

LA POSICIÓN DEL TRABAJADOR ANTE LAS ORDENES EMPRESARIALES ¿IUS RESISTENTIAE O SOLVE ET REPETE?

Gemma Fabregat Monfort

Becaria de Investigación del Departamento
de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social
Universidad de Valencia

SUMARIO: 1.- EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPLEADOR Y LA PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LA ORDEN EMPRESARIAL. 2.- LA POSICIÓN JURÍDICA DEL TRABAJADOR. ¿EL “IUS RESISTENTIAE” O EL “SOLVE ET REPETE”? 2.1.- La delimitación de la posición del trabajador afectado por una orden presuntamente irregular ¿ “ius resistentiae” o “solve et repete”? 2.2.- Las excepciones legales al principio de “solve et repete”. 3.- LA DESOBEDIENCIA DE LA ORDEN EMPRESARIAL. REQUISITOS DETERMINANTES DE LA SANCIÓN. 3.1.- La legalidad de la orden empresarial. 3.2.- La conducta del propio trabajador afectado. 4.- A MODO DE CONCLUSIÓN: UNA PROPUESTA PARA EL FUTURO

1.-EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPLEADOR Y LA PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LA ORDEN EMPRESARIAL

El empresario, como titular de la empresa que resulta ser, tiene reconocido a nivel constitucional y legal un conjunto de potestades que, amparadas en la libertad de empresa que reconoce el art. 38 C.E. y bajo la genérica denominación de poder de dirección, le facultan tanto para determinar el contenido de la prestación laboral pactada como para arbitrar los mecanismos necesarios para que ésta se cumpla¹.

Aún así, este poder de dirección², aunque amplio, no resulta ser absoluto, omnímodo o ilimitado. En efecto, aunque disponer de tal poder de dirección faculta al empleador a dar órdenes discrecionales, la discrecionalidad no debe entenderse como sinónimo de arbitrariedad. Más bien lo contrario. Para que tal potestad se ajuste a la legalidad vigente, el empresario deberá someterse en su ejercicio a los límites legales y convencionales existentes, de ahí que si bien el art. 20 E.T. impone al trabajador la obligación de realizar el trabajo convenido bajo la dirección de aquél o persona en quien delegue, el art. 5 c) del mismo cuerpo legal condiciona esa obediencia a que las órdenes del empleador sean adoptadas en el ejercicio regular del poder de dirección³.

Aún así, circunscribir la obediencia del trabajador a las órdenes que el empleador imponga en el ejercicio de sus facultades regulares de dirección, no le supone al primero la posibilidad de incumplir

¹ En el mismo sentido, por todos, ROMÁN DE LA TORRE, M^a D., *Poder de dirección y contrato de trabajo*. Grapheus. Valladolid, 1992. Págs. 343 y ss.; GARRIGUES GIMÉNEZ, A., “Deber de obediencia y despido por desobediencia”, en GARCÍA NINET, J. I. (Dir.), *Cuadernos de Jurisprudencia Laboral y de Seguridad Social*. nº12/2000. Págs. 11 y ss.

² Que, en un sentido amplio del término, está constituido por la potestad organizativa, disciplinaria y de control. Como ha puesto de manifiesto ROMÁN DE LA TORRE, M. D. -siguiendo la disyuntiva que ya planteara CRUZ VILLALÓN, J., en *Las modificaciones de la prestación de trabajo*. M.T.S.S. Madrid, 1983. Pág. 20- “el poder de dirección puede ser entendido en un sentido amplio del término, omnicomprensivo de las facultades empresariales en toda su extensión, o bien, desde un concepto más estricto de tal poder, siendo necesario entonces deslindarlo no sólo de aquellos otros relativos a la modalización de la prestación de trabajo, sino también de otros más diferenciados como son el de control y vigilancia o disciplinario”. (*Poder de dirección...*, cit., págs. 91 y ss.); Así, opera con un concepto de poder de dirección amplio, integrador de todas las facultades empresariales, ALONSO GARCÍA, M., *Curso de Derecho del Trabajo*. Ariel. Barcelona, 1985. Pág. 528; Con un concepto amplio pero ya sólo referido a la prestación de trabajo, incluyendo el “ius variandi”, MONTOYA MELGAR, A., *El poder de dirección del empresario*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1965. Págs. 140 y ss.; y “Poder del empresario y movilidad laboral”. R.E.D.T. nº38/1989. Pág. 139.

³ En el mismo sentido, CRUZ VILLALÓN, J., *Las modificaciones...*, cit., pág. 204; GARRIGUES GIMÉNEZ, A., “Deber de obediencia...”, cit., págs. 11 y ss.; y “Obediencia debida y desobediencia del trabajador: su tratamiento en la última jurisprudencia”. T.S. nº120/2000. Pág. 44; MONTOYA MELGAR, A., “El poder de dirección del empresario”. R.E.D.T. nº100/2000. Págs. 575 y ss.

aquellas órdenes que, por él entender ilícitas, considera que no pueden reputarse a priori ejercidas como tales. Es decir, que aunque la Ley obliga al trabajador a cumplir las órdenes empresariales que lícitamente éste le dé, ello no puede significar -o al menos no ha sido interpretado por la jurisprudencia en el sentido de permitir- que, las que a juicio del trabajador no lo sean, son susceptibles de ser directamente incumplidas por presuntamente ilegales.

