

"ACEPTACIÓN TÁCITA DO TRABALLADOR NA FORMACIÓN, MODIFICACIÓN E EXTINCIÓN DO CONTRATO DE TRABALLO."

(Ponencia presentada as VII Xornadas Luso-Lispano-Brasilenas de Dereito do Traballo, celebradas en Lisboa os días 28, 29 e 30 de outubro de 1992)

GERMÁN BARREIRO GONZÁLEZ(*)

SUMARIO

- I.- Introducción
- II.- Sobre as chamadas declaracións de vontade
- III.- Sobre o silencio como manifestación de vontade
- IV.- A aceptación tácita do traballador na formación do contrato
- V.- Modificación do contrato e relevancia da aceptación tácita do traballador.
- VI - Extinción do contrato por vontade tácita do traballador

ABREVIATURAS EMPREGADAS

- CC Código Civil
- ET Estatuto dos Traballadores (Lei 8 1980, de 10 de marzo)
- LCT Lei de contrato de traballo do 26 de xaneiro de 1911 (Libro I)
- TCT Sentencia do Tribunal Central de Traballo
- TS Sentencia del Tribunal Supremo
- TSJ Sentencia dos Tribunais Superiores de Xustiza

(*)GERMÁN BARREIRO GONZÁLEZ

Catedrático de Dereito do Traballo.
Diretor da Escola de Graduados Sociais.
Universidade de León.

I.- INTRODUCCIÓN

"Aceptación tácita do traballador na formación, modificación e extinción do contrato de traballo". Tal é o título da Ponencia que se me encargou para estas Xornadas Luso-Hispano-Brasileñas de Dereito do Traballo. É un título certamente xeneroso, moi amplo, que encerra múltiples e complexas cuestións, non só obxectivas, senón tamén de carácter subxectivo por canto sobre aquelas incide de xeito constante o sentido da vontade do traballador, o querido ou non querido por este.. Os límites que nun ensaio desta natureza impón, leva sen embargo à necesidade de proceder a un acotamento das cuestións a tratar intentando así unha construción nas súas liñas esenciais, deixando à marxe problemas, non obstante a súa recoñecida importancia. Espero ter acertado no empeño.

Nos apartados II e III comézase por examinar desde unha perspectiva civilista, dunha parte, as chamadas declaracións tácitas de vontade e doutra o silencio como manifestación de vontade, no ámbito da formación dos contratos e todo isto coa finalidade de obter medios de apoio para o concreto ámbito da contratación laboral.

Omítese, entre outras cuestións de indubidable interese, o problema do tratamento das posibles distintas variantes dentro do complexo fenómeno que supón o consentimento, variantes que poden manifestarse harmonicamente pero que poden tamén non facelo: a vontade interna individual de cada un dos contratantes, a declaración que emite cada un deles e a intención ou vontade coincidente ou común de ambos.

A aceptación tácita do traballador na formación do contrato de traballo que se examina no apartado IV seguinte, centrase fundamentalmente no consentimento tácito do traballador -- *facta concludentia* e silencio -- nos estadios últimos do proceso de formación e perfeccionamento do contrato, non entrando sen embargo, pese á súa indubidable importancia e por razóns *supra* sinaladas, nos tratos preliminares, entendidos aquí como as meras conversacións e contactos

entre traballador e empresario tendentes á celebración ou non do contrato; no que á vista da experiencia do dereito común, denominouse principalmente da man da xurisprudencia, precontrato de traballo, contrato de promesa de traballo ou simplemente, promesa de traballo, entre outras acepcións; no contrato de traballo xa celebrado pero pendente de execución precisamente por estar suxeito a condición ou termo suspensivo, suposto este en ocasións de difícil distinción respecto do precontrato xa sinalado e no contrato de traballo xa celebrado e definitivo con obrigacións puras pero que nunca chegou a executarse.

Con respecto ós dous últimos apartados, V e VI, sobre a aceptación tácita do traballador na modificación e extinción do contrato respectivamente, o estudo céntrase fundamentalmente polo que á modificación se refire, na actitude que o traballador pode adptar fronte ás ordenes empresariais que especifiquen a prestación laboral, e moi especialmente a aquelas con orixe nas denominadas "modificacións substanciais" que, posibilitando a resolución indemnizada do contrato, obriga sen embargo ó previo cumprimento do mandato baixo o risco -- que inicialmente desaparece en supostos excepcionais de que se interprete a súa falta de acatamento se acompañada de inasistencia como indicativa de vontade resolutoria unilateral. De entre as múltiples manifestacións da vontade tácita das partes na extinción do contrato de traballo, o estudo céntrase na máis típica, isto é, no denominado abandono, como manifestación da vontade lícita resolutoria do traballador. O rico urdido de problemas que se entrecruzam tanto nunha como noutra materia forza a que só tangencialmente abórdense algúns necesariamente reducidos a breves apuntes, temas que requirirían por si mesmos propios estudos monográficos.

II.- SOBRE AS CHAMADAS DECLARACIÓNS TÁCITAS DE VONTADE

1. O dereito común español -- partindo da regra xeral contida no art. 1278 CC. conforme ó que, "os contratos serán obrigatorios, calquera que sexa o xeito en que se celebraran, sempre que

neles concorran as condicións esenciais para a súa validez" -- require para que haya contrato a existencia de consentimento que non é concebido nin como mera fórmula xurídica, nin como mero requisito accidental, senón moi polo contrario como substancial e constitutivo, del tal modo que se exteriorice de xeito indubitado a existencia de conformidade dos suxeitos do contrato sobre a materia e a causa que han de constituilo. Óadmiti-lo dereito todas aquelas formas que segundo os usos devènen idóneas como medios de exterioriza-la declaración de vontade, cabe entón dicir, como regra xeral que tal exteriorización é válida calquera que sexa o xeito que revista a súa manifestación.

En efecto, o libro IV do CC, "das obrigacións e contratos", no seu título II "dos contratos", capítulo II, "dos esenciais para a validez dos contratos", contén unha disposición xeral, o art. 1261, que ó seu teor, "non hai contrato senón cando concorren os requisitos seguintes: 1º Consentimento dos contratantes, 2º Obxecto certo que sexa materia de contrato, 3º Causa da obrigación que se estableza". Pola súa parte o parágrafo primeiro do seguinte art 1262 sinala que "o consentimento maniféstase po-lo concurso da oferta e da aceptación sobre a cousa e a causa que han de constituí-lo contrato"

Como sinala DIEZ-PICAZO é este o procedemento normal, aínda que non o único, de celebración dun contrato, a formación deste pola concurrencia dunha oferta e unha aceptación; ou se se quere matizar máis e ser máis realistas con DE COSSÍO e CORRAL, unha sucesión de ofertas e aceptacións, e incluso unha sucesión de ofertas e contraofertas, de tal xeito que, en ocasións as partes asumen indistintamente os papeis de oferente e aceptante, ata a oferta e aceptación definitivas que remata o proceso.

Tendo esto presente, doutrina e xurisprudencia non dubidan en sinalar que a aceptación -- o igual que a oferta é tamén, con DE COSSÍO e CORRAL, unha declaración de vontade de natureza recepticia; "a declaración de vontade que emite o destinatario dunha oferta

aceptándoa" -- non ten forma determinada na súa declaración senón que polo contrario rexe o principio de liberdade de forma.

