

# Los trabajadores ante el riesgo laboral: más allá del derecho de resistencia\*

## Workers' and occupational hazards: beyond the right to refuse dangerous work

Ana Isabel García Salas

*Profesora Contratada Doctor (Acreditada a Titular de Universidad)*

*Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID ID: 0000-0001-7160-5005

Recibido: 3/12/2020

Aceptado: 28/12/2021

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6049>

*Resumen:* De un estudio integral de la normativa de prevención de riesgos laborales, puede colegirse que, cuando los trabajadores se enfrentan a riesgos en el trabajo, generalmente por un incumplimiento empresarial, se encuentran no solo ante el derecho sino también ante el deber de protegerse. Las implicaciones jurídicas que esta posición, también deudora, conlleva deben ser analizadas con detalle, e integrando la labor tuitiva del Derecho del Trabajo con la protección eficaz de los trabajadores en materia de seguridad y salud laboral.

*Palabras clave:* riesgo laboral, grave e inminente, derecho de resistencia, obligaciones preventivas.

*Abstract:* A thorough study of the law on the prevention of occupational risks allows us to conclude that when workers face an imminent threat to their health or safety, usually as a result of the employer breach of its obligations, they have not only the right but also the duty to protect themselves. The legal consequences of this holding are analyzed in detail by merging the protective side of labour law and the effective protection of workers in the realm of occupational safety and health.

*Keywords:* occupational risk, serious and imminent risk, right to refuse work, preventive duties.

*El derecho y el deber son como las palmeras:  
no dan fruto si no crecen uno al lado del otro*

LAMENNAIS

---

\* El presente estudio ha sido elaborado en el marco del Proyecto I+D+I “Cambio tecnológico y transformación en las fuentes laborales: Ley y Convenio Colectivo ante la disrupción digital” (Ref. RTI2018-094547-B-C21, Código: 2019/00376/001). Instituto Universitario de Derecho y Economía (IUDEC) – UC3M. IP: Jesús R. Mercader Uguina.

## 1. Planteamiento

En estos tiempos, el riesgo de contraer la enfermedad conocida como Covid-19 en cualquier ámbito de nuestra vida, incluido el laboral, ha devuelto un gran protagonismo a la Prevención de Riesgos Laborales, del que probablemente no disfrutaba desde la aparición de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre (LPRL), y del periodo posterior de encaje de la nueva normativa en nuestro Derecho y en el sistema empresarial. La complejidad de las situaciones generadas por esta pandemia nos ha llevado, no solo a la aprobación de una normativa urgente *ad hoc*, sino también a la búsqueda de respuestas en el ordenamiento jurídico ya existente.

Una de las interrogantes planteadas en los albores de esta crisis, ante el desabastecimiento de equipos de protección frente al virus, giró en torno a si los trabajadores que permanecían en sus puestos de trabajo podrían haber ejercido algún derecho de resistencia para proteger su vida y su salud<sup>1</sup>. El debate surgido nos obligó a visitar instituciones clásicas de nuestro Derecho de la Prevención de Riesgos<sup>2</sup>, y pudimos comprobar que continuaban siendo de enorme utilidad ante los nuevos retos y situaciones planteados. Pero al tiempo, reconocemos que estos cambios tan drásticos nos fuerzan a revisar algunas tesis ya consolidadas<sup>3</sup>. Con este objetivo, examinamos ahora algunos de los aspectos más farragosos del análisis jurídico de casos reales en los que los trabajadores han de enfrentarse a un riesgo laboral.

Y podemos empezar con el adelanto de una de las cuestiones más peliagudas. Cuando hablamos del derecho de resistencia de los trabajadores (reconocido en el art. 21 LPRL) ante un riesgo laboral grave e inminente (definido en el art. 4.4 LPRL), los tribunales insisten en que se trata de un derecho, no de un deber<sup>4</sup>. La facultad de ejercerlo, o no, correspondería, por tanto, al titular del mismo; de tal manera que si, originado el riesgo grave e inminente, el trabajador decidiera no abandonar el lugar de trabajo -o los representantes legales de los trabajadores, en su caso, no acordaran una paralización inmediata de la actividad-, su permanencia en el puesto no debería tener consecuencias jurídicas para ninguno de ellos.

Sin embargo, no podemos conformarnos con una conclusión tan elemental, especialmente cuando de prevención de riesgos laborales se trata. Por poner un ejemplo, es un hecho que las facultades disciplinarias del empresario, potestativas ante los incumplimientos de sus trabajadores y ante las faltas laborales<sup>5</sup>, se transforman en un auténtico deber jurídico (en nuestro caso, el de *adoptar cuantas medidas sean necesarias*, según el art. 14.2 LPRL)<sup>6</sup>, desde el momento en que la actuación empresarial -o la de los delegados del poder de dirección *ex art. 20.1 ET*- puede impedir que un trabajador se ponga en riesgo o ponga en riesgo a terceros (el denominado “derecho-deber de corrección”<sup>7</sup>). Por todos es entendido que no puede ser lo mismo tolerar que los trabajadores

<sup>1</sup> GARCÍA SALAS, A.I., “¿Tienen derecho de resistencia los trabajadores que continúan en sus puestos ante la epidemia de coronavirus?”, Blog El Foro de Labos, 21/3/2020. <https://forodelabos.blogspot.com/2020/03/tienen-derecho-de-resistencia-los.html>

<sup>2</sup> GARCÍA SALAS, A.I. e IGLESIAS MARTÍNEZ, V., “La prevención de riesgos laborales ante la situación de pandemia provocada por el Covid-19”, en *Impacto del Covid-19 en materia laboral y de Seguridad Social*, Francis Lefebvre, 2020, pp.109 y ss.

<sup>3</sup> Muy recomendable MERCADER UGUINA, J.R., “El sistema de responsabilidad empresarial por el accidente de trabajo: un modelo en transición”, en *Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria*, Tomo I, AESSS, Laborum, 2020, pp.571 y ss.

<sup>4</sup> Por ejemplo, la STSJ de Islas Canarias, de 27 de octubre de 2016 (Rº. 693/2016).

<sup>5</sup> Ya manifestaba el profesor MONTOYA MELGAR, A. (*Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2008, p. 366) que: “El carácter irrenunciable que caracteriza al poder disciplinario recogido en el art. 58 ET, en tanto su atribución forma parte del orden público laboral, no empece para la eventual renuncia o dejación de su ejercicio, que operaría como una condonación de la falta del trabajador”.

<sup>6</sup> Como afirmaba también 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”, *Temas Laborales*, nº50, 1999, p.170. Ver asimismo las SsTS (Cont-advº) de 23 de febrero de 1994 (Ar. 2225), 17 de mayo de 1995 (Ar. 4145), 10 de mayo de 1996 (Ar. 4116), 2 de julio de 1996 (Ar. 5605), 18 de febrero de 1997 (Ar. 1182) y 27 de marzo de 1998 (Ar. 2869).

<sup>7</sup> PENDÁS DÍAZ, B., “Los cuatro deberes básicos del deber de seguridad e higiene en el trabajo”, *Actualidad Laboral*, nº26, 1986, pp.1.331 y ss. Y, en la misma línea, CALVO GALLEGÓ, F.J., *La obligación general de prevención y la responsabilidad civil o*

incurran en reiteradas faltas de puntualidad, que permitirles el acoso a compañeros o no usar el equipo de protección individual (EPI) que sea preceptivo. Al propio empresario no le es posible permitir la inobservancia de las medidas de seguridad sin incurrir en responsabilidad<sup>8</sup>. La obligación del empresario de proteger eficazmente al trabajador, de hacer lo humanamente posible con todos los medios a su alcance<sup>9</sup>, convierte poderes empresariales, como la impartición de órdenes e instrucciones, la organización del trabajo, la vigilancia y control de la prestación, y en definitiva el poder disciplinario, en eficaces herramientas para prevenir los riesgos en el trabajo<sup>10</sup>.

De la misma manera, tanto en caso de riesgo grave e inminente, como ante otros riesgos laborales de menor entidad, el trabajador deberá tener en consideración el cumplimiento de sus propios deberes. Negarse, desobedecer, son instrumentos de autoprotección, que le permiten cumplir con el deber de velar por sí mismo (según le impone el art. 29.1 LPRL); aunque también constituyan un derecho reconocido legalmente con una serie de garantías (como las del art. 21.4 LPRL). Podríamos hablar quizás del cumplimiento de un deber en el ejercicio de un derecho.

Pero la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, acorde con las normativas de los países de nuestro entorno sobre la materia y heredera de la Directiva Marco de Seguridad<sup>11</sup>, no protege todas las circunstancias en las que cabría una respuesta insumisa del trabajador, pues solo se refiere expresamente a las garantías frente a un abandono en caso de riesgo grave e inminente (art. 21.4 LPRL). Del mismo modo, muy diversas son también las posibles situaciones ante un riesgo grave e inminente, con distintos elementos –jurídicos, psicológicos, técnicos, organizativos– a tener en cuenta, que serán asimismo, por todo ello, objeto de análisis y reflexión en este estudio.

## 2. La posición jurídica del trabajador ante el riesgo

De la normativa sobre prevención de riesgos laborales, se extrae que el empresario se presenta como principal deudor de seguridad y salud en el trabajo. Es el que tiene las principales obligaciones preventivas, aunque habitualmente delegue aquellas de contenido técnico en los Servicios de Prevención, o se apoye organizativamente en su cadena de directivos y mandos; y, en cualquier caso, también es el garante ante sus trabajadores del cumplimiento de las obligaciones propias de sujetos externos, como fabricantes, importadores o suministradores. Pero también los trabajadores –principales beneficiarios de todo este sistema legal– van a tener una serie de obligaciones propias, pues su colaboración en el éxito del cumplimiento empresarial es vital, tanto para ellos como para terceros que puedan verse afectados por su trabajo, aunque serán obligaciones que se corresponderán con su posición dentro de la relación jurídico-laboral de la que forman parte.

Las situaciones a las que pueden enfrentarse los trabajadores son muy diversas. Para empezar, aun cuando la empresa actuara con toda la diligencia exigible, pueden aparecer riesgos en el trabajo,

---

*contractual del empleador*, Aranzadi, 1998, p. 83; SEMPERE NAVARRO, A. [et al.], *Derecho de la seguridad y salud en el trabajo*, Civitas, 2001, 3ª edición, p.41; o FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *El poder disciplinario en la empresa*, CARL-Civitas, 1991, pp.222 y ss.

<sup>8</sup> Ver la STSJ de la Comunidad Valenciana, de 2 de mayo de 2007 (Rº. 620/2007).

<sup>9</sup> “El uso efectivo del poder sancionador por parte del empresario actúa como prueba de su actitud diligente y no consentidora de los incumplimientos advertidos”, como señalaba GARCÍA MURCIA, J., “Régimen de responsabilidades en materia de seguridad y salud en el trabajo”, en CASAS BAAMONDE, M. E., PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y VALDÉS DAL-RÉ, F. (Coords.), *Seguridad y salud en el trabajo: el nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1997, p. 199.

<sup>10</sup> “Nos encontramos no solo ante un derecho sino también ante un deber que opera como mecanismo de garantía del cumplimiento por los trabajadores de sus obligaciones en materia preventiva” (IGARTUA MIRÓ, M.T., *La obligación general de seguridad*, Tirant lo Blanch, 2000, p. 380).