El incumplimiento, para ser legítimo, se hace depender de que verdaderamente la orden empresarial exceda del ejercicio regular de los poderes de dirección. Lo cual, aunque aparentemente puede resultar lógico y normal, es algo que difícilmente podrá precisarse con seguridad en un primer momento. Y ello básicamente por dos motivos:

1º- De un lado, porque las órdenes empresariales presentan, en general, y desde antaño, una presunción de legalidad de difícil desvirtuación práctica⁴. Y en ese sentido, salvo en aquellos casos en los que la gravedad o peligrosidad de la orden sea tan extrema que devenga claramente inexigible, la desobediencia por parte del trabajador puede ser arriesgada por resultar susceptible de ser sancionada.

En efecto, en la medida en que ni el juicio de valor del empleador ni el del trabajador son en esta materia determinantes en sí mismos, la regularidad o no de la orden empresarial queda condicionada a lo que el juez “ad hoc” entienda con posterioridad⁵. Y, en ese sentido, es evidente que la situación en la que se encuentra el empleado que entiende irregular una orden empresarial resulta ser de total inseguridad. ¿Debe cumplirla a pesar de entenderla ejercitada irregularmente o puede desobedecerla? ¿Puede ser sancionado en caso de desobedecer una orden que él presumía ilegal y que en opinión del juez debe reputarse legal? ¿Y si aún la orden que el trabajador desobedece es irregular pero, según el juez, la irregularidad no es de tal intensidad como para justificar una desobediencia, podrá ser sancionado el trabajador en base a tal incumplimiento?

2º- De otro lado, y como segunda agravante del problema, es de destacar, aunque sea ampliando la idea anterior, que el casuismo que caracteriza esta materia no facilita la respuesta a las problemáticas cuestiones apuntadas. Es decir que, en verdad, no existe una regla legal y general que permita determinar cuando una orden empresarial ha sido o no ejercida en el regular ejercicio de su poder de dirección, sino que tal regularidad dependerá de lo que el juez “ad hoc” entienda ante las circunstancias “de facto” concurrentes. Si a ello se le une que tampoco ha existido al respecto una elaboración jurisprudencial homogénea, unitaria y coherente, se entenderá, si cabe con mayor claridad aún, porque he calificado de jurídicamente insegura la posición en la que se encuentra el trabajador en estos supuestos.

En cualquier caso, lo que sí resulta evidente es que no toda orden empresarial que se presume irregularmente ejercitada puede ser directamente incumplida, sino que tal posibilidad dependerá de la mayor o menor intensidad de “ius resistendae” que se le otorgue o reconozca al trabajador. O, lo que viene a ser lo mismo, de si el ordenamiento jurídico laboral reconoce la existencia de un “ius resistendae” por parte del trabajador, o si por el contrario, es el principio de “solve et repete” el que, como regla general, sigue vigente. Conviene, pues, detenerse en esta cuestión.

2.-LA POSICIÓN JURÍDICA DEL TRABAJADOR. ¿EL “IUS RESISTENDAE” O EL “SOLVE ET REPETE”?

2.1.- La delimitación de la posición del trabajador afectado por una orden presuntamente irregular ¿”ius resistendae” o “solve et repete”?

⁴ Dicha presunción no es exclusiva de nuestro ordenamiento jurídico, sino que también en el ordenamiento jurídico italiano existe. Un estudio sobre ello puede verse, entre otros, en BROLLO, M., *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento*. Giuffrè Editore, 1997. Pág. 279.

⁵ GARRIGUES GIMÉNEZ, A., “Deber de obediencia...”, cit., págs. 11 y ss.; MONTOYA MELGAR, A., “El poder de dirección...”, cit., pág. 588.

A pesar de que, como mencionaba con anterioridad, la Ley nada establece al respecto, el criterio judicial, que no doctrinal, que se ha seguido a la hora de analizar el tema que ahora nos concierne, cual es, la posible oposición del trabajador a una instrucción u orden empresarial que en su opinión vulnera la legalidad, ha sido tradicional y mayoritariamente el que bajo el principio de “solve et repete”, no solo presupone la legalidad de la orden empresarial, sino que además, obliga al trabajador a cumplirla. Sin perjuicio, claro está, de una posible y posterior reclamación por parte del trabajador que ya ha obedecido ante la jurisdicción competente⁶.

Las razones que básicamente se han ido esgrimiendo para justificar una teoría que evidencia, si cabe aún más, la distinta posición existente entre el empresario y el trabajador, pueden ser sistematizadas de la forma que a continuación se expone.

En primer lugar, fue la idea derivada del corporativismo y las doctrinas institucionales la que, al entender que el empleador es el sujeto definidor de los intereses comunes del empresario y trabajador, traducidos estos en un mayor logro de productividad, justificaba, según jurisprudencia precedente⁷, el sometimiento del trabajador a cualquier orden que aquél en el ejercicio de sus poderes directivos le pudiera dar⁸.

Ahora bien, en la medida en que el paso del tiempo ha supuesto que, entre otras cosas, tesis como ésta dejen de ser jurídicamente admisibles⁹, la teoría de un interés objetivo común ha ido convirtiéndose como fundamento del “solve et repete”, por otras dos argumentaciones más.

Desde la primera de estas tendencias interpretativas, parece justificarse la obligación de obedecer y luego reclamar, al entender, de una forma muy cuestionable, que como sujeto receptor de la orden empresarial, el trabajador no ostenta la suficiente legitimidad para entrar a valorar la regularidad de ésta, por muy fundado que su criterio personal pueda parecer.

Desde la segunda, por otra parte, es el mantenimiento del orden y la disciplina en la empresa la explicación que se suele dar. Según este último razonamiento, que podría ser tan o más discutible que el anterior, permitir que el trabajador pueda incumplir una orden empresarial sería tanto como paralizar la producción. Pudiendo ocasionar, como poco, un caos en la empresa¹⁰.