2.- A declaración de vontade de aceptación pode ser polo tanto expresa ou tácita. Aínda que a doutrina civilista advirte que ambas non están suficientemente perfiladas e que non sempre é nítida a súa distinción, a tácita, aquí obxecto do noso interese, pode explicarse con DE CASTRO e BRAVO para quen, nas chamadas declaracións tácitas de vontade, "a conducta tida en conta non é **por si mesma** significativa dunha declaración de vontade, senón que de tal conducta **infírese que debeu haber** tal vontade (*"indicio voluntatis"*). Cualificóuselles de **tácitas**, porque resultan non dos ditos, senón dos feitos (*"facta condudentia"*), ou pode tamén explicarse con DIEZ PICAZO para quen, "en realidade non existe unha auténtica comunicación dun pensamento a través dos signos idóneos para transmitilo. O que ocorre nelas é que unha persoa realiza un determinado acto ou adopta un determinado comportamento, que sen declarar abertamente nin manifestar unha vontade, por unha parte permite presumir que tal vontade existe e, por outra parte, permite ós demais inducir obxectivamente un consentimento contractual. A declaración de vontade tácita é aquela que se realiza por medio de actos concluíntes (*"per facta condudentia"*).

III.- SOBRE O SILENCIO COMO MANIFESTACIÓN DE VONTADE

1.- Estreitamente relacionado coas chamadas declaracións tácitas de vontade -- e aínda en ocasións practicamente inescindible das mesmas como máis adiante se vai a ver -- atópase o silencio. Doutrina e xurisprudencia discuten permanentemente se o silencio pode ou non ser considerado como unha declaración de vontade constitutiva dun contrato ou, en xeral, como a existencia dunha determinada vontade productora de efectos xurídicos.

2 - A discusión -- que no noso mundo xurídico ten os seus antecedentes con DE CASTRO e BRAVO na resposta que da

PAULO no Digesto: *qui tacet, non utique fatetur: sed tamen verum est, eum non negare*: traducida en Las Partidas: "que aquel que calla non se entende que sempre otorga lo quel dizen, maguer non responda: mas esto es verdad, que non niegue lo que ove' -- como sinala DIEZ PICAZO, materializouse na formulación pola doutrina de dúas teorías extremas: dunha parte, *qui tacet non utique fatetur*, é dicir, o que garda silencio non di nada: nin afirma nin nega, nin polo tanto, manifesta vontade algunha; doutra, *qui tacet consentire videtur*, é dicir o que garda silencio, consinte ou outorga ó declarado ou manifestado por outra persoa.

3.- Pero, ademais das dúas posturas sinaladas cabe falar dunha terceira intermedia: *qui siluit, quam loqui debuit et potuit, consentire videtur*. O respecto sinala DE CASTRO e BRAVO que, "o silencio, por si mesmo, non significa máis que a carencia de expresión e da nada non cabe sacar ningunha consecuencia positiva. Poderá adquirir valor significativo, pero só en conexión con outros feitos ou actos, e enton como parte dunha complexa conducta expresiva... pode valorarse como verdadeira declaración de vontade, que dá nacemento ó negocio ou modificación, cando expresa ou tacitamente... se lle atribuíu o significado de aceptación... tamén pode nacer unha responsabilidade negocial nos supostos de que a vinculación polo silencio resulte dunha disposición legal, do uso ou da boa fe... cando non existan ditas bases negocial ou normativa, que dean valor vinculante ó silencio ou das que resulte a obrigaón de rompelo, é dicir, na maioría dos casos, o gardar silencio ante unha oferta non suporá aceptación nin orixinará obrigaóns... tanto máis esto será así nos casos en que o silencio sexa resposta ó proceder alleo impertinente".

En definitiva a situación que se contempla é, con DE COSSÍO e CORRAL, a de que "o alcance que haxa que atribuírse en cada caso ó silencio... varía extraordinariamente... en todo caso, é indudable que haberá de atenderse á valoración común que nunha determinada sociedade dáse a cada tipo de conducta, e quen con esta crea unha aparencia de vontade contraria á real e debida pola súa negligencia ou mala fe, será responsable do seu modo de proceder". Dito doutro xeito,

con DIEZ PICAZO: "en realidade, o problema do silencio non pode recibir unha resposta unívoca e xeral para tódolos casos. A solución depende, en cada hipóteses concreta, da valoración que debe atribuírse ás circunstancias do suposto, de acordo coas esixencias da boa fe e co sentido obxectivo que razoablemente debe atribuírse á conducta omisiva".

A xurisprudencia, pola súa parte, fíxose eco desta interpretación ecléctica que sen lugar a dúbidas procura mellor solución á rica variedade da práctica, que as posturas extremas *supra* mencionadas.

Neste sentido é paradigmática a TS (Civil) do 24 de novembro de 1943 que acostuma a cita-los tratadistas de Dereito Civil, incluso os actuais, e tales razoamentos consolidáronse en sentencias posteriores, como nas moi importantes TS (Civil) 24 xaneiro 1957 e 14 xuño 1963 entre outras. Polo seu interese e transcendencia é convinte transcribi-lo seu quinto considerando: "o delicado e tan discutido problema do valor xurídica das abstencións terá que ser enxuciado con grande cautela, xa que, en principio, o silencio pola súa propia natureza de feito negativo, non pode ser estimado como expresivo dunha vontade; e se ben a doutrina científica moderna soe admitir que, nalgúns casos, o silencio é susceptible de ser interpretado como asentimento e por ende manifestación do querer, partindo para isto da sinxela idea de que o silencio pode servir de proba ou presunción de vontade, ou ben fundando aquela conclusión na teses de que pode se-lo silencio fonte de responsabilidade substitutiva da vontade, toda vez que as necesidades prácticas consagradas polo uso imponen enviar unha resposta a certas persoas (sobre todo se se ten con elas relacións seguidas de negocios), e se non se fai así, o silencio prolongado equivale a unha falta, que pode estimarse terá que ser reparada tratando ó que calou como se aceptara, é forzoso de tódolos xeitos, ter en conta: 1º Que aínda non chegou a doutrina a establecer nesta materia fórmulas de xeral aceptación, suficientemente seguras e precisas, que teñan ademais o debido acoplamento a noso ordenamento positivo; 2º Que se se acepta, pola gran difusión que tivo e aínda conserva, o antergo punto de vista de que o silencio vale como declaración cando dada unha

determinada relación entre dúas persoas, o modo corrente de proceder implica o deber de falar, xa que se o que pode falar e non o fai, reputarase que consinte en aras da boa fe... será necesaria para a estimación do silencio como expresión do consentimento a concorrencia destas dúas condicións: unha, que o que cala "poida contradicir" o que presupón, ante todo, que tivera coñecemento dos feitos que motiven a posibilidade da protesta (elemento "subxectivo"); e outra, que o que cale "tivera obrigación de contestar", ou cando menos, fora natural e normal que manifestase o seu discentimento, se non quería aproba-los feitos ou propostas da outra parte (elemento "obxectivo").

IV.- A ACEPTACIÓN TÁCITA DO TRABALLADOR NA FORMACIÓN DO CONTRATO DE TRABALLO

1.- A existencia do contrato de traballo -- do que a definición legal aparece no art. 1.1 ET ó determina-lo ámbito de aplicación deste corpo legal sinalando que, "a presente Lei será de aplicación ós traballadores que voluntariamente presten os seus servicios retribuídos por conta alca e dentro do ámbito de organización e dirección doutra persoa, física ou xurídica, denominada empregador ou empresario" -- require a concorrencia dos requisitos xa sinalados contidos no art. 1261 CC: isto é, o consentimento dos contratantes, traballador e empresario e obxecto e causa do contrato, entendidos estes dous últimos respectivamente como "o traballo mesmo, a actividade do traballador", tamén e traslativamente, "as obrigas -- de traballar, de remunerar -- asumidas polas partes, sendo o traballo e o salario, a súa vez, obxecto destas obrigas" e como "a cesión remunerada dos froitos que do... mesmo (traballo) resultan" (ALONSO OLEA), explicación da causa no contrato de traballo embecida na xeral dos contratos onerosos do art. 1274 CC.