<sup>11</sup> Directiva del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo.

que no siempre son considerados riesgos laborales<sup>12</sup> por tener su origen en causas extrañas al trabajo; o que simplemente son imprevisibles o inevitables, concurriendo caso fortuito o fuerza mayor<sup>13</sup>. En este contexto, el empresario se podría exonerar incluso de responsabilidad civil (art. 1.105 CC), “fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación” -aunque si la ley o el contrato establecieran que procederá la indemnización en determinados supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, ésta debería ser abonada-. También el art. 5 de la Directiva Marco de Seguridad recoge estos supuestos como de exoneración en materia de seguridad y salud.

Por otro lado, ante un riesgo laboral, no solo surge un derecho del trabajador a ser protegido, sino también una serie de obligaciones necesarias y complementarias a las ya impuestas a la empresa; y en el entendimiento de que, como ya apuntaba el art. 5.3 de la Directiva Marco, *las obligaciones de los trabajadores en el ámbito de la seguridad y de la salud en el trabajo no afectarán al principio de la responsabilidad del empresario*. La posición del trabajador, que fundamentalmente es acreedora de seguridad, se convierte también secundariamente en deudora<sup>14</sup>. Pero sobre esto, por la doctrina ya se advirtió de que “no existen datos normativos que permitan deducir que su vinculabilidad sea más reducida”<sup>15</sup>, ni se trata en general de obligaciones de menor importancia -pues, sin la concurrencia de los trabajadores, buena parte de la actividad preventiva del empresario no tendría éxito-, sino de obligaciones, en todo caso, condicionadas por el *status* de subordinación en el que se encuentran los trabajadores.

En primer lugar, los trabajadores no cuentan con los medios ni con el poder necesarios para protegerse ellos mismos de manera autosuficiente. Por lo tanto, el alcance de sus obligaciones debe ser limitado. Y, en segundo lugar, muchas de estas obligaciones están supeditadas además a un cumplimiento empresarial previo y a las órdenes e instrucciones que el propio empresario marque al efecto; pues si el empresario no proporciona unos equipos de protección y las instrucciones para su uso, no será posible un uso correcto de los mismos, como les exige el art. 29.2.1º. LPRL<sup>16</sup>, por ejemplo. Ahora bien, atendiendo a una correcta interpretación de la Ley, esto tampoco tiene por qué comportar, a nuestro juicio, que, ante un cumplimiento empresarial defectuoso, desaparezca cualquier obligación del trabajador, y que solo cuando el empresario haya cumplido *a priori* con las mismas, pueda exigirse a los trabajadores que adopten una actitud preventiva.

## 2.1. Cuestiones generales sobre las obligaciones previstas para los trabajadores

En general, el art. 29.1 LPRL, reproduciendo el art. 13 de la Directiva Marco de Seguridad, y en virtud de los artículos 5 b) y 19.2 del Estatuto de los Trabajadores (ET), recoge el deber de seguridad

<sup>12</sup> Según el art. 4.2 LPRL, *Se entenderá como «riesgo laboral» la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo.*

<sup>13</sup> En la STSJ de Islas Baleares, de 23 de diciembre de 2014 (Rº. 340/2014) se desestimó la responsabilidad de la empresa por daños y perjuicios por inexistencia de riesgo laboral en atención a las funciones de la trabajadora, camarera de pisos de un hotel, que fue agredida por unos clientes. Idéntico fallo se aprecia en la STSJ de Andalucía, de 26 de abril de 2018 (Rº. 1572/2017), tras el asalto violento de un grupo al centro laboral donde el trabajador prestaba sus servicios nocturnos por su consideración de caso fortuito, en atención a las circunstancias concurrentes. Tampoco procedió la indemnización por los daños sufridos en un atraco que no tuvo lugar por la falta de medidas de seguridad, siendo que en los daños sufridos por el trabajador concurrió su injustificada resistencia a los atracadores (STSJ de Murcia, de 22 de enero, de 2020, Rº. 520/2019). Asimismo, el contagio por Covid-19 de un trabajador no es considerado riesgo laboral en todos los casos, ni a todos los efectos (Criterio Operativo 102/2020 sobre medidas y actuaciones de la ITSS relativas a situaciones derivadas del nuevo Coronavirus (SARS Cov-2) y Procedimiento de Actuación para los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales frente a la exposición al SARS-CoV-2).

<sup>14</sup> Como señala, por ejemplo, GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B., *El deber de seguridad y salud en el trabajo. Un estudio sobre su naturaleza jurídica*, CES, 1999, pp.264 y ss.

<sup>15</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., “El poder disciplinario en la organización de la empresa”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº23, 2000, p.159.

<sup>16</sup> *Utilizar correctamente los equipos de protección facilitados por el empresario, de acuerdo con las instrucciones recibidas de éste.*

y salud de los trabajadores del siguiente modo: *Corresponde a cada trabajador velar, según sus posibilidades y mediante el cumplimiento de las medidas de prevención que en cada caso sean adoptadas, por su propia seguridad y salud en el trabajo y por la de aquellas personas a las que pueda afectar su actividad profesional, a causa de sus actos y omisiones en el trabajo, de conformidad con su formación y las instrucciones del empresario.* Puede observarse en este apartado el deber de autoprotección antes comentado. Como se ha afirmado, “el sentido del mismo reside en el hecho de que, si bien un elemento fundamental en la evitación de los AT y EP es que se disponga de los medios oportunos de prevención y protección de los mismos, hay otro factor añadido, el factor humano, que tiene una gran incidencia en la producción de los eventos dañosos”<sup>17</sup>, hasta el punto de que pueden producirse exclusivamente por este motivo; es decir, aunque el empresario haya cumplido absoluta y satisfactoriamente con todas las obligaciones imputables en esta materia, todavía puede quedar ese factor de riesgo y originarse el daño.

Para el trabajador, no supone, desde luego, una obligación frente a sí mismo -lo que sería absurdo-, aunque se tratara solo de su propia seguridad y salud. Es cierto que hablamos de un deber cuyo incumplimiento no va a ser objeto de sanción administrativa (solo disciplinaria, en el ámbito privado), pero es considerado un deber jurídico, legal, impuesto por los poderes públicos, no disponible por las partes del contrato; similar a aquel en el que, por vía del art. 22.1 LPRL, se obliga a los trabajadores a someterse a reconocimientos médicos cuando fuesen imprescindibles para preservar su propia seguridad o salud. El trabajador no puede plantearse esta obligación asumiendo el riesgo que supondría un eventual incumplimiento, ni siquiera como víctima única del mismo. El carácter potestativo del derecho del trabajador a su seguridad y salud queda sustituido por una protección efectiva, cuya tutela asume el Estado, *ex art.* 40.2 CE, que exige a los poderes públicos que velen por la seguridad e higiene en el trabajo<sup>18</sup>.

La obligación también está dirigida a velar por la seguridad y salud de terceras personas que puedan verse afectadas por su trabajo, lo que no se trata más que de una transposición del deber genérico de no llevar a cabo actos u omisiones que originen riesgo o daño a terceros, aplicando eso sí una diligencia profesional, derivada de la *lex artis*. Al trabajador no se le está convirtiendo en garante de una obligación de prevenir la seguridad y salud de esas terceras personas, sino solo respecto de aquellos efectos a los que pueda dar lugar su comportamiento en el desempeño normal de su prestación de trabajo. Así y todo, en el caso de los mandos intermedios, esta obligación de velar se ve especialmente realizada, pues, “en el concepto de velar, se podrían incluir funciones tan inherentes a un cargo de mando intermedio como las de vigilancia, control, distribución adecuada del trabajo, información y formación de primera mano, impartición de las instrucciones adecuadas y toma de decisiones oportunas ante la presencia de riesgos en el trabajo”<sup>19</sup>.

Asimismo, ha de recordarse que los trabajadores no solo están obligados al cumplimiento de las medidas que en cada caso sean adoptadas por la empresa, que es la expresión utilizada por el art. 29.1 LPRL, pues el art. 19.2 ET (no derogado, salvo en aquello que contradijese lo dispuesto en la LPRL) se refiere también a que el trabajador está obligado a observar, en general, las medidas legales y reglamentarias de seguridad y salud en el trabajo<sup>20</sup>. Así, por ejemplo, en el Real Decreto

<sup>17</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J., “Obligaciones y responsabilidades del trabajador en materia de seguridad e higiene en el trabajo”, en *La Prevención de Riesgos Laborales. Aspectos clave de la Ley 31/95*, (Coord. OJEDA AVILÉS, A., ALARCÓN CARACUEL, M.R. y RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.), Aranzadi, 1996, p.211.

<sup>18</sup> A propósito de los supuestos en los que lo que está en juego únicamente es la propia seguridad y salud del trabajador, se suscitó un debate parlamentario sobre si ésta era causa suficiente para obligar a un trabajador. No obstante, inspirado en la STC 137/1990, de 19 de julio, se ha optado por aplicar el principio de protección positiva contenido en el derecho a la vida, que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte.

<sup>19</sup> GARCÍA SALAS, A.I., *Directivos y mandos en materia de seguridad y salud en el trabajo, Monografías Temas Laborales, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Mergablum, 2004, p.143.*

<sup>20</sup> Como se pone de manifiesto también en sentencias como la STSJ de Cataluña, de 23 de diciembre de 2004 (Rº. 6272/2003).

773/1997, de 20 de mayo, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la utilización por los trabajadores de equipos de protección individual, junto con el deber de utilizar y cuidar correctamente estos equipos, se añade la obligación del trabajador de colocarlos después de su utilización en el lugar indicado para ello (art. 10. b).

Finalmente, siempre es pertinente destacar que, a fin de medir el alcance de la obligación de los trabajadores, el art. 29.1 LPRL tiene en cuenta, en primer lugar, el grado de cumplimiento *según sus posibilidades*; esto es, las circunstancias del momento concreto en el que deba llevar a cabo la conducta a la que está obligado, a su posición en la empresa, a sus capacidades profesionales y personales, a su experiencia en el desarrollo de esa concreta actividad, etc. Asimismo, utiliza el precepto una coletilla final *-de conformidad con su formación y las instrucciones del empresario-*, referida, en primer término, a sus conocimientos, a la formación preventiva recibida, y a su cualificación o categoría profesional, pues lógicamente se le podrá exigir más al trabajador más cualificado para integrar la prevención en su actuar. De hecho, la doctrina judicial ha negado la responsabilidad empresarial cuando el accidente lo ha sufrido, por ejemplo, un encargado de obras y jefe de un grupo, basándose precisamente en el hecho de que, por su especial cualificación, situación en la empresa y experiencia, la responsabilidad era únicamente suya, y no del empresario, al que se le supone, en este contexto, una pérdida de control del hecho que originó el accidente<sup>21</sup>. Del mismo modo, las órdenes y las instrucciones empresariales recibidas actúan como criterio modulador del cumplimiento<sup>22</sup>, pues una conducta arriesgada de un trabajador, sin posibilidades ni formación suficiente para cuestionar la legalidad o peligrosidad de dichas órdenes, y siempre que actúe exactamente conforme a las instrucciones del empresario, no generarán ninguna responsabilidad para aquel.