Pues bien, aunque seguramente es innecesario resaltar lo poco jurídicas que resultan ser muchas de las argumentaciones sobre las que se sustenta la teoría del “solve et repete”, me interesa destacar a modo de replica dos ideas.

En primer lugar, que los peligrosos efectos que un erróneo incumplimiento puede tener para el trabajador son, en sí mismos, motivo suficiente para entender que el desorden que podrían provocar en la empresa las desobediencias a las órdenes empresariales, no se va a producir¹¹; de hecho, el

⁶ En ese sentido interpreta la doctrina las soluciones jurisprudenciales. Cfr., entre otros, MONTOYA MELGAR, A., “El poder de dirección...”, cit., págs. 575 y ss.; CRUZ VILLALÓN, J., *Las modificaciones...*, cit., págs. 199 y ss.; ALÍA RAMOS, M. Y MONTANÉ MERINERO, M^a J., *Clasificación profesional y movilidad en el Trabajo*. Monografías Laborales CISS. Bilbao, 1995. Pág. 141; ROMÁN DE LA TORRE, M^a D., *Poder de dirección...*, cit., págs. 343 y ss.; GARRIGUES GIMÉNEZ, A., “Deber de obediencia...”, cit., págs. 11 y ss.; y “Obediencia debida y desobediencia...”, cit., pág. 44

⁷ Así, por todas, STS de 18 de noviembre de 1970, Ar./5139; SsTCT de 1 de marzo de 1978, Ar./1334 y de 28 de mayo de 1979, Ar./3514.

⁸ Véase este análisis en CRUZ VILLALÓN, J., *Las modificaciones...*, cit., pág. 203.

⁹ Un mayor estudio de ello, puede verse, entre otros, en CRUZ VILLALÓN, J., *Las modificaciones...*, cit., pág. 203; ROMÁN DE LA TORRE, M^a D., *Poder de dirección...*, cit., págs. 344 y ss.; GARRIGUES GIMÉNEZ, A., “Obediencia debida y desobediencia...”, cit., págs. 45 y ss.

¹⁰ Ver, en relación con estos dos razonamientos, SsTS de 19 de febrero de 1990, Ar./1111; de 28 de noviembre de 1989, Ar./9182; de 14 de octubre de 1988, Ar./3589; de 10 de mayo de 1988, Ar./7815; de 26 de abril de 1988, Ar./3027; de 3 de diciembre de 1987, Ar./8819; de 9 de julio de 1987, Ar./5125; de 27 de junio de 1984, Ar./3368 y de 26 de noviembre de 1977, Ar./4624.; STSJ de la Comunidad Valenciana de 8 de abril de 1998, Ar./ 1691.

¹¹ Piénsese que, como con anterioridad se ha expuesto, incumplir una orden por entenderla irregular, cuando, con posterioridad y en opinión del juez, no lo es, le puede llegar a suponer al trabajador, si su conducta es considerada grave y culpable, la pérdida del empleo.

autocontrol al que va a someterse el trabajador, presumiblemente y en la medida en que está en juego nada más y nada menos que su propio empleo, no parece que vaya a ser, desde luego, desdeñable.

En ese sentido, creo que resulta más que evidente el porqué la segunda de las tesis expuestas en defensa de la aplicación del principio “solve et repete” en esta materia no encuentra una sólida fundamentación real. Sin embargo, lo cierto es que, según creo, tampoco son de menor índole los errores de hecho sobre los que parece fundamentarse la primera argumentación.

En efecto, defender el “solve et repete” por entender que el trabajador no ostenta criterio suficiente para saber si una orden empresarial es ejercida de forma regular o no, me parece calificable, como poco, de sorprendente, máxime teniendo en cuenta que es ese mismo trabajador es el que debe apreciar la manifiesta irregularidad que en casos extremos le va a permitir desobedecer¹².

Sea como fuere, lo cierto es que el “solve et repete”, como principio que, desde siempre han mantenido los tribunales¹³ y que en general siguen manteniendo¹⁴, ha ido, poco a poco y con el paso del tiempo, matizándose¹⁵.

Así, a la interpretación generalizada que, bajo la vigencia de la L.C.T. de 1944 se realizaba de este principio, y según el cual y por los motivos expuestos, únicamente las órdenes que suponían una ilegalidad o peligrosidad manifiesta justificaban el incumplimiento de una orden empresarial, se le han ido añadiendo tantas excepciones, sobre todo de origen doctrinal, que incluso en la actualidad no parece irrazonable apreciar una posible coexistencia, al menos en el plano teórico, de este principio judicial con un débil reconocimiento del “ius resistentiae” a favor del trabajador¹⁶.

Cabe hablar de coexistencia teórica porque, si bien, tras las múltiples críticas doctrinales que este tema ha merecido, el T.S. no recurre ya de forma expresa al aludido principio del “solve et repete” para fundamentar los incumplimientos laborales de los trabajadores, los TSJ lo siguen haciendo¹⁷. No obstante, incluso en el caso de que no lo hicieran, es decir, incluso en el caso de que estos últimos tribunales no lo mencionaran expresamente, lo cierto es que, en la práctica, la solución que dan al problema se basa en el citado principio.