Dos tres requisitos sinalados e dado o obxecto do noso interese, deve traerse a un primeiro plano o do consentimento dos contratantes -- e en especial o do traballador -- aínda que isto non significa que o obxecto e a causa do contrato queden arrombados como medios de valoración da aceptación tácita do traballador na formación do

contrato: moi polo contrario, e ó igual que sucede na aceptación expresa, sendo os problemas en realidade comúns a ambas debe terse sempre presente que os tres requisitos atópanse estreitamente relacionados.

2.- No proceso de formación do contrato de traballo, existe así mesmo oferta do empresario e aceptación do traballador, ou como xa se dixo desde unha perspectiva contractual xeral, unha sucesión de ofertas e aceptacións, e incluso unha sucesión de ofertas e contraofertas.

Este proceso, tamén no ámbito da contratación laboral, está rexido polo principio de liberdade de forma, tendo como corolario a liberdade de forma do propio contrato de traballo. ó dici-lo inciso primeiro do art. 8.1. ET, que este, "poderase celebrar por escrito ou de palabra"; unha liberdade de forma, que no que respecta á existencia do contrato non se ve afectada pola esixencia do art. 8.2. ET -- polo demais, non o único -- da constancia por escrito de determinados contratos de traballo.

Por outra banda, debe terse en conta que a referida posibilidade do art. 8.1., inciso primeiro ET, de celebra-lo contrato por escrito ou de palabra non pecha outras posibles vías, distintas da oralidade ou a escritura. No Dereito español do Traballo, -- tamén á vista da LCT como nos recorda TS 9 xullo 1971 -- non cabe a menor dúbida, non xa de que a escritura sexa necesaria, senon, "de que nin sequera a oralidade fai falta, bastando xestos, acostumados ou non, que revelan a vontade de presta-lo consentimento contractual" (ALONSO OLEA). "A figura do consentimento presunto, en realidade, non supón senón concreción do xeral principio de liberdade de xeito na manifestación da vontade" (SEMPERE NAVARRO). Nada impide polo tanto que a declaración de vontade de aceptación do traballador poida ser realizada de xeito tácito.

3.- Isto leva no ámbito da formación do contrato de traballo a averiguar cales poden ser esos *facta concludentia* ós

que dende unha perspectiva xeral faciase referencia con anterioridade, como acto inequívocos do traballador no senso de que non deixen lugar a dúbida sobre a manifestación da súa vontade pechando así a posibilidade de que esta poida ser obxecto de diversas interpretacións, e isto, ademais, tanto se a conclusión do proceso de formación do contrato tivo sucesivas ofertas e aceptacións como se, cabe dicir, foino a través dunha oferta e aceptación nun único acto global. Repárese ademais en que a oferta empresarial puido ser parcelada ou non, pormenorizada ou non, expresa ou tácita tamén, ou incluso non ter existido unha verdadeira oferta, aínda que o traballador realizara algunha actividade con consentimento do empresario, (este último suposto en TSJ Extremadura II xuño 1991), o que engade complexidade o devandito proceso.

O contrato pode experimentar un proceso de formación a través de aceptacións tácitas do traballador (intercaladas ou non con aceptacións expresas) ás sucesivas ofertas do empresario. Así por exemplo ante a oferta salarial, e sen pronunciarse sobre ela o traballador pregunta sen embargo sobre o horario, a xornada ou sobre o lugar de traballo, etc. O mesmo pode dicirse cando un traballador, coñecendo as condicións nas que ha de prestarse o traballo, amosa a súa disconformidade con algunha daquelas. De tal conducta non cabe senón deducir que o traballador -- lonxe de colocarse no mero silencio -- consentiu tacitamente nas demais condicións que non foron obxecto de protesta ou oposición a través daquela manifestación de vontade. Pero a conclusión deste proceso, que dito sexa de paso non sempre aparece rematado con nitidez, existe, por así dicilo, unha manifestación final ou derradeira do traballador, expresa ou tácita.

Nesta orde de cosas, a doutrina civilista admite como comportamento concluínte o comezo-la execución do contrato proposto ou calquera outro acto expresivo dunha inequívoca vontade de contratar. Dúas manifestacións básicas estas que é preciso examinar por separado no ámbito obxecto aquí do noso interese.

4.- Comezar a traballar constitúe así mesmo un comportamento concluínte no ámbito da contratación laboral que, aínda que tácito, debe reputarse no principio inequívoco sobre a vontade do traballador de presta-lo seu consentimento. Dito coa TCT 15 setembro 1987. "non pode esquecerse que a vontade de acepta-la oferta ponse de relevo polo simple feito de comezar".

Pero convén sinalar que non se está ante unha mera relación de traballo fáctica senón ante un verdadeiro contrato de traballo, consensual, negocio xurídico que crea un vínculo obrigacional entre as partes e que se perfecciona polo acordo das mesmas, polo seu consentimento (art. 1258 CC), que do lado do traballador se pescuda por un comportamento tácito pero en principio, inequívoco cal é o comezo da execución da actividade. Ocorre en realidade que, "se presume *iuris tantum* o consentimento, e polo tanto a existencia de contrato de traballo, do feito de que se traballe para outro" (DIÉGUEZ CUERVO). "A presunción (do art. 3 LCT: hoxe a contida no art. 8.1 inciso segundo ET), fúndase na idea do consentimento tácito, da conducta de traballador e empresa dedúcese a existencia de contrato de traballo, por esto ó traballador bástalle con proba-la prestación do servizo" [TS 14 outubro 1978, coa que concorda a de 9 outubro 1986; tamén TCT marzo 1988].

Cabe así dicir con MONTOYA MELGAR que, "non se discute que a orixe normal de toda relación laboral é a celebración dun contrato, e que as aparentes relacións de feito fundadas na pura incorporación á empresa teñen a súa verdadeira orixe nun contrato tácito". Se do caso concreto se desprende sen embargo que non houbo consentimento tácito, -- téñase presente que nestos casos o que pode ocorrer e con algunha frecuencia, do que é mostra o suposto contemplado en TCT 22 setembro 1981, ou en TSJ Andalucía 20 decembro 1991, é que falte o consentimento do empresario entón estaremos ante a existencia de feito dunha relación -- residindo a súa peculiaridade "en que non se trata xa dun feito ou conducta á que se outorgue significado de negocio xurídico e da que, consecuentemente, se derivara a relación negocial, senón que, polo contrario, o que hai é un facer contrinuado das partes, idéntico ó que

haberia de ter como fundamento un negocio xurídico válido. Falta o feito venerador dos dereitos e obrigas, pero estas e aqueles fóronse dando de xeito continuado" (DE CASTRO Y BRAVO) -- en definitiva, traballo de feito ós efectos aquí do noso interese encadrable con DIEZ-PICAZO no grupo "das relacións duradeiras creadas con base nun contrato ineficaz [que] pertencen à problemática da ineficacia dos contratos e en especial a de contratos cumpridos non obstante a súa nulidade"

