en AA.VV., (Coords. Casas Baamonde, M^a E; Durán López, F. y Cruz

- Villalón, J.), *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*, La Ley, Madrid, 2006.
- SALA FRANCO, T.: «El ingreso al trabajo, la clasificación profesional y la ordenación del trabajo en la empresa», en Durán López, F.; Montoya Melgar, A. y Sala Franco, T., *El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades del empresario*, MTSS, Madrid, 1987.
- «El deber empresarial de protección al trabajador en materia de seguridad y salud laboral», en *DS*, vol. IV (1996).
- *El régimen jurídico de las ausencias al trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- *Derecho de la prevención de riesgos laborales*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- SALA FRANCO, T. y ARNAU NAVARRO, F.: *Comentarios a la Ley de prevención de riesgos laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 102].
- SALA FRANCO, T. y LÓPEZ MORA, F., «Contrato de trabajo» en AA.VV. (Dir. Borrajo Dacruz, E.), *Comentarios a las Leyes Laborales*, Madrid, vol. I, Edersa, 1990.
- SALCEDO BELTRÁN, M.C.: *El deber de protección empresarial de la seguridad y salud de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- SALENTO, A.: «Somministrazione, appalto, organizzazione: politiche del diritto, interpretazioni, teorie organizzative», en *Giorn.dir.lav.rel.ind* , núm. 111, vol. 3 (2006).
- SALVAGNI, M.: «Il datore di lavoro ha sempre l'obbligo di tutelare l'integrità psico-psichica dei dipendenti contro il rischio di aggressioni criminose di terzi», en *Riv.Giur.Lav.*, núm. 4 (2008).
- SAMPEDRO GUILLAMÓN, V.: «Responsabilidades administrativas: infracciones y sanciones, el procedimiento sancionador», en AA.VV., (Dir., García Ninet, J.I, y Garrigues Giménez, A), *Curso sobre prevención de riesgos laborales*, Universitat Jaume I, Castellón, 1998.
- «Facultades empresariales de vigilancia y control en el centro de trabajo» en *TS*, núm. 160 (2004).
- SÁNCHEZ CUBEL, D.: *Todo sobre la nueva Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Praxis, Barcelona, 1996.
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: «La indisciplina y la desobediencia como causas de extinción del contrato de trabajo», en AA.VV., *Presente y futuro de la regulación del despido*, Aranzadi, Navarra, 1996.
- «Teletrabajo y poder de dirección: el control a distancia», en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, MTAS, 2000.
- SÁNCHEZ TORRES, E.: «Art. 30. Imposibilidad de la prestación», en AA.VV. (Dir. Del Rey Guanter, S.), *Estatuto de los trabajadores comentado y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2007.

- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: «La adaptación de la Ley de prevención de riesgos laborales al ámbito de los establecimientos militares y el RD 1932/1998, de 11 de septiembre», en *AS*, vol. V (1999).
- SANGUINETI RAYMOND, W.: «La dependencia y las nuevas realidades económicas y sociales: ¿Un criterio en crisis?», en *TL*, núm. 40 (1996).
- *Contrato de trabajo y nuevos sistemas productivos: Un estudio sobre el concepto de subordinación jurídico-laboral y su aptitud para reflejar las transformaciones recientes de las formas de organización del trabajo*, Edit. Ara, Lima, 1997.
- «El contrato de trabajo y el contrato de obra», en *El contrato de locación de servicios frente al Derecho Civil y al Derecho del Trabajo*, 2ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2000.
- «Privatización de la gestión de servicios públicos y precarización del empleo: la inaplazable necesidad de un cambio de modelo», en *RDS*, núm. 39 (2007).
- SANTORO PASSARELLI, G.: *Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1959.
- SANTOS FERNÁNDEZ, M^{AD}.: *El contrato de trabajo como límite al poder del empresario*, Bomarzo, Albacete, 2005.
- SASTRE IBARRECHE, R.: *El derecho al trabajo*, Trotta, 1996, Madrid.
- «Algunas claves para un sindicalismo también mundializado», en *RDS*, núm. 21 (2003).
- «Recurso de amparo, derechos laborales inespecíficos y desigualdad social: una aproximación», en *Desigualdad social y relaciones de trabajo*, Universidad de Salamanca, 2004.
- «¿Hacia una conciencia medioambiental en el sindicalismo europeo?», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 240 (2005).
- «La progresiva aceptación del medio ambiente como objeto del convenio colectivo», en *TS*, núm. 175 (2005).
- «Deslocalización de empresas (reflexiones desde la perspectiva iuslaboral)», en *RDS*, núm. 32 (2006).
- SAVATIER, J.: «La liberté dans le travail», en *Dr.Soc.*, núm. 1 (1990).
- «Champ d'application du droit de retrait d'une situation dangereuse», en *Dr.Soc.*, núm. 7-8 (1996).
- «Le retrait de situation dangereuse fondé sur l'insécurité du travail en zone urbaine», en *Dr.Soc.*, núm. 9-10 (2003).
- SCIORTINO, P.: «L'autotutela nella sicurezza sul lavoro», 2003 en la dirección electrónica: www.diit.unict.it/users/scava/iter/articolo_autotutela_sicurezza.doc.
- SCOGNAMIGLIO, R.: *Lezioni di diritto del lavoro. Parte generale*, Cacucci, Bari, 1969.
- *Diritto del lavoro*, 5ª ed., Jovene, Napoli, 2000.
- «La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato» en *Riv.It.Dir.Lav.*, núm. I (2001).