En cualquier caso, lo casuístico del tema convierte en arriesgada cualquier generalización en esta materia. Pero, aun y con ello, en líneas generales, el criterio que prima en la práctica puede sistematizarse, con independencia de la expresa mención o no al principio “solve et repete”, en el genérico rechazo tanto a la obediencia absoluta e ilimitada del trabajador a cualquier tipo de ordenación empresarial, como a la desobediencia ante todo tipo de desviación jurídica (o sospecha de desviación) de la orden empresarial¹⁸. Es decir, que la regla general sigue siendo la de la obediencia y

¹² En el mismo sentido, por todos, CRUZ VILLALÓN, J., *Las modificaciones...*, cit., pág. 203; ROMÁN DE LA TORRE, M^a D., *Poder de dirección...*, cit., págs. 354 y 355.

¹³ A pesar de que la construcción del “solve et repete” fue invocada por primera vez en la época republicana, fue bajo la vigencia de la L.C.T. de 1944 cuando se generalizó. Un mayor estudio sobre ello puede, por lo demás, verse en MONTOYA MELGAR, A., “El poder de dirección...”, cit., págs. 587 y ss.

¹⁴ Como sentencias que defienden todavía con contundencia la plena vigencia del principio “solve et repete”, son de resaltar, entre otras y junto a las que se mencionarán (*ver supra*, nota 18) SsTSJ de Castilla y León (Valladolid) de 2 de octubre de 1998, Ar./4484; de Extremadura de 9 de febrero de 1998, Ar./5152; de Madrid de 18 de diciembre de 1997, Ar./4589; de Andalucía (Málaga) de 11 de abril de 1997, Ar./1619; de Cataluña de 5 de noviembre de 1996, Ar./4091; Baleares de 17 de julio de 1996, Ar./3165; de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 28 de octubre de 1994, Ar./3987; de Andalucía (Sevilla) de 21 de febrero de 1992, Ar./1096, y la de Andalucía (Granada) de 27 de abril de 1992, Ar./2197; Asimismo, ver, Sentencia del Juzgado de lo Social de 21 de junio del 2000, Ar./2673

¹⁵ Un amplio estudio sobre esta evolución puede verse en ROMÁN DE LA TORRE, M^a D., *Poder de dirección...*, cit., págs. 356 y ss. Por lo demás, y entre las sentencias que defienden un mayor “ius resistentiae” al trabajador, pueden verse, por todas, las SsTSJ de la Comunidad Valenciana de 8 de mayo de 1998, Ar./2236; de Extremadura de 16 de enero de 1997, Ar./592; de Castilla y León (Burgos) de 24 de mayo de 1995, Ar./2029.

¹⁶ En el mismo sentido, MONTOYA MELGAR, A., “El poder de dirección...”, cit., pág. 589.

¹⁷ Ver, entre otras, SsTSJ de la Comunidad Valenciana de 3 de mayo del 2002, Ar./106; de Cataluña de 28 de noviembre del 2000, Ar./3782; de Cantabria de 31 de octubre del 2000, Ar./4058; de Madrid de 20 de junio del 2000, Ar./5754; de las Palmas de Gran Canaria de 31 de marzo del 2000, Ar./3004; de Asturias de 18 de febrero del 2000, Ar./2807; de Galicia de 19 de abril de 1994, Ar./1770.

¹⁸ En el mismo sentido, MONTOYA MELGAR, A., “El poder de dirección...”, cit., pág. 589.

posterior reclamación por parte del trabajador a la orden o instrucción que, en su opinión, no ha sido ejercida dentro de las facultades regulares de dirección del empleador¹⁹. Aunque permitiéndosele desobedecer, y por ende, ejercer lícitamente un “ius resistentiae”, en aquellos casos en los que la orden empresarial, bien presente una manifiesta arbitrariedad o abuso de derecho, bien sea gravemente discriminatoria, contraria a la buena fe, a la dignidad de los trabajadores, o a la seguridad en el trabajo²⁰.

Ahora bien, aunque son justamente y desde el plano teórico, estas posibles causas de desobediencia las que han permitido apreciar un débil nacimiento o reconocimiento del “ius resistentiae” del trabajador²¹, entiendo adecuado matizar que la rigidez con la que habitualmente en la práctica se aprecia la concurrencia de estas causas, o dicho en otras palabras, la gravedad con la que estas condiciones tienen que darse para que el ejercicio del “ius resistentiae” se considere por los tribunales ajustado a la legalidad, tiene como consecuencia más inmediata el que, todavía hoy, el principio de “solve et repete” siga siendo, aunque de forma más encubierta que en épocas precedentes, la regla de aplicación general.

2.2.- Las excepciones legales al principio de “solve et repete”

Como mencionaba, el “ius resistentiae” o “derecho de desobediencia” del trabajador no se encuentra reconocido como regla de carácter general, sino cómo excepción. En la medida en que la orden empresarial goza de una presunción *iuris tantum* de legitimidad, y que, además, la dependencia y subordinación constituyen rasgos delimitadores de la relación laboral, la regla imperante ante una presunta orden empresarial irregular es la de obedecer y luego reclamar.

Aún así, y como también mencionaba, esta regla general admite alguna que otra excepción. En ese sentido, conviene resaltar que a los ya mencionados supuestos de “ius resistentiae” aceptados por la jurisprudencia²², deben yuxtaponerse otros dos, que además son de carácter legal.

En efecto, aunque no es lo habitual en nuestro ordenamiento jurídico, tanto el art. 12 E.T. como el artículo 21.1.b) L.P.R.L. expresamente contemplan la posibilidad de que el trabajador pueda oponerse a una orden empresarial.

En concreto, y por lo que se refiere al art. 12 E.T., el supuesto de hecho es claro: el trabajador podrá negarse a la conversión de su trabajo a tiempo completo en un trabajo a tiempo parcial, y a la inversa; y además, según el propio precepto legal, sin sufrir sanción alguna. Asimismo, y en los mismos términos, el trabajador se encuentra legalmente legitimado para negarse a la realización de las horas complementarias pactadas, de no cumplir el pacto que así lo estableciese con todos los requisitos legales.