5 - Por outra parte, se ben o traballador aínda non comenzou a prestar servicios, realiza outro tipo de actos distintos da execución do traballo que, no seu caso, poden ser tamén reflexo dunha inequívoca declaración da vontade tácita de presta-lo consentimento contractual

Pénsese por exemplo no traballador que ante unha oferta contractual, adquire determinados obxectos necesarios ou requeridos para comezar a desenvolver-la actividade trasládase á localidade na qual se atopa a empresa, vista o lugar ou centro de traballo, incluso empregando para isto o transporte da empresa, vai a coñecer ós traballadores que xa prestan servicios ou se presenta no lugar de traballo o día sinalado polo empresario

Respecto destes supostos e outros moitos que poderiam terse aquí a colación non e posible afirmar con carácter xeral se estamos ou non ante *facta concludentia* ante comportamentos concluintes expresivos dunha indubitada aceptación tácita do traballador. A multiplicidade de sectores productivos e actividades impídeno, como o impide tamén o tipo de empresa e de empresario, así como a propia categoría profesional do traballador, o seu acervo profesional e cultural, os termos nos que foi formulada a oferta contractual ós que xa fixemos referencia, a súa revogabilidade, se procedente, etc

Non cabe dúbida de que os usos sociais, a costume local e profesional ou as esixencias da boa fe, entre outros extremos, poden e deben ser empregados para valorar se estamos ante

verdadeiras declaracións tácitas de vontade; pero haberá que estar ás circunstancias do caso concreto. Pénsese por exemplo, en actos citados *supra* por vía de exemplo, en sectores tan diferentes como o agrícola, a construción, oficinas e despachos, bancario, etc.

6.- Polo que respecta o silencio, cabe preguntarse polo seu valor como manifestación da vontade no contexto que agora se analiza.

Das dúas condicións que como se viu (apartado III núm. 3) require o Tribunal Supremo teñen que concorrer para a estimación do silencio como expresión do consentimento, parece que non hai obstáculo en admiti-la primeira, isto é, a de que o traballador que cala pode contradici-la oferta empresarial, cando menos na xeneralidade dos casos; non sen embargo en admitir sen reparos a segunda isto é, a de que o traballador que cala tivera obriga de contestar aínda cando das circunstancias do caso concreto fora natural e normal que manifestase o seu disenso.

Por conseguinte, o mero silencio ante a oferta empresarial de contratar -- sen conexión algunha con outros feitos ou actos do traballador que desvelen de modo inequívoco o sentido daquel -- non pode supoñer manifestación de consentimento algún de aceptación da oferta contractual: *qui tacet consentire videtur* non é aquí de aplicación; pero tampouco *qui tacet non utique fatetur*, se das circunstancias do caso transcorreu un tempo que no tráfico xurídico se estime como razoable no sentido de interpreta-lo silencio como rexeitamento da oferta contractual, frustándose aí o perfeccionamento do contrato. A dobre condición concorrente sinalada que esixe o Tribunal Supremo pode terse presente como valioso instrumento de apoio na valoración do silencio; só que aquí para desvelar que non existe vontade de contratar por parte do traballador.

Na medida en que ó silencio seguen actos ou condutas que poidam ser valorados como *facta concludentia*, entón

estaremos máis precisamente ante unha declaración tácita de vontade á que xa nos referimos con anterioridade.

7.- Repárese finalmente que sobre as cuestións que foron obxecto de reflexión planea a referente ó momento en que debe entenderse formado definitivamente o contrato e sobre a que non hai unha postura unívoca que procure resposta ou solución definitiva por moito que se diga que a formación do contrato ocorre mediante o concurso da oferta e a aceptación.

A formación do contrato de traballo debe así ter presente as distintas teorías formuladas pola doutrina civilista ó obxecto de procurar solución á cuestión presentada. De entre elas, (teoría da emisión: da "cognición" ou do coñecemento: da expedición: e teoría da recepción), sinala DIEZ-PICAZO que o CC parece, polo menos *prima facie*, inclinarse pola teoría do coñecemento, aínda que isto non resolve tódolos problemas que na práctica se soen orixinar, (por exemplo o da demora en coñecer-la aceptación imputable ó oferente), polo que debe acudirse tamén á teoría da recepción.

V.- MODIFICACIÓN DO CONTRATO E RELEVANCIA DA ACEPTACIÓN TÁCITA DO TRABALLADOR

1.- O acordo inicial entre empresario e traballador ó través do que se precisan, como maior ou menor detalle, o contido e límites das prestacións que respectivamente asumen no contrato de traballo, se ben se axusta ó principio, primeiro e principal da contratación, segundo o que as obrigas del nadas "teñen forza de lei entre as partes contratantes, e deben cumprirse a teor dos mesmos" (art. 1.091 CC), non pode obvia-la realidade de referirse a unha relación de tracto sucesivo na que a natureza constitutivamente dinámica da empresa e o variable das súas necesidades esixen a permanente adaptación a circunstancias non previstas orixinariamente.

O ordenamento xurídico laboral, consciente da imposibilidade de prever no momento da celebración do contrato todas e

cada unha das circunstancias, arbitra unha dobre solución. Dun lado, a novación contractual -- na que obviamente cabe unha aceptación tácita do traballador --; doutro, e fundamentalmente, a posibilidade de que o empresario modifique e especifique de xeito unilateral o traballo convido, adecuándoo ás esixencias organizativas e productivas que se lle presenten.

2.- A concreta articulación da facultade -- poder empresarial -- anteriormente aludido presenta unha riqueza tal de modalidades que a súa simplificación, por numerosas que sexan as variables empregadas, crea o risco de descoñecer-la rica urdimbre das situacións posibles. Non obstante, cabe aludir a unha división básica establecida polo lexislador: dunha parte, as meras concrecións ou especificacións da obriga laboral e doutra, as variacións ou alteracións fundamentais nos seus elementos básicos. En tanto que sobre as primeiras outórgase ó empresario plena dispoñibilidade -- "poder forte" (MONTROYA MELGAR) --, as segundas ven atemperada a súa posibilidade polo complemento dos oportunos controis a cargo dos representantes dos traballadores ou da Administración ("poder débil").

En todo caso (e deixando á parte os supostos de novación modificativa por mutuo acordo, cun núcleo de problemas que pode ser reconducido ó xa exposto no ámbito de formación contractual e dentro do que se deben integrar singularmente, as transformacións dos contratos temporais en indefinidos se a prestación laboral continúa unha vez cumpridos o termo ou a condición da que pendía a súa vixencia, habida conta -- e como sinala a clásica TS (Civil), 24 xaneiro 1987 -- "a vontade de levar a cabo a extinción da obriga primitiva e a súa substitución por outra, *"animus novandi"*, aparecerá dos termos do acto con toda claridade, pero non sempre é preciso que conste expresamente, pois o Código Civil admite no art. 1204, ó lado da manifestación expresa da vontade de novar, a manifestación tácita, inducida da incompatibilidade entre as dúas convencións, correspondendo en definitiva ós Tribunais, atendendo en cada caso concreto ás circunstancias que nel concorran, decidir se esa incompatibilidade de vontades existe, hipótese na que haberá novación, ou non existe, suposto en que haberá mera modificación da

obriga"). apreciase o distinto xogo da vontade tácita neste concreto ámbito. Dado o deber básico que pesa sobre o traballador de "cumpri-las ordes e instrucións do empresario" -- fundado no art. 5.a) ET e reiterado polo art. 20.2 do mesmo corpo legal -- como consecuencia da súa dependencia -- recollida como nota esencial da relación laboral no art. 1.1 ET --, preséntasele unha alternativa única: obedece, -- e manifesta ó través dos seus actos a aquiescencia ás ordes empresariais -- ou, caso contrario, habera de asumir as consecuencias derivadas do seu indisciplinado proceder.