## 2.2. Cuestiones sobresalientes en relación con las obligaciones específicas

A continuación, se añade, en el apartado 2 del art. 29 LPRL, una enumeración no taxativa de obligaciones específicas: *Los trabajadores (...) deberán en particular. Y probablemente, la más destacable sea la primera de ellas: Usar adecuadamente los medios con los que desarrollan su actividad, según su naturaleza y los riesgos previsibles*. Se trata de una obligación basada en la exigencia de un actuar diligente a la hora de emplear los medios de trabajo, diligencia que se medirá particularmente en función de estas dos circunstancias (naturaleza de la actividad y riesgos previsibles). Así, no será lo mismo la diligencia que debe emplearse al usar un destornillador, que al manejar una máquina excavadora.

Resulta de especial interés la interpretación según la cual, y en pos de lograr el más alto grado de seguridad en el trabajo, esta obligación incluye, no solo una actitud pasiva de usar los medios tal y como se le entregan, sino también el deber del trabajador de rechazar aquellos medios o herramientas de trabajo que, por estar defectuosos, pudieran incrementar el riesgo, o que simplemente resulten inadecuados para la prestación laboral concreta que se va a realizar<sup>23</sup>. Esta postura se encuentra en la línea del art.11.1 del Convenio 119 OIT (relativo a la protección de maquinaria)<sup>24</sup>,

<sup>21</sup> STSJ de Cataluña, de 7 de febrero de 1995 (AS 1995\692).

<sup>22</sup> Ha de tenerse en cuenta que, para un sector de la doctrina judicial, el deber de la empresa de dar las debidas instrucciones a los trabajadores (art. 15.1.i) LPRL) no cabe interpretarlo en el sentido de que aquella deba instruir al trabajador sobre todas y cada una de las posibles eventualidades, como si tal principio impusiera un plus mayor a la información y formación adecuada al personal antes de que empiece a desempeñar sus funciones, ni implica una instrucción y vigilancia "cuasi policial", exhaustiva, constante y seguramente imposible de cumplir, sobre cada una de las tareas y comportamientos realizados por el trabajador (en esta línea, STSJ de Cataluña de 5 de junio de 2002, Rº. 6751/2001; STSJ de Galicia de 9 de mayo de 2003, Rº. 2659/2002; y STSJ de Andalucía de 27 de febrero de 2007, Rº. 3301/2006).

<sup>23</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J., "Obligaciones y responsabilidades del trabajador...", op.cit., p. 219.

<sup>24</sup> Adoptado el 25 de junio de 1963.

cuando dice que *ningún trabajador deberá utilizar una máquina sin que estén colocados en su lugar los dispositivos de protección*. En efecto, podría argumentarse que no es posible usar adecuadamente lo que no es adecuado de por sí. Y estando bastante de acuerdo con esta apreciación, hemos de reparar en lo que ello supone en términos jurídicos.

Por un lado, está claro que es una exigencia de conducta que coadyuva al logro de una protección eficaz para el trabajador, a través de la cual este evita que la negligencia empresarial tenga como resultado unas determinadas consecuencias negativas. Por otro lado, podemos estar también ante una desobediencia o una resistencia del trabajador, justificada, a cumplir con la prestación en el modo en que le ha sido impuesta por la empresa. Y ello sin necesidad de que deba existir riesgo grave e inminente y, es más, en el ejercicio de un deber. Por consiguiente, se estaría obligando al trabajador a llevar a cabo un comportamiento exigente con la dirección de la empresa ante la perspectiva del riesgo, de un riesgo cualquiera; lo que nos lleva a preguntarnos si esa exigencia de comportamiento prudente y colaborador al trabajador no estaría más fundada, aún, cuando el riesgo al que se enfrentara fuera grave e inminente. Sobre ello volveremos más adelante.

Por supuesto, el alcance de este deber de rechazar los medios de trabajo defectuosos siempre dependería de las posibilidades y de la formación del trabajador. Por lo que, si este no podía saber que los medios proporcionados por la empresa no eran los adecuados, no habría incumplimiento por su parte, solo culpa de la empresa (y/o de aquel en quien hubiera delegado). Pero si tenía posibilidades, formación o instrucciones adecuadas para advertir las deficiencias de esos medios de trabajo, y no reaccionó ante ello, usándolos indefectiblemente de manera no adecuada, no podríamos abstraernos de la falta de diligencia del trabajador en esta situación. La pregunta que podemos hacernos al respecto además es si el incumplimiento de este deber solo acarrearía una responsabilidad disciplinaria o si, demostrada la falta de diligencia o imprudencia que justificase la sanción, pudiera convertirse además en una circunstancia atenuante para la responsabilidad empresarial; no tanto en cuanto a lo que se refiere a la imputación de su propia infracción, cometida *ex ante* sin intervención alguna del trabajador, sino en lo relativo al posible daño o resultado lesivo que aquella causara finalmente, habida cuenta de la concurrencia de culpas.

El mismo criterio puede aplicarse asimismo a la obligación del art. 29 apartado 2. 2º LPRL, sobre el uso adecuado de los medios de protección facilitados por el empresario. De hecho, si el trabajador usara a sabiendas un EPI defectuoso, el uso del mismo le llevaría a incumplir con su propio deber de diligencia. Así se desprende de la doctrina de suplicación (a propósito del recargo de prestaciones de Seguridad Social, sobre todo)<sup>25</sup>, para la que, cuando los trabajadores no han rechazado los EPIS defectuosos y los han usado incorrectamente, existe imprudencia profesional -que no temeraria, pues era un incumplimiento previsible para la empresa, que proporcionó un EPI incorrecto-, con la consiguiente reducción de la cuantía del recargo impuesto al empresario. Retomaremos esta idea también en páginas posteriores.

Ciertamente, se trata de una situación jurídicamente delicada, en la que nos enfrentamos, no solo a dilucidar si el trabajador está en condiciones de saber si los medios que se le proporcionan son o no adecuados, sino también a cuestionar su libertad para rechazar una herramienta o negarse a trabajar, en el marco de un deber legal; que como derecho ya se incluiría dentro del derecho de resistencia, si hubiera riesgo grave e inminente para su vida o integridad física, o de la propia desobediencia legítima. Aunque ese rechazo no pudiera calificarse estrictamente de desobediencia (pues el trabajador no hace más que cumplir con su deber legal), las complicaciones derivadas de este comportamiento son evidentes; especialmente si la empresa insiste en ordenar el uso de esos medios a pesar de las deficiencias que presentan. Por ello, en un caso así, es fundamental aconsejar

<sup>25</sup> Entre otras muchas, la STSJ de Andalucía, de 17 de diciembre de 2015 (Rº. 1544/2015).

al trabajador que informe a sus superiores, a sus representantes o a los responsables de la prevención en la empresa, y deje constancia de lo justificado de su proceder.

Esta situación conecta esencialmente con lo previsto en el art. 29.2. 4º LPRL: *Informar de inmediato a su superior jerárquico o al servicio de prevención acerca de cualquier situación que, a su juicio, entrañe, por motivos razonables, un riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo*. Y añadía el art. 13.1. d) de la Directiva Marco: *así como todo defecto que se haya comprobado en los sistemas de protección*. Aquí se trata simplemente de informar, no de cumplir con un hipotético encargo de estar vigilando el entorno de trabajo con el fin de detectar posibles anomalías que deberían ser comunicadas de inmediato a la empresa<sup>26</sup>. El deber de vigilancia y de evaluación de riesgos corresponde a la empresa, no al trabajador<sup>27</sup>.

Especial se presenta, no obstante, el caso de los trabajadores a distancia, regulado en el RD-Ley 28/2020, de 20 de septiembre, pues resultará imprescindible que el trabajador facilite toda la información necesaria con el objeto de realizar la evaluación de riesgos, en los términos indicados por los responsables de prevención en la empresa *mediante una metodología que ofrezca confianza respecto de sus resultados* (art.16)<sup>28</sup>; particularmente si el trabajador rechaza la entrada de los técnicos de prevención en su domicilio o no está justificada la visita, en lo que atinadamente se ha denominado “procedimiento guiado de evaluación”<sup>29</sup>. Asimismo, es muy posible que, dadas las dificultades para un control empresarial continuado y directo, sí se requiriera además un cuidadoso seguimiento, por parte del trabajador, de aquellas condiciones del puesto de trabajo que le fueran señaladas, a efectos de informar a la empresa.

Lo que tenemos ante nosotros, en todos estos casos, es básicamente una expresión del deber de buena fe en el desarrollo del trabajo, aunque también una manifestación más del deber de cooperar con el empresario; el cual aparece en el art. 29.2.6º LPRL. A diferencia de otras obligaciones, esta no depende de una obligación empresarial previa<sup>30</sup>. Su carácter secundario se manifiesta esta vez como deber complementario, que coadyuva a la protección eficaz de los trabajadores colaborando con la empresa. No se dice con ello -parece evidente-, que el trabajador sea responsable del riesgo surgido o de la falta de medidas de prevención si no avisa. Si no avisa, lo que se le puede imputar es un incumplimiento de este deber de colaboración -que nuevamente conllevaría concurrencia de culpas, si hubiera habido incumplimiento empresarial<sup>31</sup>-, y siempre en virtud de los criterios de medición de los incumplimientos del art. 29.1 LPRL anteriormente comentados.

La falta de posibilidades o de formación suficiente o adecuada para percibir un determinado riesgo en el entorno de trabajo exoneraría, por tanto, inmediatamente, al trabajador, pues el incum-

<sup>26</sup> Como certeramente apuntaba GORELLI HERNÁNDEZ, J., “Obligaciones y responsabilidades del trabajador...”, op.cit., p. 223.

<sup>27</sup> En la SAP de Tarragona, de 5 de febrero de 2003 (JUR 2003\134906), se calificó de delegación injustificada aquella en la que, sin haber tomado todas las medidas necesarias, se ordenó al trabajador que comunicase a la empresa cualquier situación en la que los medios de seguridad se revelaran insuficientes, yendo más allá de un genérico deber de colaboración del trabajador, y descargando sobre el mismo la competencia de evaluar los riesgos, que corresponde a la empresa.

<sup>28</sup> Ver GARCÍA SALAS, A.I., “Reflexiones sobre la regulación de la prevención de riesgos en el Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia”, Blog El Foro de Labos, 15/10/2020. <https://forodelabos.blogspot.com/2020/10/reflexiones-sobre-la-regulacion-de-la.html#comments>.

<sup>29</sup> “No es exactamente una autoevaluación de riesgos, ya que la obligación y la responsabilidad de la evaluación son del empresario, pero sí es cierto que esta evaluación se realiza sobre la base principal de la información que proporciona el trabajador: para que esta información sea fiable y proporcione confianza respecto de sus resultados, se impone el requisito de que todo el proceso esté guiado por el servicio de prevención, a quien corresponde dar al trabajador las instrucciones al respecto (formularios, comprobaciones a realizar en los equipos y medios, ubicación del puesto, etc.)” (GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., *La nueva regulación del trabajo a distancia, Tirant lo Blanch, 2020, p.99*).