- SEGALÉS FIDALGO, J.: «La integridad moral como bien jurídico a proteger y la tutela constitucional frente al acoso moral», en *RL*, núm. 17 (2007).
- SEILLAN, H.: «Sécurité du travail et ordre public», en *Dr. Soc.*, núm. 5 (1989).
- SELIS, C.: «Formare alla sicurezza: una riflessione sulla complessità del processo», en *ISL*, núm. 11 (1998).
- SELMA PENALVA, A.: *Los límites del contrato de trabajo en la jurisprudencia española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Contratación laboral y libertad de empresa», en AA.VV. (Dir. Pérez de los Cobos, F.), *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, IEE, Madrid, 2005.
- «La Ley Orgánica de Protección contra la violencia de género. Aspectos laborales», en *AS*, vol. 5 (2005).
- SEMPERE NAVARRO, A.V y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi, Cizur Menor, 2001.
- *Nuevas tecnologías y Relaciones Laborales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002.
- SENERA BIEDMA, R.: «Los servicios de seguridad y mantenimiento en la empresa durante la huelga», en *RL*, vol. I (1990), pp. 295-362.
- «Las responsabilidades civiles por las extralimitaciones del poder de dirección del empresario», en AA.VV. (Coords. Cabeza Pereiro, J., Lousada Arochena, J.F. y Movilla García, M.), *Las limitaciones de los poderes empresariales y las responsabilidades por su utilización ilegítima*, Comares, Granada, 2002.
- «Las obligaciones del trabajador en materia de prevención de riesgos laborales. Sus responsabilidades», en AA.VV., *Ley de prevención de riesgos laborales. Últimas reformas y análisis de la normativa específica en la materia*, CGPJ, Madrid, 2006.
- SERNA, P.: «La dignidad humana en la Constitución Europea», en AA.VV. (Dir. Álvarez Conde, E. y Garrido Mayol, V.), *Comentarios a la Constitución Europea*, vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- SERRA RODRÍGUEZ, A.: *La responsabilidad civil del abogado*, Aranzadi, Cizur Menor, 2000.
- SERRANO OLIVARES, R.: *Lugar de trabajo, domicilio y movilidad geográfica*, CES, Madrid, 2000.
- *El acoso moral en el trabajo*, CES, Madrid, 2005.
- SIMITIS, S.: «Il diritto del lavoro e la riscoperta dell'individuo», en *Giorn.Dir.Lav.Rel.Ind.*, núm. 45 (1990).
- SINZHEIMER, H.: «La democratizzazione del rapporto di lavoro (1928)», en AAVV, *Laboratorio Weimar*, Roma, 1982.
- SMURAGLIA, C.: *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1967.
- «La tutela della salute del lavoratore tra principi costituzionali, norme vigenti e prospettive di riforma», en *Riv.It.Dir.Lav.*, núm. I (1988).

- SPAGNUOLO VIGORITA, L.: *Subordinazione e diritto del lavoro*, Morano, Napoli, 1967.
- «Il potere disciplinare dell'imprenditore e i limiti derivanti dallo Statuto dei Lavoratori», en *Atti del IV Congresso nazionale di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1972.
- SPEZIALE, R.: *Mora del creditore e contratto di lavoro*, Cacucci, Bari, 1992.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: *Las nuevas relaciones laborales y la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Pirámide, Madrid, 1980.
- SUPIOT, A., «Pourquoi un Droit du Travail?», en *Dr.Soc.*, núm. 6 (1990), pp. 485-492.
- SUPPIEJ, G.: *La struttura del rapporto di lavoro*, vol. II, Cedam, Padova, 1963.
- «Il potere direttivo dell'imprenditore e i limiti derivanti dallo Statuto dei Lavoratori», en *Atti del IV Congresso nazionale di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1972.
- *Il rapporto di lavoro (costituzione e svolgimento)*, Cedam, Padova, 1982.
- «Il diritto dei lavoratori alla salubrità dell'ambiente di lavoro», en *Riv.It.Dir.Lav.*, núm I (1988).
- «L' interposizione brevettata», en *ADL*, núm. I (1998).
- «Flessibilità del rapporto di lavoro e sistema delle fonti», en *ADL*, núm. I (2002).
- TAMMES, A.: «Soft Law», en *Essays on international & comparative law in honour of Judge Erades*, Hague (Netherlands), M. Nijhoff, 1983.
- TATARELLI, M.: *I poteri del datore di lavoro privato e pubblico*, Cedam, Padova, 1996.
- TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: *El poder disciplinario empresarial. Principios y garantías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- *Principio de proporcionalidad, Constitución y derecho del trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.
- THIBAUT ARANDA, J.: «La paralización colectiva de la actividad productiva como medida de Seguridad e Higiene: el artículo 21.3 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», en *AS*, vol. V (1997).
- TULLINI, P.: «Identità e scomposizione della figura del datore di lavoro (una riflessione sulla struttura del rapporto di lavoro)», en *ADL*, núm. I (2003).
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: «La ruptura del principio de correspondencia función-categoría por ejercicio del ius variandi empresarial», en *RPS*, núm. 103 (1974).
- «Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador», en AA.VV (Coord. Aparicio Tovar, J. y Baylos Grau, A.), *Autoridad y democracia en la empresa*, Trotta, Madrid, 1992.
- «Poder directivo, contrato de trabajo y ordenamiento laboral», en *RL*, vol. I (1993).
- «Las relaciones jurídicas entre las empresas de trabajo temporal y la empresa usuaria: el contrato de puesta a disposición», en AA.VV. (Coord. De La Villa Gil,