Este inicial punto de partida, interesadamente simplista, require, non obstante, unhas necesarias puntualizacións.

En primeiro lugar, a moralización ordinaria da obriga laboral polo empresario, configúrase como un verdadeiro poder de dirección, imprescindible para a execución e cumprimento do contrato (art. 1258 CC) na medida en que posibilita a "transformación da prestación [relativamente] xenérica do traballador nunha prestación específica" (CRUZ VILLALÓN); en cambio, o *ius variandi* permite ó empresario "variar unilateralmente, de modo esencial -- en canto excepción ó art. 20.1 ET e 1091 CC --, e con carácter temporal, o contido da prestación de traballo, en función das necesidades sobrevidas na organización productiva" (RODRÍGUEZ-PIÑERO), normalmente cualificadas polas non tan de urxencia ou imprevisibilidade (arts. 32.4 e 35.3 ET -- pero non imprescindiblemente, p. ex., os desprazamentos do 40.3. ET --). Sen entrar na polémica doutrinal acerca dos límites de tal poder de variación -- cinguíndoo unicamente ás modificacións temporais ou extendendoo tamén ás estruturais --, o certo é que existe un último grupo de modificacións (reguladas nos arts. 40.1 e 41 ET) que facultan ó empresario a adaptalas condicións de traballo ás meras necesidades "técnicas organizativas ou productivas" da actividade, sen límite temporal, cun fin último que non é outro que satisfacer aquelas necesidades sen ter que acudir á extinción dos contratos: se ben -- debe recoñecerse -- non deixan de habilitar novas formas de extinción (arts. 40.2 y 41.3 ET) e poden xerar, incluso, un "despedimento indirecto" do traballador [art. 50.1 a) ET].

A desobediencia -- vontade de incumprimento que admite tanto a exteriorización expresa, canto conductas tácitas, e neste caso conluíntes, daquela indicativas-xeraría diversas consecuencias segundo afecte a cada un dos citados grupos. Se referidas a ordes emanadas en virtude do poder de dirección ou de variación meramente temporal cualificado polas notas urxencia ou imprevisibilidade, tratarase de manifestacións de indisciplina xustificativas da sanción empresarial que, segundo a súa gravidade ou culpabilidade, pode orixinar incluso o despedimento (art 54.2 ET). Diversa é a situación de incumprimento fronte a modificacións substanciais -- cualificación que, en principio, compartirían as derivadas do exercicio do *ius variandi* polo empresario, pero que, sen embargo, o ET refire unicamente ós supostos do art 40.1 e 41 ET, precisamente para individualizalas respecto daquelas -- na medida en que non poden ser impostas unilateralmente polo empresario e ábrese ó traballador a opción entre acepta-la modificación ou extingui-la relación percibindo a cámbio a indemnización legalmente tasada, sen obviar dos variantes sobre as que posteriormente volverase -- dado o interese específico que o obxecto desta ponencia presentan -- cales son o *ius resistentiae* e a aceptación condicionada á ratificación xudicial da lexitimidade da modificación substancial introducida.

En segundo lugar, o deber de obediencia cinguese a prestación laboral e, polo tanto, calquera modificación que se estenda á conducta extralaboral do traballador só poderá admitirse na medida en que puidese afectar o cumprimento da súa prestación contractual. Igualmente, o sometemento ás ordes empresariais o é en canto estas non sexan ilegais ou abusivas o que directamente se relaciona co xa aludido dereito de resistencia fronte a modificacións substanciais que non respecten o control administrativo ou dos representantes dos traballadores. Por último, e dentro deste último elemento de referencia, os dereitos do traballador -- intimidade, igualdade, dignidade persoal, liberdade e ideolóxica e relixiosa -- suponen outros tantos límites ó poder de dirección empresarial e xustifican a excepción ó principio xeral -- *verdadero solve et repete* -- tenazmente sostido pola xurisprudencia, a teor do que primeiro se debe acata-la orde e posteriormente reclamar.

3 - Configurado como un "poder forte" aquel de decidir modificacións excepcionais para atender as concretas necesidades temporais da actividade productiva, debe terse en conta, non obstante, que o empresario, por razóns de política empresarial, pode preferir acudir á vía do mutuo acordo -- expreso ou tácito (TCT 13 xaneiro 1987) -- para que opere a mobilidade funcional [traballos de superior ou (sobre todo), de inferior categoría]. Nestos casos, o acordo servirá de instrumento que incentive a aceptación do traballador, pero sempre operará como límite o respecto ós mínimos normativos, a tal punto que "calquera acordo que supuxese unha minoración de tales límites habería de ser considerado, en consecuencia, como unha renuncia de dereitos do traballador, constitutivo de fraude de lei" (SALA FRANCO). Se imposta de xeito unilateral polo empresario, goza de executividade e debe ser pactada polo traballador (ou traballadores) destinatario, sen prexuízo do seu dereito a reclamar xudicialmente solicitando a nulidade da orde -- u outras posibles vinculadas ós dereitos salariais, constatación da vivencia da emerxencia -- e o dereito a resistirse, incumprindo a orde, cando aquela fora manifestamente prexudicial para o traballador ou terceiros, abusiva ou ilegal, pero mantendo a súa dispoñibilidade respecto á prestación ordinaria.

Iguais consideracións poden ser efectuadas respecto ós desprazamentos, a orde é inmediatamente executiva e debe ser acatada polo traballador, impedindo a configuración dun *ius resistendae* polo mesmo, e facendo así incorrer ó traballador en incumprimento sancionable -- salvo lóxicamente nos supostos de ordes abusivas, contrarias á boa fe ou carentes da concreción mínima esixible --, sen prexuízo de que puidera oponerse -- en vía administrativa -- alegando calquera causa *xusta*, basicamente a inexistencia de razóns técnicas, organizativas ou productivas. En definitiva, mentres a autoridade laboral non resolva, a decisión empresarial non se suspende e aquela decisión unilateral do traballador neste senso configura verdadeira causada de sanción (TS 3 xaneiro 1990, 28 maio 1990, TSJ Madrid 24 xullo 1991).

4 - Non obstante o exposto, os maiores problemas presentanse nas denominadas "modificacións substanciais", isto é, aquelas decisións de cambio unilateralmente introducidas polo empresario esixindo o legislador, para a súa validez, o necesario complemento do control polos representantes dos traballadores ou a Administración. Tales problemas surven xa no momento da súa determinación ou concreción e estendéndose a circunstancias tales como os acordos tácitos colectivos ou individuais, o fundamento da opción extintiva, a traslación do principio *solve et repete*, os riscos do exercicio do dereito à resistencia ou os problemas relativos ó exercicio da acción resolutoria.

4.1 - En canto categoría xurídica autónoma, as "condicións substanciais" constitúen un concepto xurídico indeterminado, que unicamente pode desvelarse a partir da consideración consunta de tres factores básicos, o prexuízo que reporta ó traballador, a entidade do cambio e os límites que ó poder de dirección empresarial establecen lei e convenios. En consecuencia -- e sintetizando un riquísimo conxunto de reflexións doutrinarias -- haberá de considerarse tales unicamente aquelas "sobre as que se podía pactar e dispor polas partes mediante o contrato e que non podían ser impostas polo empresario en virtude dos seus poderes de organización laboral, xa tiveren ou non a cobertura dunha norma de dereito dispositivo" (RIVERO LAMAS) diferenciándose das accidentais -- que non afectan ó *status* básico do traballador (TS 13 xullo 1983, TCT 5 decembro 1984) -- por referirse "o esencial do contrato de traballo, a súa propia e básica natureza" (TS 24 novembro 1986, 14 xullo 1989).