<sup>30</sup> POQUET CATALÁ, R., “Obligaciones de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales (y II)”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n. 9/2012, versión digital.

<sup>31</sup> Sobre el alcance del deber del trabajador de comunicar a la empresa el defectuoso funcionamiento de las máquinas u otros artefactos y sus consecuencias, ver la STSJ del País Vasco, de 16 de octubre de 2007 (Rº. 1824/2007).

plimiento del deber de informar habrá sido debido a su impericia (falta de diligencia *in abstracto*, determinada por las facultades y peculiaridades del trabajador), no a su negligencia (referida a la falta de diligencia *quam in suis*, dependiente de la voluntad del trabajador)<sup>32</sup>. Solo la segunda podría ser verdaderamente atribuible al trabajador a título de incumplimiento –e incluso con exoneración empresarial si alcanzara el grado de negligencia grave o temeraria–, pues la impericia debe ser conocida por el empleador –y es éste (o sus delegados)– el que debería asumir, como responsable de la organización del trabajo, las consecuencias de dicho incumplimiento, por culpa *in contrahendo*. Ha de recordarse que el art. 15.2 LPRL determina que el empresario tomará en consideración las capacidades profesionales de los trabajadores en materia de seguridad y salud en el momento de encomendarles las tareas. Todo ello sin perjuicio de que dicha impericia le fuera ocultada por el trabajador; en cuyo caso, si lo hiciera voluntariamente, no sería sino una transgresión de la buena fe contractual, incurriendo en un dolo que viciaría el consentimiento dado por el empresario.

### 2.3. En particular, el deber del trabajador de informar cuando el riesgo lo constituye su estado de salud

Al hilo de todas estas consideraciones, nos preguntamos, no obstante, ¿estaría el trabajador obligado a dar información a la empresa, o más concretamente al personal médico del servicio de prevención, cuando fuese consciente de que su estado de salud, por él únicamente conocido, podría poner en peligro su propia seguridad o la de terceros? Como regla general, la información del trabajador al empresario contratante respecto a su estado de salud o estado biológico no resulta obligada, habida cuenta de que tales datos forman parte del ámbito de la intimidad de la persona (art.18.1 CE)<sup>33</sup>. Si el empresario “no dispone que se lleven a cabo dichos reconocimientos médicos por servicios y personal autorizados, no puede exigir del trabajador que le proporcione informaciones sobre su estado de salud que no podría obtener ni siquiera de esos servicios sanitarios”<sup>34</sup>. Parece obvio que toda aquella información que pudiera extraerse de reconocimientos voluntarios no puede ser requerida al trabajador. Y si una determinada información fuera indispensable, en los términos del art. 22.1 LPRL, el servicio médico podría establecer, en última instancia, la obligatoriedad del reconocimiento médico.

Antes de eso, para guardar la proporcionalidad de las pruebas y ocasionar las menores molestias al trabajador (art.22.1 LPRL), este podría ser informado de qué datos resultarían indispensables para una adecuada vigilancia de la salud. Su puesta en conocimiento de la empresa salvaguardaría la obligación de garantizar de manera específica la protección de trabajadores especialmente sensibles cuando su estado biológico sea conocido, según señala el art.25.1 LPRL; especialmente en lo relativo a información que, de otro modo, la empresa no manejaría. Pues bien, en caso de que el trabajador no informara de una situación de riesgo como esta (art. 29.2 4 LPRL), no cooperando tampoco para que el empresario pueda garantizar unas condiciones de trabajo seguras (art. 29.2.6 LPRL), ¿qué consecuencias tendría? ¿Estaríamos ante un incumplimiento laboral, pudiendo el empresario sancionarle según la gravedad de la falta cometida?

Los tribunales se han pronunciado a propósito de una situación de embarazo (protegida por el art. 26 LPRL), con las implicaciones que ello encierra además en materia de conciliación y de no discriminación por razón de sexo. Dado que la legislación española omite que se trate de una trabajadora que *comunique su estado al empresario*, “se ha de entender que el criterio legal es el de no

<sup>32</sup> Tradicional distinción realizada por CREMADES, B., *La sanción disciplinaria en la empresa*, Instituto de Estudios Políticos, 1969, pp.192 y 193.

<sup>33</sup> Así, por ejemplo, la STC 17/2003, de 30 enero, sobre la no exigencia de comunicación a la empresa de la situación de embarazo.

<sup>34</sup> Como apunta la STSJ de Castilla y León, de 21 de marzo de 2005 (Rº. 372/2005).

exigir a la mujer trabajadora que comunique su estado al empresario, constituyendo ello una mejora respecto de la Directiva 92/85. El embarazo, por tanto, permanece en el ámbito del derecho a la intimidad de la mujer trabajadora (art. 18.1 de la Constitución) en tanto no decida en otro sentido. Consecuencias de ello serán que la protección legal a que se refiere el art. 26 de la Ley 31/1995 no se active si la trabajadora no comunica su estado –pero si es notorio, el empresario ha de cumplir sus deberes de protección en todo caso– y que, en caso de desconocimiento real no se pueda exigir responsabilidad al empresario por la omisión de medidas que no tenía por qué adoptar. De lo anterior se deduce que la obligación genérica de los trabajadores de «cooperar con el empresario para que éste pueda garantizar unas condiciones de trabajo que sean seguras y no entrañen riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores» establecida en el art. 29.2. 6º de la Ley 31/1995, no puede interpretarse en el sentido de que incluya la exigencia de que la mujer trabajadora informe al empresario de su estado de gestación. No existiendo este deber, no puede hablarse tampoco de un incumplimiento sancionable conforme al art. 29.3 de la citada ley, ni de un quebrantamiento del deber de buena fe de la trabajadora”<sup>35</sup>.

Desde luego, podría aplicarse esta solución por analogía a todos los trabajadores incluidos en el art. 25 LPRL. Pero dada la especificidad del argumento empleado en el caso anteriormente expuesto, también podría dejarse abierto el debate. No debemos olvidar que deberes jurídicos como el de colaboración con la empresa, incluido el sometimiento a reconocimientos médicos obligatorios (más invasivo, por cierto, que proporcionar simplemente una información), están pensados también para proteger al trabajador de sus propias decisiones, como parte de la tutela que asume el Estado, y que antes mencionamos. Y aunque no cabe duda de que estamos hablando en todo momento de información sensible (de la que solo dispondrá el personal médico, a salvo las conclusiones que transmita a la empresa *ex art.22.4 LPRL*), se está admitiendo una libertad del trabajador para asumir un riesgo para su vida, salud o integridad física, que elige anteponer su derecho a la intimidad, sin que se aplique siquiera un juicio de proporcionalidad.

Ciertamente la salud de la persona forma parte del ámbito de su intimidad personal, lo que le faculta para excluir dicho ámbito “de la acción y conocimiento de los demás”<sup>36</sup>. No obstante, ese derecho es relativo, puesto que ha de ponerse en correlación con otros bienes jurídicos y derechos fundamentales. En el marco de la protección de la confidencialidad de los datos de salud, con restricciones a su divulgación, así como con la prohibición de que se usen con fines perjudiciales o discriminatorios contra los trabajadores, que también regula el art.22 LPRL, la normativa laboral no hace sino recoger los principios que inspiran la normativa de Sanidad; que precisamente establece el deber de colaborar de los ciudadanos cuando sea necesario, facilitando dicha información al personal médico y a los servicios sanitarios<sup>37</sup>. Ello no nos hace olvidar que, a veces, hay casos delicados, donde la omisión de esta información no se debe exactamente a un comportamiento negligente del trabajador ni a su mala fe, sino más bien al miedo a que la revelación de su estado pueda reportarle algún perjuicio laboral, incluso la pérdida de su puesto de trabajo. Resultará fundamental aquí que la tutela antidiscriminatoria sea lo sumamente eficaz para que los trabajadores no pongan en peligro su vida, su salud o su integridad física.

De todos modos, aun cuando se defendiera la procedencia de una sanción disciplinaria por no haber informado del riesgo, sí podría parecer excesivo que, en este estado de cosas, estemos además ante un uso obligado del poder disciplinario por parte de la empresa; que además no ha tenido ni va a tener responsabilidad alguna por lo que haya podido suceder. La falta de información

<sup>35</sup> STSJ de Madrid, de 18 de mayo de 2000 (Rº. 1078/2000).

<sup>36</sup> Por todas, SsTC 231/1988, 2 de diciembre, 197/1991, de 17 de octubre, 58/2018, de 4 de junio, etc.

<sup>37</sup> Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (art. 2.5).

proveniente del trabajador eximiría de responsabilidad al empresario, si es esa falta de colaboración la causa de su desconocimiento de la especial sensibilidad del trabajador<sup>38</sup>.

En consecuencia, cuando la sensibilidad no es notoria, y siendo el reconocimiento médico voluntario, si efectivamente hubiera un riesgo para la salud del trabajador por circunstancias que solo él conoce, la única víctima terminaría siendo la propia persona trabajadora. Cuestión distinta es la responsabilidad que recaería sobre el trabajador cuando la omisión de dicha información pudiese afectar a la seguridad o salud de terceros<sup>39</sup>. En este caso, el trabajador podría ser sancionado disciplinariamente, por transgresión de la buena fe contractual probablemente, además de objeto de una demanda por daños y perjuicios, debiendo incluso esclarecerse sus posibles responsabilidades penales.

### 3. La percepción por parte del trabajador de que está ante un riesgo grave e inminente

#### 3.1. Naturaleza del riesgo grave e inminente

Hay determinados riesgos que, por su naturaleza, pueden requerir actuaciones más contundentes o distintas por parte de los trabajadores, hasta llegar al abandono del puesto de trabajo en el ejercicio del derecho de resistencia. Son los casos de riesgo grave e inminente. La definición de “riesgo grave e inminente” viene recogida en el art.4.4 LPRL, como *aquel que resulte probable racionalmente que se materialice en un futuro inmediato, y pueda suponer daño grave para la salud de los trabajadores*.

La inmediatez se identifica por nuestros tribunales con el corto plazo<sup>40</sup>. Por su parte, *para calificar un riesgo desde el punto de vista de su gravedad, se valorarán conjuntamente la probabilidad de que se produzca el daño y la severidad del mismo* (art.4.2 LPRL); esto es, la probabilidad de que se produzcan lesiones o de que ocurra el accidente, la frecuencia con que se repita el riesgo o el tiempo de exposición a que se someta el trabajador, así como la gravedad de las consecuencias, teniendo en cuenta también el número de trabajadores afectados.

Para gozar de la protección de este derecho, ¿sería preciso que fuera un riesgo laboral propio de su actividad? Dice el art. 21.3 LPRL que, *De acuerdo con lo previsto en el apartado 1 del artículo 14 de la presente Ley, el trabajador tendrá derecho a interrumpir su actividad y abandonar el lugar de trabajo, en caso necesario, cuando considere que dicha actividad entraña un riesgo grave e inminente para su vida o su salud*. Entendemos que, para tomar esta medida en concreto, no se requeriría que se tratara de un riesgo laboral propio de su actividad. Bastaría con que se tratara de un riesgo surgido en el transcurso de la actividad que estuviera realizando, sea cual fuere su origen.