- L.E), *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso García*, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- «La participación de los trabajadores en la ley de prevención de riesgos laborales», en *TS*, núm. 73 (1997).
 - «Una nueva modalidad de jornada de trabajo: las horas complementarias en el contrato a tiempo parcial (I)», en *RL*, vol. II (1999).
 - «Poder normativo del Estado y sistema de relaciones laborales: menos derechos pero más derecho y desigual», en *RL*, vol. II (2000).
 - «Sistemas de estructura profesional y movilidad funcional: entre la continuidad y el cambio (I)», en *RL*, vol. I (2000).
 - «*Soft law*, Derecho del Trabajo y orden económico globalizado», en *RL*, núm. 4 (2005).
 - «Las razones de la adopción de la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo», en *RL*, núm. 7 (2008).
 - «La prohibición de discriminación: una cualificada expresión del moderno *ius gentium*», en *RL*, vol. I (2008).
- VALDÉS DE LA VEGA, B., *La profesionalidad del trabajador en el contrato laboral*, Trotta, Madrid, 1997.
- VALENTE, L.: «Capelli corti e acconciature classiche: quando la sanzione disciplinare è legittimamente connessa alla violazione delle direttive in materia di aspetto estetico», en *Riv.Giur.Lav.*, núm. 4 (1999).
- «L'exceptio inadempimenti contractus nel rapporto di lavoro. Un esempio di autotutela individuale come risposta al mancato pagamento della retribuzione», en *Riv.Giur.Lav.*, núm. 4 (2004).
- VALLEBONA, A.: «Intervento» en *Le sanzioni nella tutela del lavoro subordinato: Atti del VI Congresso Nazionale di Diritto del Lavoro*, Giuffrè, Milano, 1979.
- *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, Cedam, Padova, 1995.
 - *Istituzioni di Diritto del Lavoro*, 4ª ed., Cedam, Padova, 2004.
- VALLEJO DACOSTA, R.: «El acoso sexual y acoso por razón de sexo: riesgos de especial incidencia en la mujer trabajadora», en *RL*, núm. 5 (2007).
- VALVERDE ASECIO, A.J.: «Art. 54. Despido disciplinario», en AA.VV. (Dir. Del Rey Guanter, S.), *Estatuto de los trabajadores comentado y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2007.
- VARDARO, G.: «Il potere disciplinare giuridificato», en *Giorn.dir.lav.rel.ind*, tomo I (1986).
- VARELA DÍAZ, S.: «La idea del deber constitucional», en *REDC*, núm. 4 (1982).
- VÁZQUEZ MATEO, F.: «La seguridad, higiene y salud en la jurisprudencia», en *RTSS*, núm. 12 (1993).
- VÁZQUEZ VIALARD, A.: «La aplicación de la excepción de cumplimiento de contrato en la relación laboral», en *REDT*, núm. 24 (1985).

- VON MÜNICH, I. y FERRER I RIBA, J.: *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Civitas, Madrid, 1997.
- WEBER, M.: *Economía y sociedad*, vol. I, Fondo de Cultura Económica, México, 1944.
- WIEACKER, F., *El principio general de la buena fe*, Civitas, Madrid, 1982.
- ZELAYA ETCHEGARAY, P.: *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente: naturaleza y requisitos*, Aranzadi, Cizur Menor, 1995.
- ZOLI, C.: «Gli obblighi e diritti individuali dei lavoratori dipendenti» en *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, núm. 9 (1995).
- «Subordinazione e poteri dell'imprenditore tra organizzazione, contratto e contropotere», en *Lav.Dir.*, núm. 1 (1997).