4.2 - En función da natureza colectiva ou individual dos intereses en presenza cabe diferenciar dous tipos básicos de modificacións substanciais: aquelas que afectan exclusivamente a dereitos e intereses dun traballador singularmente considerado (individuais) e as que presentan relevancia para un grupo ou para a totalidade (colectivas), aínda que logo se materialicen nun só traballador, polo que non importa tanto a dimensión cuantitativa, canto a cualitativa.

A distinción non resulta banal, na medida en que nas individuais o traballador é libre para pactar ou acatar (TCT 13 xaneiro 1987, aquietarse á modificación introducida) a orde empresarial sen necesidade de acudir ó procedemento do art 41.1 ET -- o que en opinión da xurisprudencia non empece a súa utilización a falta de tal acordo, xa que o contrario suporía ben entender que forman parte do *ius variandi* (TCT 18 xuño 1985), ben que non requiren o necesario acordo, ignorando o espírito da lei que impón o procedemento con independencia do número concreto dos traballadores afectados (TS 13 xuño 1988, TCT 19 outubro 1988, TSJ Madrid 12 febreiro 1991) ---, "sempre e cando non se trate dunha renuncia máis ou menos encuberta fai da modificación efectuada un negocio lícito" (GARCÍA FERNANDEZ, co apoio en TS 18 outubro 1975, RIVERO LAMAS) E ningunha dúbida cabe sobre a validez ó respecto da aceptación tácita (TS 20 xuno 1990, transcurso de 7 anos dende a modificación, 6 abril 1990, ano e medio, 13 novembro 1987 "vários meses", TCT 12 xanero 1988, "máis de dous anos" contra, non obstante, TCT 24 xaneiro 1989) Polo contrario, as colectivas precisarán, en todo caso, aceptación dos representantes dos traballadores ou, no seu defecto, autorización administrativa

Importa destacar ó respecto, que se ben o acordo ou desacordo cos representantes ten que ser escrito e motivado (art 2.1.2 Real Decreto 696/1980), non obstante, a xurisprudencia entende que existe aceptación cando, coñecida por aqueles a decisión modificativa do empresario, non se opoñen de forma expresa, presumíndose unha tácita aquiescencia (TCT 12 maio 1987, TSJ Madrid 11 novembro 1991 De xeito implícito TCT 15 xuño 1988, TSJ Madrid 26 febreiro 1991)

O silencio da autoridade administrativa, caso de ser precisa a súa intervención, haberá de entenderse negativo, sen que opere analoxicamente a quebra da Lei de Procedemento Administrativo introducida polo art 51 ET, ó entender que o eventual silencio da autoridade laboral ante o recurso de alzada formulado polo empresario implica a súa autorización

4 3 - Interpretando conxuntamente os arts 40 2 e 41 3 ET, cunha parte, e 50 1 a) ET, doutra, que contemplan, en favor do traballador, a posibilidade de extingui-la relación laboral nos supostos de modificacións substanciais nas condicións de traballo, enténdese posible (ALONSO OLEA, MONTOYA MELGAR, CRUZ VILLALÓN, ALBIOL MONTESINOS) unha graduación de tales variacións en función da gravidade dos prexuízos ocasionados o traballador, distinguindo as que comportan un prexuízo cualificado -- en tanto redundan en prexuízo da formación profesional ou dignidade do traballador -- un simple prexuízo -- por afectar ó tempo ou lugar de traballo --, ou un prexuízo intranscendente. Só as dúas primeiras facultan a extinción causal polo traballador, pero non sempre en razón a incumprimentos contractuais do empresario -- de forma significativa se se procedeu conforme a lei, isto é, existe acordo cos representantes dos traballadores ou autorización administrativa --, unicamente invocable cando se impoñen ignorando o procedemento do art 41 ET ou excedéndose na súa concreta implantación.

Este alonxamento da traslación mecánica ó ámbito laboral do art 1124 CC provoca unha consecuencia fundamental a necesidade de continuidade na prestación do servizo para o exercicio da acción de resolución por modificación substancial das condicións de traballo, que se traduce nas seguintes manifestacións básicas,

4 3 1 - O traballador non pode resolver *per se* o contrato de traballo nos supostos do art 50 1 a) ET, unicamente atopase facultado para solicitar do órgano xudicial competente a extinción da relación laboral (entre outras moitas, TS 21 xuño e 18 setembro 1989)

En conclusión, só cando o traballador fundamente a súa vontade resolutoria na concorrencia de xusta causa, precisa acudir ó órgano xudicial para extingui-la relación. Máis exactamente, para que a ruptura do contrato produza os efectos indemnizatorios legalmente previstos -- pois obviamente a demisión é unha posibilidade sempre aberta --, a extinción ha de realizarse xudicialmente,

tendo efectos constitutivos tras quedar evidenciada en xuízo a concorrencia da causa alegada polo traballador.

4.3.2.- Derivándose do anterior esíxese que antes de exercita-la acción extintiva do art. 50.1 ET, esté viva a relación laboral (persistencia ou pervivencia do vínculo -- por todas, TS 11 abril 1990 e 22 marzo 1991 --) e que depois da solicitude mantíñase a vixencia de contrato (permanencia, salvo supostos excepcionais, no posto de traballo -- TCT 8 marzo 1988 -- sen que exista, non obstante criterio unánime na xurisprudencia respecto no límite temporal desa permanencia: ata a data de celebración do xuízo -- TCT 24 novembro 1982 --, durante a tramitación da demanda -- TCT 6 outubro 1987 --, mentres se substanciase o procedemento -- TCT 28 xaneiro 1986 --, ata que recaia sentenza -- TCT 12 xaneiro 1988 -- ou se resolva de xeito definitivo -- TCT 12 marzo 1987 --...).

Cabe sinalar, sen embargo, unha dobre excepción á regra anterior: dun lado, porque a resolución non ten que chegar necesariamente a coñecemento xudicial podéndose acordar ante os órganos de mediación, arbitraje e conciliación; min. de intervi-lo xuíz, ten que decidirse forzosamente mediante sentenza, o estar sempre aberta a posibilidade de avinza no acto de conciliación xudicial, ou en calquera momento previo á finalización do xuízo; e doutro, porque cabe apreciar situacións que, pola súa especial gravidade, permiten que o traballador deixe de prestar servicios sen incorrer en abandono.

4.3.3.- O carácter xudicial da resolución derivase, en consecuencia, non tanto da ausencia de capacidade no traballador para desvincularse pola súa propia vontade -- que sempre conserva -- canto porque os efectos indemnizatorios subseguintes á extinción causal dependen da presenza dunha xusta causa controlada polo xuíz ou os órganos de mediación, arbitraje ou conciliación no seu caso. A extinción seo control dos organismos públicos compctentes supón así un grave risco para o traballador: se o xuíz non aprecia a existencia da causa, ou a considera insuficiente, declarará extinguida a relación laboral (por

demisión ou abandono) coa correlativa perda da indemnización e prestación por desemprego.