<sup>38</sup> GARCÍA SALAS, A.I., *Necesidades empresariales y derechos fundamentales de los trabajadores*, Lex Nova, Thomson Reuters, 2016, p.112.

<sup>39</sup> Atendiendo precisamente a las obligaciones que para los trabajadores contiene la normativa de Prevención de Riesgos Laborales, señala el Informe 0017/2020 de la Agencia Española de Protección de Datos lo siguiente: “En el ámbito de la situación actual derivada del covid-19 ello supone que el trabajador deberá informar a su empleador en caso de sospecha de contacto con el virus, a fin de salvaguardar, además de su propia salud, la de los demás trabajadores del centro de trabajo, para que se puedan adoptar las medidas oportunas”.

<sup>40</sup> Para la STSJ de Cataluña, de 1 de octubre de 2015 (Rº. 2595/2015), “mal podemos considerar el riesgo como inminente, pues la probabilidad de accidente laboral se considera en la evaluación como moderada, esto es, según el Manual, que “es probable que se produzca a medio plazo”, y que por su peligrosidad - baja- precisa ser corregida “lo antes posible”, pero no de manera inmediata o que se haga precisa la paralización de la actividad. Así las cosas, el riesgo analizado, con ser grave, pues es susceptible de generar una lesión física grave de producirse el contacto o atrapamiento, no puede ser calificado en este caso de inminente, pues no se considera que vaya ocurrir en poco tiempo, de forma inmediata”.

### 3.2. La ponderación de las circunstancias de cada caso concreto

En este contexto, puede afirmarse que el ejercicio del derecho de resistencia, que destaca por su justicia, también lo hace por los problemas de inseguridad jurídica que plantea. Porque la categorización de esta situación, en cuanto excepción del principio general de obediencia, depende, por una parte, de la amplitud con que la Jurisprudencia interprete el requisito de regularidad de la orden empresarial. Por otra parte, para ejercer el derecho de resistencia, la valoración sobre la legalidad de la orden o instrucción empresarial debe ser realizada a juicio del trabajador, del mismo modo que la decisión final acerca del cumplimiento o no de la misma. Hay, pues, en la materia de la obediencia debida y del *ius resistentiae* del trabajador, un acusado casuismo que exige la ponderación de las distintas circunstancias de cada caso concreto.

En esta ponderación, hay que tener en cuenta, en primer término, que las órdenes empresariales han de ser, de inicio, obedecidas, por cuanto se benefician de una presunción *iuris tantum* de legitimidad<sup>41</sup>, siempre que respondan a una apariencia de legalidad. El trabajador no está en disposición de desobedecerlas basándose en argumentos débiles, subjetivos o caprichosos.

Es cierto que, en el caso de órdenes manifiestamente irregulares (como pudiera ser la de que los trabajadores permanezcan en el puesto de trabajo en caso de un incendio), no será muy difícil para el trabajador acertar, pero sí lo puede ser cuando tales órdenes no presenten una irregularidad tan patente. Podríamos estar hablando de supuestos intermedios, relativos a órdenes que ofrecen sobrados argumentos para dudar de su adecuación a la norma. Y es que, si el trabajador no tiene la suficiente formación en materia preventiva, o no ha recibido instrucciones adecuadas para actuar en dicha situación, “la sola presencia de un riesgo de extrema gravedad, pero no inminente, o de un riesgo inmediato, pero no grave, pueden llevar al trabajador a un estado de pánico que le induzca a error”<sup>42</sup>.

Un ejemplo de supuesto intermedio es el que trataba la STSJ de Cantabria, de 20 de agosto de 2002<sup>43</sup>, referido a unos trabajadores con contrato eventual, que recibieron la orden de limpiar un depósito de un metro cúbico de capacidad, cuando ya se había extraído el líquido de limpieza del contenedor, quedando restos del mismo. El depósito estaba al aire libre y los trabajadores disponían de traje de agua y botas, guantes, mascarilla y gafas, siendo instruidos en los riesgos generales de su trabajo. Pero expusieron al encargado sus dudas acerca de su seguridad, debido al líquido que impregnaba el plástico y las reducidas dimensiones en que tenían que realizar el trabajo. A pesar de que el encargado reiteró la orden de proceder a la limpieza, los trabajadores se negaron si no se les aseguraba que no existía riesgo para su salud, o se instauraban más medidas de seguridad. Ante esta negativa fueron despedidos y la empresa encomendó un informe que concluyó con la ausencia de riesgo para los trabajadores.

Efectivamente, los trabajadores se habían equivocado, a pesar de la orden del encargado y de que tenían medidas de seguridad y formación previa. Pero el Tribunal consideró que existían circunstancias que degradan la trascendencia del incumplimiento cuando se trata de una labor esporádica, es decir, no conocida, por habitual (recordemos que eran trabajadores temporales). Por lo tanto, una cosa es la genérica existencia de información sobre los riesgos del puesto de trabajo, y otra el individualizado temor de trabajadores sin apenas experiencia ante las circunstancias concretas de la labor encomendada. Su negativa no estaba justificada plenamente, pero tampoco representaba el acto de indisciplina o de desobediencia con trascendencia suficiente ni perjuicio a la empresa<sup>44</sup>. Por

<sup>41</sup> Entre otras, STSJ de Andalucía, de 22 de septiembre de 2010 (Rº. 1347/2010).

<sup>42</sup> SEMPERE NAVARRO, A. [et al.], *Derecho de la seguridad y salud...*, op.cit., p.199.

<sup>43</sup> Rº. 863/2002.

<sup>44</sup> Los Tribunales laborales entienden, por ejemplo, que hay indisciplina y desobediencia graves, que justificarían el despido disciplinario, cuando se produce la negativa a un desplazamiento que causa perjuicios a la empresa (STS de 3 de enero 1990, RJ 1990\116).

todo ello, se declaran improcedentes los despidos por *ius resistentiae*, ya que los trabajadores, si bien no valoraron adecuadamente la ilegalidad de la medida, para que el despido no resulte una sanción desproporcionada, es tradicional en la valoración jurisprudencial del incumplimiento del trabajador por desobediencia que, además de su gravedad y culpabilidad, deba estar plenamente injustificada, “pues si concurre una causa incompleta de justificación ha de merecer un tratamiento más suave que la sanción consistente en la resolución del contrato”<sup>45</sup>.

Todo ello no es óbice para que el trabajador deba, en definitiva, ponderar con rigor y ser consciente de la importancia de su decisión; debiendo asegurarse, primero, de la existencia objetiva de un riesgo grave e inminente<sup>46</sup> -utilizando como medida la de cualquier observador objetivo en esas mismas circunstancias (de tipo de trabajo, grado de riesgo, siniestralidad media, información, práctica, experiencia, etc.)-, y, segundo, de que la única forma de prevenirse ante él es el abandono del puesto de trabajo -*en caso necesario*, dice el art. 21.2 LPRL-. Solo se tratará de una medida proporcional y adecuada, ajustada al requisito de necesidad exigido, cuando no exista otro medio menos perjudicial para la empresa de eliminar ese riesgo. Si el trabajador estaba en disposición de tomar otra medida menos drástica -y, por tanto, menos perjudicial para la empresa- no estará justificado el abandono<sup>47</sup>. Entre sus obligaciones estará además cooperar con la empresa en evitar o eliminar ese riesgo cuando le fuera posible, sin poner innecesariamente en riesgo su vida o integridad física.

#### 4. Posibles reacciones del trabajador ante un riesgo

##### 4.1. La intervención del trabajador como último recurso

En principio, es el empresario quien tiene, entre sus obligaciones, la de adoptar las medidas pertinentes: los riesgos deben evitarse en origen, evaluar los no eliminados y tomar las medidas de prevención o protección correspondientes (arts. 15, 16 y 17 LPRL). Pero las empresas no siempre se abstienen de poner en peligro a sus trabajadores *motu proprio*, sino que, en infinidad de ocasiones, no toman las medidas exigibles, no cumplen con los protocolos existentes, no forman suficientemente a los trabajadores y no dan las órdenes e instrucciones adecuadas; ni siquiera una vez que aparece un riesgo grave e inminente. Es más, incluso se puede dar el caso de que, ante un riesgo grave e inminente, se ordene por la empresa o por sus encargados que continúe o se reanude la actividad. La necesidad de terminar un pedido, cumplir un compromiso o alcanzar un determinado nivel de productividad lleva a las empresas en algunos casos a tomar decisiones gravemente imprudentes,

<sup>45</sup> Similares han sido los pronunciamientos en otros casos en que un supervisor ordenaba tareas de limpieza y mantenimiento de la maquinaria, con la retirada de las protecciones y sin parar el proceso productivo, creando para los trabajadores que manejaban las máquinas, al quedar expuestos a un posible contacto con los elementos móviles de las mismas, un riesgo grave aunque no inminente (STSJ de Cataluña, de 1 de octubre de 2015, Rº. 2595/2015); o en el de las trabajadoras que 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 existiera un conserje o medidas de seguridad, de donde no cabe 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 que no ha quedado acreditado que sea contrario o perjudicial para los intereses de la empresa (STSJ de la Comunidad Valenciana, de 23 de junio de 2000, Rº. 1286/2000).

<sup>46</sup> Como concluye ASQUERINO LAMPARERO, M.J., en su informe “El derecho de resistencia frente al poder de dirección” (*Revista Doctrinal Aranzadi Social* num. 8/2012, versión digital): “El riesgo a la integridad física ha de ser real, sin que basten las meras suposiciones del trabajador, quedando por tanto fuera del amparo legal la desobediencia laboral fundada en meras inquietudes o aprensiones del trabajador”.

<sup>47</sup> No se consideró riesgo grave e inminente, por ejemplo, la exposición durante un día a temperaturas entre los 9 y 10 grados centígrados en el centro de trabajo, calificando la paralización de la actividad por parte de los trabajadores de unilateral, arbitraria y desproporcionada, al disponer de otros cauces legales para conseguir que la empresa cumpliera con sus obligaciones en materia de salud ambiental (STSJ de Navarra, de 31 de octubre de 2005, Rº. 355/2005).

e incluso dolosas, sin establecer el orden adecuado de prioridades, poniendo en grave riesgo a sus trabajadores o conduciéndoles directamente al accidente de trabajo.

¿Qué ocurre entonces si el empresario no asume las situaciones de riesgo grave e inminente adoptando las medidas pertinentes? Además de estar afectando directa y flagrantemente el derecho a la vida y a la integridad física de los trabajadores (art. 15 CE), y de las graves responsabilidades que pueden imputársele a la empresa (incluyendo penales, en estos casos), ha de decirse que, en esta situación, podría intervenir la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de tres formas distintas, en función de la gravedad de la infracción y la gravedad e inminencia del riesgo, y demás circunstancias del caso: paralizando los trabajos (art. 9.f) LPRL), formulando requerimiento (art. 43 LPRL) y/o levantando acta de infracción. En última instancia, se permite a los propios trabajadores una serie de actuaciones, amparadas por el ordenamiento jurídico, para que puedan defender su vida y su integridad. Por un lado, el trabajador que no quiera continuar en la empresa puede solicitar la extinción causal del contrato del trabajo, al amparo del art. 50 ET, por incumplimientos empresariales graves<sup>48</sup>. Por otro lado, puede negarse simplemente a continuar con la actividad peligrosa, con base en lo que conocemos como *ius resistentiae* o derecho de resistencia de los trabajadores. Es un derecho que trae causa del art. 13 del Convenio 155 OIT y del art. 8.4 de la Directiva Marco, y viene regulado en el art. 21 ap.2, 3 y 4 LPRL y en el art. 19.5 ET.