Las circunstancias en las que está reconocido este “ius resistentiae”, por lo tanto, parecen claras. Es más, seguramente son las menos casuísticas de todos los supuestos en los que se acepta la desobediencia. Aún así, los términos de su ejercicio no siempre resultarán tan evidentes. Es decir,

¹⁹ De hecho así se contempla de forma expresa en el art. 41.3 E.T. para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Según dicho precepto, “sin perjuicio de la ejecutividad de la modificación en el plazo de efectividad anteriormente citado, el trabajador que no habiendo optado por la rescisión de su contrato se muestre disconforme con la decisión empresarial podrá impugnarla ante la jurisdicción competente.”

²⁰ Ver, entre otras, SsTS de 19 de febrero de 1990, Ar./1111; de 28 de noviembre de 1989, Ar./9182; STSJ de Castilla y León (Burgos) de 29 de diciembre de 1997, Ar./4989; de Andalucía (Málaga) de 7 de junio de 1996, Ar./1759; de la Comunidad Valenciana de 29 de mayo 1996, Ar./1615; de la Rioja de 16 de mayo de 1996, Ar./1499; de Canarias (Las Palmas) de 26 de marzo de 1996, Ar./238. Un amplio estudio sobre los derechos de los trabajadores como fundamento operativo de un “ius resistentiae” frente a las órdenes empresariales puede verse en GARRIGUES GIMÉNEZ, A., “Obediencia debida y desobediencia...”, cit., págs. 46 y ss.

²¹ Ver, por todas, SsTSJ de la Comunidad Valenciana de 8 de mayo de 1998, Ar./ 2236; de Cataluña de 20 de noviembre de 1997, Ar./ 3941; de Andalucía (Sevilla) de 12 de febrero de 1996, Ar./ 1120; de Asturias de 22 de diciembre de 1995, Ar./ 4598

²² Básicamente concretables en la desobediencia sin sanción por parte del trabajador ante órdenes empresariales manifiestamente arbitrarias, constitutivas de abuso de derecho, gravemente discriminatorias, y contrarias a la buena fe, a la dignidad de los trabajadores, o a la seguridad en el trabajo (véase, *infra*, nota 21).

que aunque resulta indudable que con la “ley en la mano” la negativa del trabajador no resulta sancionable en estos supuestos, creo que a nadie se le escapa lo fácil que le puede resultar al empleador sancionar fraudulentamente al trabajador que le desobedezca. Alegando otras causas, y ocultando los verdaderos motivos, pero, aun así, imponiendo una sanción.

Ahora bien, en el caso de que ello llegara a suceder, la actuación empresarial devendría constitutiva de fraude de ley o abuso de derecho y, en consecuencia, susceptible de ser sancionable con la nulidad. Lo problemático, no obstante, resulta ser la prueba de los intereses profesionales, sobre todo teniendo en cuenta que los únicos testigos serán, muchas veces, los compañeros del trabajador afectado y ante la precariedad de nuestro mercado laboral no es difícil imaginar la dificultad para conseguir que estos declaren en juicio.

Con todo, la relevancia del precepto legal no es desdeñable, habida cuenta que es la propia normativa la que contempla con claridad un caso de “desobediencia legal”.

Evidentemente, esta “desobediencia legal” también se encuentra prevista en el otro precepto mencionado. No obstante, los términos de su reconocimiento resultan ser más indeterminados o susceptibles de valoración. En efecto, ex. art. 21.2 L.P.R.L. el trabajador podrá interrumpir su actividad y, si fuera necesario, abandonar de inmediato el lugar de trabajo cuando considere que “dicha actividad entraña un riesgo grave e inminente para su vida o su salud”.

Aunque, como digo, el reconocimiento se realiza en términos casuísticos puesto que la determinación de la existencia de un riesgo *grave e inminente* dependerá de las circunstancias concurrentes, la trascendencia de este reconocimiento legal tampoco resulta irrelevante. De hecho, a la vista de la redacción legal creo que puede defenderse que siempre que el trabajador, dentro de la razonabilidad, entienda que el cumplimiento una determinada orden empresarial puede menoscabar su integridad física o su salud o, simplemente, ponerla en una situación de verdadero riesgo, se encuentra legitimado para desobedecerla. Y, además, para desobedecerla sin ser sancionado, aun y cuando el presunto riesgo no llegará a ser tal.

Dicho en otros términos, al respecto de este supuesto, y a menos que concurriese mala fe por parte del trabajador o en su conducta fuese apreciable una negligencia grave, el error del trabajador en la apreciación del riesgo no parece darle al empleador derecho a sancionarle. Al menos, esto es lo que se deduce del 21.4 L.P.R.L. que indica, al respecto, que los “trabajadores o sus representantes no podrán sufrir perjuicio alguno derivado de la adopción de las medidas a que se refieren los apartados anteriores a menos que hubieran obrado de mala fe o cometido negligencia grave”.

La importancia del art. 21.1.b) L.P.R.L., por ende, radica fundamentalmente en dos hechos: de un lado, en que lo que parece justificar el incumplimiento del trabajador no es tanto la existencia objetiva del riesgo como la creencia del trabajador de que este riesgo existe; de otro, en que un error en tal valoración no parece susceptible de sanción de no concurrir negligencia grave o mala fe.