En definitiva, a necesaria solicitude de resolución leva aparellada, de xeito imperativo, a vixencia do contrato ó momento de formula-la demanda, quedando obrigado o traballador a continuar na súa prestación pese á súa intención resolutoria, a risco de interpreta-la súa falta de asistencia como causa xusta de despedimento [(art. 54.2 a)] ou directamente indicativa da súa vontade unilateral -- expresa (TCT 4 abril 1989) ou tácita (TS 22 outubro 1986) -- de rompe-la relación contractual renunciando a calquera posible indemnización.

Igualmente enerva o exercicio da acción resolutoria a manifestación extintiva anterior do empresario, orixinando unha importante consecuencia práctica: o traballador haberá de impugnar dentro do prazo a decisión empresarial pois, caso contrario, o contrato declararase extinguindo por despedimento firme (entre outras moitas, TS 29 decembro 1989; TCT 14 marzo 1989).

Pero, e segundo se apuntou, o carácter xudicial da extinción esixe non só a pervivencia da relación ata a formulación da demanda, senón tamén durante a súa tramitación en tanto recae definitiva (TS 26 novembro 1986). Tal rixidez na interpretación efectuada polos órganos xudiciais podería ser susceptible, non obstante, de certa corrección en liña co apuntado por DURÁN LOPEZ admitíndose así a suspensión contractual e xenerando o eventual rexeitamento da pretensión resolutoria, unicamente a perda dos salarios correspondentes ó tempo de tramitación do procedemento, sen extinción do contrato nin posibilidade de despedimento salvo, claro está, intención fraudulenta ou *animus nocendi* do traballador.

En liña co anterior, enténdese polos tribunais a obriga de conservar viva a relación ata a firmeza da sentenza cando é o traballador quen recorre fronte á denegación, en instancia, da súa pretensión resolutoria; sendo mais que dubidosa, sen embargo, a

ampliación da obriga cando naquela se declarara extinguida a relación (por todas. TSJ País Basco, 6 xuño 1991).

4.4 - A rixidez anteriormente sinalada acerca da continuidade necesaria na prestación laboral vese atemperada, non obstante, a través do recoñecemento dunha excepción con orixe en circunstancias que sobrepasan, pola súa gravidade, a marxe de tolerancia esixible ó traballador e xustifican o abandono anticipado do seu posto de traballo sen perda do dereito á indemnización legalmente taxada. Trátase de "supostos en que o traballador non pode soportar humanamente as propias circunstancias que lle moven a solicita-la resolución" (TCT 22 decembro 1982), "de prexuízo da súa formación profesional ou menoscabo da súa dignidade" (TS 2 abril 1985) ou que impliquen "grave risco físico ou moral" (TCT 18 decembro 1986). Ante estos, e se a xuízo do xulgados o cesamento anticipado estivo xustificado, a relación contractual queda en suspenso durante a tramitación da demanda, de xeito tal que, na pouco probable hipótese de denegación xudicial da pretensión resolutoria, non se impida a reincorporación ulterior do traballador (TS 22 outubro 1986); e, caso de confirmación da súa solicitude, conserve a sentenza a súa eficacia constitutiva ou *ex nunc*.

O problema preséntase unicamente no suposto de que o traballador estime insoportable unha situación que para o xuíz, sen embargo, non apareza externamente como tal, en tal caso, o cesamento prematuro será conserado como demisión ou abandono do traballador (TS 26 xuño 1984) e, incluso, conducta grave e culpable de desobediencia a subsumir no art. 54.2. b) ET, e que é acredor da sanción disciplinaria de despedimento (TS 28 novembro 1989).

4.5.- A regra xeral da que se parte -- sobre a base dun excesivo rigor no mantemento do principio de autoridade e disciplina na empresa -- e, pois, a plena aplicación da doutrina do *solve et repete*, o traballador debe obedecer-la orde empresarial modificativa das condicións de traballo e, só posteriormente, reclamar fronte á mesma; debe aquietar-se previamente a poder impugnar. Esíxese, ante os posibles

excesos, un esforzo moderador da regra xeral que non imposibilite de raíz a aplicación correctora do *ius resistendae* do traballador, admisible en supostos sinalados (LÓPEZ TARRUELLA, GARCÍA NINET) tales como aqueles nos que este desobedece porque, dada a imposibilidade de cumprila orde empresarial ou o grave risco persoal que daquela se derivaría, a aceptación do mandato podería supoñer un dano grave ou irreparable para el e/ou a propia empresa: porque as ordes atenten directamente á súa dignidade (motivando a denominada técnica subxectiva) ou orixinen negativas consecuencias para a propia unidade productiva ou graves danos a terceiros (desobediencia técnica obxectiva); ou, por último, e en todo caso, cando sexan manifestamente ilegais (TS 5 xuño 90).

VI.- A EXTINCIÓN DO CONTRATO POR VONTADE TÁCITA DO TRABALLADOR

Dúas son as manifestacións básicas da vontade tácita na extinción do contrato de traballo, correspondéndose coa expresada por cada unha das partes: abandonando, se da do traballador se trata, e despedimento tácito, se fose a do empresario. Singular relevo presenta, á hora de artellar unha posible acción de extinción, a equiescencia que calquera de ambas mostrase fronte a incumprimentos da contraparte, ó punto de converte-la tolerancia en obstáculo real ou potencial para a súa eficacia.

1.- O abandono constitúe a manifestación fundamental da vontade extintiva do traballador que pon fin ó contrato sen mediar causa nin preaviso (ben porque non se preavise, ben porque téndose pactado prazo específico non se observara).

Trátase dunha forma de extinción do contrato de traballo non regulada no ET -- contra, unha abundantísima xurisprudencia que expresivamente o cualifica de **demisión tácita**, ubicándoo no parágrafo 4º do art. 49 (TCT 16 febreiro, 15 marzo, 19 abril e 22 xuño 1988; TSJ Murcia 8 febreiro 1991) --, continuando, polo tanto, en vigor (Disposición Final 4ª ET - TCT 6 marzo 1986; TSJ Madrid 23

febreiro 1990 --) as previsións ó respecto contidas no art 81 parágrafo quinto LCT Alberga, un incumprimento (no dobre senso de que o traballador na súa actuación provoca o converterse en obstáculo á súa realización, e comunílle tacha de desconformidade ó non verse precedido daqueles actos ou declaracións -- preaviso --- que a lei esixe para extinguir lexítimamente o contrato) voluntario do traballador que se erixe no verdadeiro acto o u negocio extintivo coa particular nota do seu carácter non recepticio, na medida en que contén exclusivamente un comportamento absentista que incorpora o elemento volitivo esencial de pretende-la ruptura da relación laboral e tal fundamento, ó menos nos contratos de duración indefinida (e sen aborda-la rica discusión doutrinal sobre a súa posibilidade nos contratos temporais e o seu límite temporal de dous anos vinculada o prazo máximo do pacto de permanencia) é dobre a ausencia dun termino final que, de non existi-la posibilidade de cesación voluntaria unilateral, convertería o contrato de duración indefinida en vitalicio, e a natureza personalísima da prestación, en que se compromete a liberdade do traballador (MONTROYA MELGAR)

Dous son, pois, os elementos básicos que deben concorrer para que poida ser apreciado conducta e intención resolutive, o expresado quizais de mellor xeito, conducta reveladora da intención resolutive