La Ley admite también que los representantes legales de los trabajadores, además de requerir por escrito a la empresa para que subsane deficiencias cuando el riesgo no sea aún inminente (art. 19.5 ET), adopten por acuerdo mayoritario la paralización de la actividad (art. 21.3 LPRL), en sustitución del empresario. Se trata de un derecho de resistencia de carácter colectivo, de una facultad de los representantes, que responderían como tales de un ejercicio inadecuado de la misma; de tal manera que, además de la posibilidad de ser revocados por sus electores en asamblea convocada al efecto (en los términos del art. 67.3 ET), podrían perder sus garantías frente al despido o las sanciones disciplinarias en los términos del art. 68 a) ET, cuando abusaran de su condición de representantes con comportamientos irregulares o se excedieran completamente en su función representativa. A salvo de estas consecuencias quedarían lógicamente las decisiones que, aunque erróneas, estuvieran basadas en la buena fe, en defensa de la integridad física de sus representados. Efectivamente, pueden equivocarse, siendo, por ello, su actuación sometida a escrutinio. Aunque eso sí, el reproche por este error de apreciación no se repercutiría sobre el trabajador que acatará la decisión de paralización; a la espera de su ratificación por la Autoridad Laboral, según exige el art. 21.3 LPRL -lo cual refuerza para alguna doctrina el carácter imperativo del acuerdo<sup>49</sup>-.

De todos modos, si los trabajadores están obligados o no a cumplir con esta paralización, no es una cuestión pacífica<sup>50</sup>. Ciertamente la paralización es un aviso serio de riesgo grave e inminente, que el trabajador, no habiendo consecuencias para él derivadas de la interrupción de su trabajo, acatará sin discusión; salvo que trabajadores especialmente cualificados, y en mejores condiciones técnicas que sus representantes para advertir la presencia de este riesgo, disintieran de la decisión -en cuyo caso, como en todo aquel en que el trabajador tuviera certeza de la ausencia de riesgo grave e inminente, no deberían cumplir con ella-. Más dudoso es entender que esta decisión de los

<sup>48</sup> Recordar al respecto la SJS de Barcelona, de 23 diciembre de 2003 (Procedimiento num. 836/2003), que fue la primera que declaraba la extinción causal de un contrato de trabajo por incumplimiento de obligaciones preventivas. Posteriormente, entre otras, la STSJ de Cataluña, de 1 de marzo de 2012 (Rº. 6912/2011).

<sup>49</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S., y APARICIO TOVAR, J., *Comentarios a la ley 31/1995 de prevención de riesgos laborales*, Ed. Trotta, 1996, p. 144, afirman que: “Dado lo extremo de las situaciones que han de afrontarse (riesgo grave e inminente), dicha decisión debe ser considerada como una orden de la representación de los trabajadores dirigida a estos en el lugar del empresario y en funciones de policía o de tutela de la salud y de la integridad de quienes deben obedecerla”.

<sup>50</sup> Así lo expone perfectamente SOLÁ MONELLS, X., *La protección de los trabajadores frente a situaciones de riesgo grave e inminente*, Ed. Bomarzo, 2015, p.78. *El autor se posiciona a favor de la obligatoriedad de la decisión del órgano unitario (p.79).*

representantes es vinculante en sí misma. En todo caso, su incumplimiento por el trabajador conectaría con el deber legal de autoprotección o de colaboración (art. 29 LPRL), con alguna posible consecuencia. No se trataría, desde luego, de una respuesta de naturaleza pública, pues no hay prevista responsabilidad administrativa para los trabajadores. Y en cuanto a la posibilidad de sanción disciplinaria, por parte de una empresa que no ha querido paralizar previamente, se antoja, cuanto menos, incoherente. Pero no cabe duda de que, si el trabajador debe decidir según su criterio, sus posibilidades, etc., y no dispone de información en contrario desde la dirección de la empresa sobre la existencia de riesgo grave e inminente -de la que está siendo advertido por sus representantes-, su falta de formación deberá dirigirle a seguir este consejo e interrumpir su actividad, si no quiere actuar con una negligencia que, posteriormente, en caso de que se materializara el riesgo en un daño para el trabajador, conllevara una concurrencia de culpas en materia de recargo de prestaciones de Seguridad Social o de responsabilidad civil.

#### 4.2. *Qué se espera del trabajador: estudio de casos*

El caso que acabamos de mencionar no es más que una de las distintas situaciones jurídicas a las que puede enfrentarse un trabajador cuando se origina un riesgo en el trabajo. Por ello, constatada la existencia de riesgo, merece la pena que nos detengamos a examinar qué debe esperarse concretamente del trabajador en los distintos casos que puedan surgir.

Pues bien, si, a pesar de cumplir con las medidas impuestas por la empresa y por la normativa sobre prevención de riesgos laborales, el trabajador estuviera en condiciones de constatar la existencia de un riesgo, la primera consideración a realizar por el trabajador debe ser atender a la naturaleza del riesgo, así como a su inminencia y gravedad.

Señala el art. 8.4 de la Directiva Marco de Seguridad que debe tratarse además de un riesgo *que no pueda evitarse*. En la medida en que es síntoma de buena fe del trabajador, este deberá procurar, en primera instancia, eliminar dicho riesgo. Si fuera un riesgo neutralizable por el trabajador, en virtud de sus posibilidades, de los medios de los que disponga, de su formación y de las instrucciones recibidas al efecto (repárese también en la obligación del empresario, conforme al art. 21.1 c) LPRL, de *Disponer lo necesario para que el trabajador que no pudiera ponerse en contacto con su superior jerárquico, ante una situación de peligro grave e inminente para su seguridad, la de otros trabajadores o la de terceros a la empresa, esté en condiciones, habida cuenta de sus conocimientos y de los medios técnicos puestos a su disposición, de adoptar las medidas necesarias para evitar las consecuencias de dicho peligro*), tiene el deber de protegerse (y proteger, por ende, a terceros que de él dependan) controlando dicho riesgo. No tiene que tratarse necesariamente de conductas heroicas, sino de un actuar diligente y previsible, en virtud de su puesto e instrucciones previas.

En caso de que no pudiera eliminar o disminuir el riesgo por sí mismo, pero aquel no fuera inminente, el trabajador deberá informar de la existencia de dicho riesgo de manera inmediata, en los términos previstos en el art. 29.2.4º LPRL. Si fuera un riesgo grave e inminente, podrá además abandonar el puesto de trabajo, debiendo avisar igualmente, en cuanto le sea posible, a la empresa o a quien proceda, de esta situación. Antes bien, salvo que la permanencia en el lugar o centro de trabajo también genere un riesgo grave e inminente, el trabajador no debería ausentarse del mismo hasta que se le ordenase salir. Asimismo, habida cuenta de que el trabajador tiene derecho a seguir percibiendo el salario, ha de entenderse que el trabajador debe permanecer disponible para realizar tareas alternativas que no implicaran riesgo y que el empleador le pudiese asignar mientras tanto.

Este esquema básico de respuesta puede verse complicado por algunos factores intercurrentes, que enseguida vamos a analizar.

#### 4.2.1. Cuando existe una orden de la empresa de no detener la actividad

El primer caso que nos planteamos es el de la existencia de una orden de la empresa en sentido contrario a lo que libremente habría decidido el trabajador en esas circunstancias. Cuando, ante la percepción de un riesgo grave e inminente por el trabajador, las instrucciones consisten en continuar con la actividad o llevar a cabo alguna actuación que, a juicio del trabajador, se antoja insuficiente para eliminar o minimizar ese riesgo.

No se trata de que el trabajador considere que una orden es innecesaria, absurda, errónea o inapropiada, o que deba efectuarse en otro momento, etc.<sup>51</sup>. Debe poder apreciar que está ante un riesgo grave e inminente. El trabajador no puede erigirse en definidor de sus propias obligaciones profesionales<sup>52</sup>. Como señala el Tribunal Supremo<sup>53</sup>, en virtud del art. 20.2. ET, “el trabajador debe obedecer las decisiones del empresario que se encuentren dentro del marco del ejercicio regular de sus funciones directivas, e incluso debe cumplirlas en el supuesto de que las considere desacertadas o incorrectas”. Se trata de una exigencia fundamental para el buen orden en la empresa. Es más, las órdenes emanadas de la empresa y de los trabajadores con mando se presumen legales<sup>54</sup>, lo que se deduce del principio general del *solve et repete*.

Ahora bien, como el mismo Tribunal Supremo establece, el trabajador no está sometido a un deber absoluto de obediencia, por lo que, si las órdenes son manifiestamente irregulares con una fuerte carga de ilicitud<sup>55</sup> -no necesariamente de contenido delictivo<sup>56</sup>- o vulnerasen derechos fundamentales (y lo serían aquellas que atentasen contra su vida, salud o integridad física), no generan en sus destinatarios el deber de obediencia, sino que justifican la desobediencia. Por consiguiente, el trabajador no incurriría en desobediencia ante un uso irregular de dicho poder de dirección, cuando el empresario actuase de manera vejatoria, con manifiesta arbitrariedad o abuso de derecho<sup>57</sup> o, como afirmaba en sus primeras sentencias el TS, cuando “las órdenes del empresario afecten a derechos irrenunciables del trabajador, al ser ilegales o si concurren circunstancias de peligrosidad y otros análogos que razonablemente justifiquen la negativa a obedecer la orden de la empresa”<sup>58</sup>.

Como ya analicé en un trabajo anterior<sup>59</sup>, particular puede ser el caso del personal jerárquico con un cierto grado de cualificación -como pueden ser los técnicos, o los propios mandos intermedios en general que estén altamente especializados-, que actuarían con la denominada “desobediencia técnica”<sup>60</sup>. Hay desobediencia técnica cuando, ante “un supuesto de órdenes dadas a personal altamente cualificado, por los conocimientos técnicos del propio trabajador, éste entiende que, de cumplirse, se podrían producir consecuencias dañosas para terceros”<sup>61</sup>. También se debería tener en cuenta la desobediencia por pura imposibilidad técnica para llevar a cabo la orden del empresario<sup>62</sup>.

<sup>51</sup> Sobre esta cuestión, GORELLI HERNÁNDEZ, J., “Obligaciones y responsabilidades...”, op.cit., p.214.

<sup>52</sup> Así, la STSJ de Aragón, de 20 de mayo de 2002 (Rº. 337/2002), o la STSJ de Asturias, de 24 de noviembre de 2010 (Rº. 1883/2010).

<sup>53</sup> STS de 7 de marzo de 1986 (RJ 1986/1277).

<sup>54</sup> DIÉGUEZ CUERVO, G., “Sobre la obediencia del trabajador”, *Revista de Política Social*, n.91, 1971, p.92.

<sup>55</sup> STSJ de Galicia de 29 de febrero de 2000 (Rº. 236/2000), STSJ de Cataluña, de 20 de febrero de 2001 (Rº. 7451/2000), o STSJ de Andalucía, de 5 de febrero de 2008 (Rº. 1706/2007).