Es claro, por lo tanto, que cuando lo que puede estar en peligro es la salud del trabajador, el legislador da mayor cobertura jurídica al incumplimiento de la orden empresarial que presumiblemente puede originar tal conducta de riesgo. Evidentemente, la oposición o desobediencia del trabajador deberá ajustarse a los parámetros de la proporcionalidad y la razonabilidad, pero siempre que de acuerdo con los mismos resulte posible deducir que el cumplimiento de una determinada orden empresarial puede originar cierto riesgo para la salud o seguridad del trabajador, la desobediencia basada en esta creencia de riesgo no resultara sancionable. Siendo irrelevante, a tal efecto, que *a la fine* tal riesgo exista verdaderamente o no, así como la mayor o menor intensidad con la que éste se manifieste.

Por todo ello, y como conclusión de lo expuesto hasta el momento, es de resaltar lo siguiente: 1º) A pesar que de la interpretación sistemática del art. 5.c. E.T. y del art. 20 E.T. se desprende que el

trabajador solamente resulta obligado a cumplir las órdenes empresariales emanadas del regular ejercicio del poder de dirección, la presunción de legitimidad de la orden empresarial implica que no toda orden que el trabajador presume irregular puede ser legalmente desobedecida; 2º) A efectos de evitar una sanción disciplinaria, el trabajador, de una forma que resulta más que discutible desde el punto de vista de la legalidad y la seguridad jurídica, se verá obligado la mayoría de las veces a cumplir con una orden que presume ilegal; siendo, en consecuencia, su único “instrumento de defensa” la posterior impugnación ante los tribunales; 3º) El principio “solve et repete” es, pues, la regla general; el derecho al “ius resistendae”, la excepción; 4º) Aún así, junto a las excepciones jurisprudenciales al principio “solve et repete”, el ordenamiento jurídico laboral reconoce en dos ocasiones más la desobediencia no sancionable al trabajador: en primer lugar, en el art. 12 E.T.; en segundo lugar, en el 21.2. L.P.R.L.; 5º) La relevancia de estos supuestos legales, sobre todo del segundo, es evidente. De hecho, y dejando al margen lo positivo que resulta que sea el propio legislador el que “tome cartas en el asunto” y se pronuncie al respecto de cuando una orden empresarial puede ser incumplida, lo trascendente de la cuestión radica, sobre todo, en el hecho de ser la propia norma la encargada de establecer que en materia de seguridad y salud en el trabajo basta la creencia de la existencia de un riesgo para que sea posible la “legal desobediencia” y que, además, el error en la apreciación de la causa que justifica la desobediencia no da derecho a sanción, a menos, evidentemente, que concurra mala fe o negligencia grave por parte del trabajador incumplidor; 6º) Ahora bien, que esto último rijan en materia de seguridad en el trabajo no significa que, por el momento, sea extrapolable al resto de supuestos. Aunque a mi juicio, y como más adelante expondré, no estaría de más que así fuera, en la doctrina jurisprudencial actual un “fallo” o “error” del trabajador en la apreciación de la irregularidad que teóricamente debiera darle derecho a desobedecer, puede generarle desde una sanción disciplinaria hasta el despido. Detengámonos, pues, en esto último.

3.- LA DESOBEDIENCIA DE LA ORDEN EMPRESARIAL. REQUISITOS DETERMINANTES DE LA SANCIÓN

Como vengo diciendo a lo largo del trabajo, la complejidad que de por sí ya presenta esta materia se complica, si cabe aún más, al contemplar los efectos disciplinarios, precisamente, ante la inexistencia de una norma que de respuesta general a los diversos supuestos que pueden plantearse

Cierto es que el art. 54.2.b. E.T. y el art. 58 E.T., establecen la posibilidad de que el incumplimiento del deber de obediencia sea causa de despido disciplinario, según el primero de los preceptos apuntados, o de sanción disciplinaria menor, según el segundo. Aún así, el deber de obediencia queda condicionado ex. art. 5.c) E.T. a la regularidad de las órdenes empresariales. De ahí que, a priori, no debiera ser sancionable la desobediencia de una orden no regular.

No obstante, recuérdese que, como mencionaba también, la regularidad de la orden se determina “ex post” por el juzgador, no siendo a estos efectos determinante ni la opinión del empleador, ni tampoco la del trabajador. Es decir: el trabajador sólo está obligado a cumplir las órdenes emanadas del ejercicio regular del poder de dirección del empleador; no obstante, y a pesar de que no existe precepto legal alguno que, más allá de los dos mencionados, le permita precisar cuando una orden es o no regular, que sólo deba obedecer las “órdenes regularmente ejercidas” no significa que pueda desobedecer las que él presume irregulares, pues si al final resulta que el juez no coincide con su apreciación y, en consecuencia, lo que el trabajador ha entendido como irregular se califica judicialmente de regular, la actitud de desobediencia del trabajador podrá ser objeto de sanción disciplinaria, incluso de despido disciplinario.

Este es el principal problema: la falta de seguridad jurídica en lo que atañe a la valoración de la regularidad o no de la orden empresarial. Su consecuencia práctica: el trabajador puede ser sancionado ante una desobediencia justificada en una errónea apreciación de la irregularidad de la ordenada por el empleador. Veamos pues, al menos, cuales son los requisitos que generalmente los tribunales utilizan a la hora de determinar si el incumplimiento de la orden empresarial por parte del

trabajador es o no susceptible de ser sancionada con el despido.

Pues bien, los efectos de la desobediencia del trabajador dependerán de la concurrencia de dos circunstancias: 1º) de un lado, de la legalidad de la orden empresarial; 2º) de otro, de la propia conducta del trabajador y, más en concreto, de la gravedad o culpabilidad apreciable en su actuación²³.