<sup>56</sup> STSJ de la Comunidad Valenciana, de 10 de marzo de 2005 (Rº. 69/2005).

<sup>57</sup> SsTS de 28 de noviembre de 1989 (RJ 1989, 8276) y de 28 de diciembre de 1989 (RJ 1989, 9281). SSTS de 20 de marzo (RJ 1990, 2181), 5 de junio (RJ 1990, 5018) y 5 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 8547), 16 de marzo (RJ 1991, 1864) y 25 de abril de 1991 (RJ 1991, 3387).

<sup>58</sup> SsTS de 2 de noviembre de 1983 (RJ 1983, 5563) y de 26 de febrero de 1985 (RJ 1985, 920).

<sup>59</sup> GARCÍA SALAS, A.I., *Directivos y mandos...*, op.cit., p.178.

<sup>60</sup> MONTOYA MELGAR, A., *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965 p.251.

<sup>61</sup> PÉREZ DEL RÍO, M.T., “La regularidad del ejercicio del poder empresarial y la obediencia debida”, *Poder Judicial*, n.º.6., 1987, p.205.

<sup>62</sup> AGUILERA IZQUIERDO, R., *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, Aranzadi, 1997, p.138.

Se supera así el principio *solve et repete* como única respuesta ante un poder de dirección irregular<sup>63</sup>, aunque esta máxima sigue siendo la regla general<sup>64</sup>. Si la legalidad de la orden es dudosa y no produce perjuicio, vejación o riesgo, debe cumplirse y luego reclamar como corresponda<sup>65</sup>. Y es que la desobediencia legítima no siempre ampara la medida más drástica por parte del trabajador. Su resistencia a la empresa no debe ir más allá de lo estrictamente necesario. Por ello, no siempre un riesgo existente o una orden irregular justifican el abandono, que no deja de ser una medida extrema. Sólo en caso de riesgo grave e inminente se entenderá que el trabajador pueda verse forzado a abandonar el puesto de trabajo. Cuando hablamos del derecho de resistencia recogido en la LPRL, de lo que hablamos no es de un derecho a desobedecer o al abandono del puesto de trabajo en cualquier caso. Como decíamos, tanto la ilegalidad de la orden como la gravedad e inminencia del riesgo están en la base del juicio de valor que debe hacer el trabajador para no extralimitarse.

#### 4.2.2. Cuando el trabajador decide no abandonar el puesto de trabajo en caso de riesgo grave e inminente

Aun no habiendo orden en contrario, otro factor a considerar sería la decisión del propio trabajador de no abandonar el puesto de trabajo, de no ejercer su derecho de resistencia. Y a nadie escapa que, si un trabajador se queda en el puesto, a sabiendas de que se está poniendo en peligro, podría hacerse algún reproche; aunque, desde luego, no puede descargarse toda la responsabilidad sobre él –salvo que hubiera generado él mismo el riesgo grave e inminente por su propia imprudencia temeraria, es decir, sin posibilidad de que la empresa hubiera tenido el control de prevenir o impedir dicho comportamiento–. Si es la empresa la que ha generado el riesgo grave e inminente, directamente o no previéndolo, la responsabilidad principal sigue siendo del empresario, por no prevenirlo y por no proteger a los trabajadores después.

Pero para el trabajador que se queda en el puesto y no ejerce su derecho o no cumple con su deber, según se mire –bien por negligencia grave (al no advertir la gravedad de un riesgo forzosamente reconocible para un profesional como él, siguiendo objetivamente un criterio de lógica ordinaria), bien porque creía erróneamente que podía arreglarlo (imprudencia profesional por abuso de confianza)–, no cabe duda de que esta situación podrá tener sus efectos. Porque, como ya colegimos antes, no podríamos ignorar esta falta de diligencia *quam in suis*.

En consecuencia, si el trabajador actuante fuera a su vez la víctima, y concurriese culpa del empresario, se moderaría la indemnización a percibir; y si perjudicara a terceros su actuar (especialmente si es mando intermedio y no solo no abandona él, sino que no da la orden de abandono), podrían surgir otras responsabilidades, según la gravedad de su culpa, el tipo de daño ocasionado, y todas las circunstancias concurrentes en general. Esta es también la conclusión a la que llega toda la doctrina judicial sobre recargo de prestaciones de Seguridad Social, que avala el porcentaje en el mínimo del 30 por 100 cifrado por la entidad gestora, por ser “indicativo de que la conducta del trabajador ha sido tenida en cuenta en orden a su determinación”<sup>66</sup>. Son supuestos en que, aun ha-

<sup>63</sup> Sobre este cambio jurisprudencial, ver SsTS, de 26 de mayo de 1987 (RJ 1987, 3879), de 4 de febrero de 1988 (RJ 1988, 572), de 19 de septiembre de 1989 (RJ 1989, 6461), y de 29 de junio de 1990 (1990, 5543).

<sup>64</sup> Por ejemplo, ver la STSJ de Islas Canarias, de 27 de octubre de 2016 (Rº. 693/2016)

<sup>65</sup> Vease, por ejemplo, el ATS de 22 de noviembre de 2005 (Rº. 3457/2004), en el que, para la aplicación de la doctrina del *ius resistentiae*, como excepción al deber de obediencia del trabajador a las órdenes empresariales, se destaca “la negativa del trabajador por la existencia de un riesgo real de accidente, al haberse negado aquél a hacer los aludidos trayectos por tener el vehículo los neumáticos desgastados, circunstancia que ninguna similitud presenta con el caso ahora sometido a la consideración de esta Sala, donde se cuestiona la orden empresarial desde el punto de vista de la delimitación funcional de la prestación del actor”.

<sup>66</sup> Así, muy ilustrativa resulta, en este sentido, la STSJ de Andalucía, de 17 de diciembre de 2015 (Rº. 1544/2015), a propósito

biendo infracción empresarial, la imprudencia añadida del trabajador en la gestión de esa situación desemboca en una concurrencia de culpas en relación con el resultado lesivo.

También han sido objeto de análisis estas situaciones en el orden penal. La polémica Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 2 de septiembre de 2003<sup>67</sup>, que apreció imprudencia de la víctima, al no haber adoptado ni exigido el trabajador accidentado las correspondientes medidas de seguridad, determinó que solo a él era imputable penalmente el resultado del accidente (traducido en un delito de resultado que absorbía el delito de riesgo, en aplicación del concurso de leyes previsto en el art.8.3º del Código Penal, al ser el único trabajador que había estado en peligro<sup>68</sup>)<sup>69</sup>. Se trataba de un trabajador oficial de primera, que debía conocer el riesgo de su conducta, y, aun así, “consciente de la inexistencia de medidas de seguridad, procedió a subirse a un caballete aceptando voluntariamente el riesgo de precipitarse al vacío”.

Volvemos a comprobar cómo, a pesar de que las normas infringidas por la empresa tenían como finalidad evitar resultados como los que efectivamente se produjeron, también sobre los trabajadores recae el deber de velar por su propia seguridad, y ello es algo que no puede ignorarse por completo en relación con las posibles consecuencias jurídicas. Ahora bien, cierto es que el trabajador no infringe un deber de cuidado por no utilizar las medidas de seguridad puestas a su disposición, pues precisamente no existían estas medidas de seguridad, que son las que hubieran evitado indubitadamente el resultado lesivo. Quizás lo más parecido a esta situación sea el deber de rechazar unos medios de trabajo inadecuados o inseguros, si seguimos la interpretación amplia del art. 29.2.1º LPRL. Al tratarse en esa sentencia de un incumplimiento por un trabajador con cierta cualificación, apreciándose por el Magistrado imprevisibilidad de la conducta, su actuación omisiva pudo generar una rebaja del reproche culpabilístico a la empresa<sup>70</sup>, de tal manera que esta se situara en un nivel de imprudencia por debajo del exigido para castigar penalmente. Comoquiera que sea, no deja de ser un caso verdaderamente peliagudo, aún hoy<sup>71</sup>. Cuanto más cuando el propio trabajador señaló en el proceso que “aunque era oficial de 1ª y sabía que no había medios de protección necesarios para realizar el trabajo, no los pidió porque lo hubieran puesto en la calle”. Para la doctrina penal, “esta situación de presión (aunque sea psicológica) modifica el posible carácter imprudente de su actuación”<sup>72</sup>.

---

de un accidente sufrido por un trabajador al saltar una esquirla de aglomerado que le rompió las gafas graduadas que utilizaba, a pesar de que la empresa la había dotado de gafas protectoras que, por no ser graduadas, no usaba por resultar incómodas.

<sup>67</sup> SAP Barcelona 665/2003, de 2 de septiembre (Rº. 785/2003).

<sup>68</sup> Según la doctrina del TS, en S. de 22 de diciembre de 2001 (Rº. 279/2000) y en S. de 4 de junio de 2002 (Rº. 3307/2000).

<sup>69</sup> Aún descartada la imputación del delito de resultado, necesariamente imprudente, lo cierto es que desaparecería el concurso de leyes, pudiendo haberse valorado la existencia del delito de riesgo, por no haber facilitado los medios necesarios, creando sin duda un peligro grave; únicamente imputable a la empresa, por otro lado. Como señala además la SAP de Palencia 9/2017, de 15 de febrero (Rº. 40/2016), si finalmente se apreciara la existencia del art.316 del Código penal, se estaría ante un tipo doloso, respecto del que no caben invocaciones acerca de la concurrencia o compensación de culpas.

<sup>70</sup> “Aun no existiendo las óptimas medidas de seguridad apuntadas por el Servicio de Inspección y Seguridad Social en su informe obrante en autos ello no conduce fatalmente a que para el señor M. fuera inevitablemente previsible el evento lesivo producido, pues, y a título de ejemplo, cabía pensar que el trabajador, en el supuesto que no declinara realizar el trabajo encomendado, adoptaría las medidas precautorias adecuadas en evitación de un resultado lesivo para el mismo” (SAP Barcelona 665/2003, cit.).

<sup>71</sup> De hecho, en la muy posterior SAP Las Palmas 93/2017, de 1 de febrero (Rº. 886/2016), se plantea nuevamente que, incluso en aquellos supuestos donde la acción peligrosa del trabajador es consecuencia de su habituación al riesgo (imprudencia profesional) y resulta favorecida por la no actuación del empresario o sus encargados, en orden a modificar la conducta del trabajador (concurrencia de culpas), la actuación de la víctima podrá ser tomada en cuenta para graduar la gravedad de la culpa de los obligados a prestar las medidas de seguridad, mas no romperá la imputación del resultado a los encargados. Se reconoce por el Magistrado que algunos autores afirman que en estos casos no cabría hablar más que de imprudencia leve por parte de los obligados. Y que este es el supuesto que más ocurre en el ámbito de la construcción; donde «difícilmente es imaginable que la víctima no actúe siempre negligentemente cuando se presta a trabajar en un edificio donde el empresario, imprudentemente también, ha infringido las correspondientes normas de prevención de riesgos laborales...».

<sup>72</sup> Ver el comentario de IÑIGO CORROZA, E., “Sobre la sentencia absolutoria de empresarios de la construcción por las lesiones de un trabajador fundamentada en la imprudencia del propio trabajador”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social* nº18/2003, versión digital.