3.1.- La legalidad de la orden empresarial

Cómo ya expuse, existen ciertas conductas empresariales que, según la jurisprudencia, justifican la desobediencia del trabajador. O, lo que viene a ser lo mismo, que quedan fuera de la presunción *iuris tantum* de legalidad de la orden empresarial.

Presumiendo que quien da la orden está legitimado para darla, aquellas que parecen justificar la desobediencia del trabajador son básicamente reconducibles a los siguientes supuestos:

- a) órdenes atentatorias a la dignidad del trabajador, referidas a la vida privada del trabajador²⁴ o atentatorias a la intimidad, a la propia imagen²⁵ o a cualquiera de sus derechos fundamentales.
- b) órdenes empresariales no relacionadas con el trabajo²⁶
- c) órdenes empresariales manifiestamente abusivas²⁷
- d) órdenes ilegales²⁸ o manifiestamente atentatorias al Código Penal
- e) evidentemente, y como ya se ha expuesto, también dan derecho a un legítimo “*ius resistentiae*” las que pueden afectar a la seguridad y salud del trabajador (art. 21.2 L.P.R.L.) de compañeros o de terceros(.....)²⁹; aquellas que tienen por objeto la conversión de una jornada a tiempo completo en una a tiempo parcial o a la inversa (art. 12. 4.e) E.T.); y aquellas que exigen el cumplimiento de las horas complementarias pactadas cuando tal pacto no cumpla con los requisitos legales (art. 12.5.h) E.T.)

3.2.- La conducta del propio trabajador afectado

Suponiendo que la conducta u orden empresarial no es incardinable en ninguno de los supuestos anteriores, sino que, por el contrario, se ajusta a la regularidad que le exige la legislación vigente (art. 5.c. E.T.), su desobediencia tampoco dará siempre lugar al despido disciplinario del trabajador.

De hecho, según los tribunales, para que una desobediencia sea sancionable con el despido disciplinario deben concurrir tres requisitos:

- a) en primer lugar, no debe existir causa o justificación al respecto de tal desobediencia³⁰.
- b) en segundo lugar, el incumplimiento debe ser grave, entendiéndose como tal gravedad, aquella voluntad manifiesta de enfrentarse al empresario³¹
- c) y, en tercer lugar, debe concurrir en el trabajador el requisito de la culpabilidad, entendida producida “cuando las consecuencias de la conducta desobediente son imputables al propio

²³ Al respecto puede verse, entre otros, ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUIZ, L.M., LÓPEZ GANDÍA, J. Y SALA FRANCO, T., *Derecho del Trabajo (II)*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2001. Págs. 469 y ss.; AA.VV., (Dir: SALA FRANCO, T.) *Relaciones Laborales 2002*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2002. Págs. 559 y ss.

²⁴ Por todas, STSJ de Cataluña de 6 de noviembre de 2001, Ar./725/2002

²⁵ Ver, STC de 11 de abril de 1994, Ar./99

²⁶ STS de 25 de mayo de 1987, Ar./ 3872

²⁷ STS de 26 de junio de 1990, Ar. /5543

²⁸ Véase, así, STS de 16 de marzo de 1991, Ar./ 1864; STSJ de Navarra de 30 de junio de 1995, Ar./ 2274

²⁹ Ver, al respecto, SsTS de 17 de diciembre de 1990, Ar./ 9799; de 15 de marzo de 1991, Ar./ 1859; STSJ de Cantabria de 17 de agosto del 2000, Ar./3145

³⁰ Por todas, STS de 9 de julio de 1987, Ar./ 4312

³¹ Por todas, STS de 28 de mayo de 1990, Ar./4508

trabajador ya sea en virtud de dolo o de negligencia”³².

De no cumplirse todas o alguna de estas circunstancias, la actuación del trabajador desobedeciendo una orden regular del empleador, e incluso desobedeciendo una orden irregular que en opinión del tribunal debiera haber obedecido en base al principio “solve et repete”, podrá ser igualmente objeto de sanción, mas ésta será de grado inferior al despido disciplinario³³. A tal efecto, los tribunales vienen aplicando lo que se ha denominado como “teoría gradualista” y, en base a ésta, determinan la concreta sanción a imponer según concurren o no junto a ya mencionados requisitos algunas de las siguientes circunstancias: antigüedad del trabajador en la empresa, es decir, el mayor o menor periodo de tiempo en el que el trabajador ha estado prestando sus servicios en la empresa; perjuicio económico sufrido por la empresa ante el incumplimiento del trabajador³⁴; existencia o inexistencia de otras sanciones anteriores por el mismo hecho, o por otro similar, etc³⁵.

4.- A MODO DE CONCLUSIÓN: UNA PROPUESTA PARA EL FUTURO

Con lo expuesto se ha pretendido dar una visión acerca del panorama jurídico existente en torno al deber de obediencia del trabajador. Con todo, y a modo de conclusión, cabe realizar una apreciación más.

Creo que lo expuesto da buena cuenta de la inseguridad jurídica existente por parte del trabajador al respecto de este tema y de lo dificultoso que a éste le resulta el ejercicio de sus derechos. La Ley le obliga a obedecer de forma expresa únicamente aquellas órdenes empresariales ejercidas en el regular ejercicio del poder de dirección del empleador; no obstante, la realidad del ordenamiento jurídico laboral parece obligarle a cumplirlas todas. De hecho, son tres los factores que convierten en arriesgado el ejercicio del “ius resistentiae” por parte de cualquier trabajador:

1º) en primer lugar, la ausencia de un verdadero criterio delimitador de la regularidad de la orden empresarial;

2º) en segundo lugar, que en la práctica los tribunales sean más favorables a la aplicación del “solve et repete” que al “ius resistentiae”;

3º) en tercer lugar, el posible despido disciplinario con el que puede ser sancionado por desobedecer “erróneamente” una orden empresarial regular o una irregular que, a pesar de serlo, no lo es, a juicio del juez, de tal relevancia como para justificar su desobediencia.