No obstante, debe decirse que, en la mayoría de los casos, los trabajadores que deciden seguir trabajando suelen hacerlo para evitar males mayores, o porque no están seguros y prefieren no arriesgar su empleo. En ambos casos, no estarían incumpliendo ningún deber, por lo que no debería haber mayores consecuencias para ellos; ni siquiera se entendería como culpa concurrente, pues no podríamos hablar de actuar negligente en estos casos. Simplemente deciden no ejercer su derecho; lo que nunca debe interpretarse como que están consintiendo un eventual accidente<sup>73</sup>.

Evitar males mayores podría identificarse, de hecho, con el propósito de aquellos trabajadores que se quedan para neutralizar el riesgo, por ser su deber (art. 21.1b) LPRL): *En este supuesto no podrá exigirse a los trabajadores que reanuden su actividad mientras persista el peligro, salvo excepción debidamente justificada por razones de seguridad y determinada reglamentariamente*<sup>74</sup>. Pero también puede obedecer a una situación en la que los trabajadores espontáneamente se prestan a colaborar como buenamente puedan, arriesgándose probablemente; piénsese en la disposición para apagar un pequeño incendio, no como protocolo de emergencias, sino como una mera intención de ayudar y de que el fuego no vaya a más. Muchos son casos además de comprensible solidaridad con los compañeros. Imaginemos que un trabajador permanece en el lugar de trabajo, poniendo en riesgo su vida e integridad física, para socorrer a otro, aunque realmente no estuviera cualificado para hacerlo en condiciones razonablemente seguras. Probablemente, lo más lógico en ese caso es que pidiera ayuda. El trabajador tiene el deber de velar por su seguridad y de actuar con diligencia (art. 29.1 LPRL). Pero si se quedara e intentara evitar males mayores, es muy dudoso que recayera alguna responsabilidad sobre él.

Para empezar, sus errores podrían deberse a una falta de pericia para actuar en estos casos de peligro -cuyo origen esté muy probablemente en un incumplimiento de la empresa, la cual ya dijimos que es responsable también de la impericia del trabajador para el trabajo encomendado-, más que a una negligencia o falta voluntaria de cuidado. Además, en la “autopuesta” en peligro de este trabajador, provocada en todo caso por terceros, ha de valorarse la finalidad de la acción del propio trabajador<sup>75</sup>. Existe, por otra parte, una causa de exención de la responsabilidad criminal, que elimina la antijuridicidad de las conductas típicas, muy ilustrativa a estos efectos, como es el estado de necesidad (art. 20.5 del Código penal): *El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno, lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurran los siguientes requisitos: 1. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. 2. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. 3. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.*

Y en el caso de aquel trabajador que simplemente no estuviera totalmente seguro de la existencia de riesgo grave e inminente, y ante la duda prefiriera no marcharse para no arriesgar su empleo, básicamente estamos ante una falta de formación o de instrucciones suficientes para autoprotgerse. La empresa, en principio, no debería actuar contra él, pues no ha hecho más que cumplir con su prestación, sin que pueda imputársele ningún incumplimiento culpable. Tampoco existe desobediencia punible cuando, existiendo riesgo cierto para la integridad física del trabajador, este dejase de trabajar brevemente en una máquina mientras se dirige a informarse con el delegado de prevención, aun habiéndose producido un accidente posteriormente<sup>76</sup>. Lo mismo ha de decirse de los casos en que el trabajador se retrasa en interrumpir su actividad, en un esfuerzo por no llegar a ese extremo, aunque posteriormente lo haga por ser inevitable y absolutamente necesario<sup>77</sup>.

<sup>73</sup> STS de 6 mayo de 1998 (Rº. 2318/1997).

<sup>74</sup> Previsto únicamente en el Real Decreto 1932/1998, de 11 de septiembre, de Prevención de Riesgos Laborales en el ámbito de los centros y establecimientos militares, *en función de los intereses o seguridad de la Defensa* (art. 2.1b).

<sup>75</sup> STSJ de Castilla y León, de 25 de febrero de 2015 (Rº. 3/2015).

<sup>76</sup> STSJ de Madrid, de 28 noviembre de 2000 (Rº. 3543/2000).

<sup>77</sup> Como es el caso de la STSJ de la Comunidad Valenciana, de 1 de julio de 1999 (Rº. 2259/1998).

#### 4.2.3. Cuando el trabajador actúa de mala fe o con negligencia grave

Finalmente, ha de repararse en que el art. 21.4 LPRL establece que los trabajadores o sus representantes no podrán sufrir perjuicio alguno (salarial, disciplinario...) derivado de la adopción de estas medidas, a menos que hubieran obrado de mala fe o con negligencia grave. Forma parte de una garantía específica para el derecho de resistencia en caso de riesgo grave e inminente.

La mala fe (esto es, a sabiendas de que no había riesgo grave e inminente, pero utilizándolo como excusa para presuntamente conseguir otro objetivo) se puede apreciar, sobre todo, en si se ha informado o no de la existencia del riesgo al superior jerárquico o al servicio de prevención, pudiendo haberlo hecho; o en la negativa a llevar a cabo la actividad laboral por motivos irrazonables<sup>78</sup>. Por momentos, ha de averiguarse también si se trata de un abuso de su derecho de resistencia al perseguir otros fines como, por ejemplo, el causar un daño a la empresa. A veces, se disfraza de derecho de resistencia lo que, por ejemplo, no es más que una huelga encubierta; teniendo en cuenta que el derecho de resistencia garantiza el salario (art. 21.4 LPRL) y que por la huelga hay descuento salarial (art. 6.3) RDLRT). La actitud rebelde de los trabajadores sería considerada incumplimiento contractual cuando la amenaza con no volver al trabajo no fuera razonable ni proporcional al alcance del riesgo existente<sup>79</sup>. No quiere decirse con ello que los trabajadores no puedan adoptar medidas de conflicto para exigir condiciones de trabajo seguras, pero deberán hacerlo por los cauces descritos (convocando formalmente una huelga, a través de los sujetos legitimados para ello, mediando preaviso, etc.)<sup>80</sup>.

Más complicado se presenta determinar el parámetro de diligencia exigida al trabajador para entender que ha habido negligencia (esto es, cuando el trabajador debía ser conocedor de la gravedad del daño y actuó irresponsablemente suspendiendo la actividad). Habrá que atender fundamentalmente al cumplimiento del trabajador de sus obligaciones en materia preventiva, de conformidad con la formación recibida, las medidas adoptadas y las instrucciones impartidas por el empresario. Sin embargo, la LPRL no exige la mera negligencia, sino que la negligencia sea grave<sup>81</sup>; gravedad que podrá medirse en función del grado de cualificación del trabajador para actuar en esa situación, así como de la existencia de efectos dañosos a la empresa, a otros trabajadores o a terceras personas. Así, para algún autor, “aunque exista un error de apreciación, una valoración precipitada o cualquier otra negligencia simple, la interrupción y el eventual abandono del puesto de trabajo serán perfectamente lícitos”<sup>82</sup>.

En todo caso, la doctrina entiende que en la LPRL existe “una presunción de legalidad a favor de la actuación de los trabajadores y sus representantes que exige al empresario la prueba de la mala fe o la negligencia grave”<sup>83</sup>. Si se demostrasen alguna de estas dos circunstancias, el empresario sí podría descontarle el salario al trabajador por el tiempo que haya abandonado su puesto de trabajo, así como adoptar las medidas disciplinarias que procedan.

<sup>78</sup> Por ejemplo, como la STSJ de Islas Baleares, de 27 de junio de 2008 (Rº. 255/2008), en la que un piloto de una compañía aérea se niega a volar alegando, que la hoja de carga contenía un defecto grave que ponía en peligro la integridad del vuelo y, por tanto, a los pasajeros, cuando la prueba practicada en autos, empero, había demostrado la plena inocuidad del error de impresión observable en la hoja de carga, sin que ello hubiera planteado problemas en ocasiones anteriores.

<sup>79</sup> Véase el célebre caso *Alúmina Aluminio* en la STS de 30 de enero de 1989 (RJ 1989, 316).

<sup>80</sup> Por ejemplo, el caso de la STS de 25 de enero de 2011 (Rec. 72/2010), que declaró ilegal la jornada de paro en protesta por un accidente de trabajo, ocurrido el día anterior, en que falleció un trabajador, ya que no se había producido el correspondiente preaviso al empresario ni a la autoridad laboral.

<sup>81</sup> Según MONTOYA MELGAR, A., PIZÁ GRANADOS, J., y ALZAGA RUIZ, I., *Curso de Seguridad y Salud*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2009, p.266: “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 resulta criticable”

<sup>82</sup> SOLÁ MONELLS, X., *La protección de los trabajadores...*, op.cit., p.53.

<sup>83</sup> SEMPERE NAVARRO, A. [et al.], *Derecho de la seguridad y salud...*, op.cit., p.202.

**Selección bibliográfica**

- ASQUERINO LAMPARERO, M.J., “El derecho de resistencia frente al poder de dirección”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* n. 8/2012.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., “El poder disciplinario en la organización de la empresa”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 23, 2000.
- GARCÍA SALAS, A.I., *Directivos y mandos en materia de seguridad y salud en el trabajo*, Monografías Temas Laborales, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Mergablum, 2004.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S., y APARICIO TOVAR, J., *Comentarios a la ley 31/1995 de prevención de riesgos laborales*, Ed. Trotta, 1996.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J., “Obligaciones y responsabilidades del trabajador en materia de seguridad e higiene en el trabajo”, en *La Prevención de Riesgos Laborales. Aspectos clave de la Ley 31/95*, (Coord. OJEDA AVILÉS, A., ALARCÓN CARACUEL, M.R. y RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.), Aranzadi, 1996.
- GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B., *El deber de seguridad y salud en el trabajo. Un estudio sobre su naturaleza jurídica*, CES, 1999.
- IGARTUA MIRÓ, M.T., *La obligación general de seguridad*, Tirant lo Blanch, 2000.
- IÑIGO CORROZA, E., «Sobre la sentencia absolutoria de empresarios de la construcción por las lesiones de un trabajador fundamentada en la imprudencia del propio trabajador», en *Revista Doctrinal Aranzadi Social* n. 18/2003.
- 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”, *Temas Laborales*, n. 50, 1999.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y RIVAS VALLEJO, M.P. (Directores), *Tratado de Salud Laboral. Tomo I. Aspectos jurídicos de la Prevención de Riesgos Laborales*, Aranzadi, 2012.
- MONTOYA MELGAR, A. *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965.
- MONTOYA MELGAR, A., PIZÁ GRANADOS, J., y ALZAGA RUIZ, I., *Curso de Seguridad y Salud*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2009.
- PENDÁS DÍAZ, B., “Los cuatro deberes básicos del deber de seguridad e higiene en el trabajo”, *Actualidad Laboral*, n. 26, 1986.
- POQUET CATALÁ, R., “Obligaciones de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales (y II)”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n. 9/2012.
- SOLÁ MONELLS, X., *La protección de los trabajadores frente a situaciones de riesgo grave e inminente*, Ed. Bomarzo, 2015.