Evidentemente, y como ya he dicho, los razonamientos que se han dado y que se continúan dando para defender el “solve et repete” me parecen poco jurídicos y escasamente razonables. Y aunque tampoco creo que la solución radique en convertir en regla general el reconocimiento del “ius resistentiae”, sí que creo que la seguridad jurídica se vería beneficiada con una adecuada articulación legal de su ejercicio. Es decir, que a mi juicio la solución a la problemática no debe necesariamente pasar por la configuración de un derecho a desobedecer de fuerte intensidad, pero sí por una

³² Véase, en ese sentido, SsTSJ de Madrid de 10 de enero del 2002, Ar./950; de Cataluña de 10 de diciembre de 2001, Ar./ 683/ 2002; de Aragón de 22 de noviembre de 2001, Ar./ 4594; Galicia de 7 de febrero del 2000, Ar./ 5035; de Canarias (Las Palmas) de 31 de marzo, de 2000, Ar./ 3004; de Madrid, de 20 de junio del 2000, Ar./ 5754; de Cantabria de 31 de octubre de 2000, Ar./ 4058; de Cataluña de 28 de noviembre de 2000, Ar./ 3782.

³³ SsTSJ de Cataluña de 12 de diciembre del 2001, Ar./ 751/2002; de Cataluña de 13 de noviembre de 2001, Ar./ 130/2002; de Andalucía (Granada) de 2 de noviembre de 2001, Ar./ 166/2002; de Madrid de 10 de julio del 2001, Ar./ 3724; de Castilla y León (Valladolid) de 10 de octubre del 2000, Ar./ 4611; de Castilla y León (Valladolid) de 14 de abril del 2000, Ar./ 2039; de Castilla y León (Burgos) de 24 de mayo de 1995, Ar./ 2029.

³⁴ Se trata, en verdad, de que exista una proporcionalidad y adecuación entre el hecho, la persona y la sanción. Véase, entre otras, SsTS de 15 de octubre de 1990, Ar./ 7685; de 23 de enero de 1991, Ar./ 172; de 20 de febrero de 1991, Ar./ 854; de 2 de abril de 1992, Ar./ 2590; SsTSJ de Cataluña de 12 de diciembre del 2001, Ar./ 751/2002; de Navarra de 20 de noviembre de 2001, Ar./ 4525; de Madrid de 28 de noviembre de 2000, Ar./ 359; de Asturias de 18 de febrero del 2000, Ar./ 2807; del Juzgado de lo Social de Girona (Cataluña) de 24 de enero del 2002, Ar./ 312.

³⁵ Véase, STSJ de la Comunidad Valenciana de 3 de mayo del 2002, Ar./106; de Murcia de 7 de febrero del 2002, Ar./912

adecuada articulación de su contenido. Sobre todo teniendo en cuenta que muchas de las problemáticas que se plantean en relación con esta temática se solucionarían si, disponiendo de una más clara definición legal al respecto de cuando una orden puede o no reputarse regular, se le reconociese al trabajador la posibilidad de oponerse a las que según tal “normativa de base”, no resultasen susceptibles de considerarse como tales. Y, por ende, en los supuestos en los que realmente la orden del empresario no se ajustase a la legalidad vigente, el trabajador podría disponer de mayor margen de oposición de la que con posterioridad y, cuando ya ha cumplido, le otorgan los tribunales. Máxime porque el largo lapso temporal existente entre que se impugna la orden empresarial y el tribunal resuelve puede conllevar, como parece ser, a que únicamente en los casos de irregularidad manifiesta o grave, el trabajador que ha obedecido se decida a reclamar.

En ese sentido, y aunque seguramente la mejor opción sería que desde la Ley se estableciera un precepto similar al art. 21 L.P.R.L. en el sentido de prever con carácter general cuando el trabajador puede lícitamente oponerse a una orden empresarial, mientras esto no sea así, me parece razonable proponer la aplicación analógica, por parte de los tribunales, del mencionado precepto. De tal suerte, que en aquellos casos en los que existiendo indicios de que la desobediencia del trabajador no se debe a su irresponsabilidad, negligencia o mala fe, éste pudiese lícitamente incumplir una orden previsiblemente irregular sin ser sancionado por tal oposición. Deviniendo imperativo, a tal efecto, una interpretación menos rígida de la que se sigue en la actualidad en el análisis de los requisitos que debe cumplir una orden empresarial para poder ser objeto de una desobediencia aceptada o aceptable para los tribunales.

No pretendo reivindicar una desobediencia basada en la mera arbitrariedad del trabajador, ni mucho menos. Pero sí quiero apelar a la razonabilidad en aras a configurar una verdadera doctrina sobre el deber de obediencia del trabajador y, sobre todo, reclamar una mayor cobertura legal para aquellos incumplimientos que, en el plano social aparecen como justificados.

Obviamente, e insisto en ello, la previsión legal expresa de los supuestos de posible desobediencia del trabajador sería la solución más segura y, por ello, la mejor. Aún así, y a falta de su existencia, tal vez debería plantearse la aplicación analógica de lo previsto en el art. 21 L.P.R.L. por parte de nuestros tribunales.