Tratariase así -- como precisou BETTI -- dun "comportamento puro e simple sen valor de declaración", dunha "conduta concluyente" que "aínda non estando encamiñada a dar noticia dun contido preceptivo a aqueles ós que interesa, pode sen embargo, adquirir, no ambiente social en que se produce, significado e valor de declaración "que fai recoñecible o negocio jurídico" En definitiva, "dunha manifestación que, en contraposición a directa califícase de indirecta ou tácita conducta que, tomada en sí, non ten a función de facer coñecer ós interesados o contido en cuestión, pero que por deducción necesaria e unívoca permita colixir unha toma de posición vinculante respecto a certos intereses alleos"

Do anterior infírese que o elemento volitivo é o realmente decisivo a efectos da cualificación da ausencia como abandono. Só se reputaría tal a conduta que é esencial e reveladora do propósito de dar por terminada, de xeito unilateral, a relación contractual: isto é, "non a mera vontade de incumprimento dun deber contractual, senón a máis exacta e enteira de deixar de cumpri-lo contrato en si mesmo" (ALONSO OLEA)

Polo conseguinte, non é preciso que a vontade extintiva se manifesta de xeito expreso e literal, senón que pode deducirse tamén dos feitos, actos ou omisións tanto anteriores como coetáneos á súa manifestación que así evidencien (TCT 8 xaneiro 1986, 25 outubro 1988, 22 febreiro e 20 abril 1989); TSJ Madrid 4 abril 1990; TSJ Balcares 22 abril 1990). De igual xeito, non bastan as meras condutas absentistas se non expresan de xeito claro e contundente a intención da abandonar "que escusa calquera intento interpretativo que se saia do seu estricto contido literal, a súa libre e voluntaria decisión de causar baixa voluntaria e de non ter que reclamar á empresa por ningún concepto (TC 20 setembro 1979); e, conseguintemente, implica que "non pode ampliarse a presunción do abandono senón cando se dean entre o feito demostrado e aquel que se deduza un enlace preciso e lóxico" (TCT 22 xaneiro 1977), o que, en definitiva, exclúe o xogo da presunción clásica en favor da evidente demostración (TCT 19 maio 1987 e 5 xullo 1988).

Nun necesario -- e forzosamente inacabado -- intento de sistematiza-los que se apreciaron como *facta concludentia* de abandono debe facerse constar:

1.1.- En primeiro lugar que, segundo se insistiu, o abandono implica, en todo caso, un acto volitivo específico inexistente cando as ausencias responden a circunstancias alleas ó desexo do traballador [enfermidade, servizo militar ou prestación social substitutoria, detención ou prisión -- salvo que, por exemplo, vaian acompañadas "da solicitude de liquidación tras varios días detido... [e]..

ordenada a súa busca e captura doutras que exclúen absolutamente a vontade de extingui-lo contrato (por exemplo, exercicio de cargo público)

Debe de observarse, non obstante, que estas causas suspensivas existen, para a súa operatividade -- en aplicación do principio de boa fe --, a oportuna notificación á empresa. Caso de existir, queda eliminada de raíz a posibilidade de apreciar abandono (TSJ Murcia 11 marzo 1991), por contra se non se produce aquela e se acompaña de conductas reveladoras de tal ánimo, é claro o abandono (véxase a xa citada TCT 22 outubro 1987). Os problemas prodúcense, obviamente, cando non existen nin comunicación nin *facta concludentia* nun ou noutro sentido, debendo aplicar-se, en principio, os criterios que posteriormente se sinalarán á hora de valora-las ausencias inxustificadas, se ben cabe apreciar un evidente rigor en determinadas resolucións xudiciais que presumen no incumprimento dun mero deber informativo, a vontade implícita do traballador de cesar no seu posto (así ausencias por enfermidade non comunicada á empresa -- TSI Madrid 2 abril 1991 --, non presentación dos aprtes de confirmacion ou de alta na enfermidade -- TSJ Murcia 23 febreiro 1990 -- ou prisión non comunicada ó empresario que tampouco despide por ausencias inxustificadas -- TSJ Murcia 27 maio 1991 --_ que unicamente seria de recibo no suposto de silencio fronte os requirimentos empresariais de informacion sobre a situación do traballador (TCT 16 xuño 1987, TSJ Madrid 30 maio 1991)

1 2 - O abandono pode producirse ben a través dunha declaración expresa seguida de conductas inequívocas en tal sentido (TCT 2 setembro 1986 limitouse "a abandona-lo traballo, dicindo que non lle interesaba seguir nel", TCT 16 xullo 1986 "pediu o empresario os papeis do paro e que lle pagara, o que reitera o seguinte día", TCT 8 abril 1980 "comunicando a súa vontade de considerarse despedido", TSJ Madrid 26 febreiro 1991 "comunica, en plena xornada, que se marchaba definitivamente e que volverá a cobra-la súa liquidación, o que fixo ó día seguinte, e ó dicírselle que non estaba preparada marchouse sen indicar nada ó respecto"), ben a través da soa conducta, suficientemente

reveladora da súa intención extintiva. á que os Tribunais case sempre acompañan doutras manifestacións que a completan.

Así, entendéronse constitutivas de abandono, conductas como as seguintes:

* Acollerse a unha excedencia voluntaria en contra da contade do empresario (TSJ Valencia 30 outubro 1991).

* Inasistencia ó traballo acompañada da obtención dunha nova ocupación (TCT 4 novembro 1983; TSJ Cataluña 8 febreiro 1991).

* Cesación na prestación acompañada da retirada das súas pertenzas (TCT 19 novembro 1985) ou efectos persoais (TCT 11 maio 1982).

* Solicita-la baixa administrativa cando o exercicio da prestación esixe aquela para poder desenvolver determinados actos fundamentais da mesma (TCT 28 xullo 1986).

* Rexeita-la oferta da readmisión efectuada ó traballador despedido, o que se empecina en preitear xudicialmente (TCT 16 setembro 1986, 7 xullo 1987, 19 abril 1988) ou se nega a acepta-la opción empresarial ante un cesamento cualificado de improcedente (TSJ Cantabria 10 xaneiro 1991; TSJ Madrid 8 xaneiro 1991). No primeiro suposto condiciónase a cualificación ó feito de que a oferta se producira antes de que se presentase a demanda (TS 14 maio 1986, 22 setembro 1987; sobre a súa negativa cando a cuestión se atopa *sub iudice*, TCT 19 abril 1986); en ambos, que o ofrecemento se faga de boa fe e para o posto de traballo anterior (TS 2 xuño 1985; TCT 22 setembro 1987).

* Non accionar por despedimento fronte ó tácito provocado pola empresa (TSJ Tenerife 9 abril 1991).

* Non reincorporación rematada a situación suspensiva. Así, tras ter obtido a alta médica por curación sen proposta de invalidez permanente (TSJ Cataluña 6 xuño 1991) ou ter finalizado o prazo máximo de excedencia (TS 20 outubro 1988); máis se median reiteradas solicitudes empresariais en tal senso (TSJ Las Palmas 25 setembro 1991; TSJ Madrid 12 xullo 1991). Igualmente tras terse convido a mesma en conciliación, a través dun acto tan expresivo como rexeita-la entrega que se facía das chaves do local (TCT 22 xuño 1988).

* Deixar de traballar alegando alteracións no estado de saúde que agravarían o estado de incapacidade e que, sen embargo, son desestimadas xudicialmente (TSJ Valencia 19 xuño 1991).

* Autoexcluirse de acudir ó traballo baixo o argumento de modificacións substanciais e o oportuno exercicio procesal dunha pretensión extintiva neste sentido, a non se-los supostos extraordinarios -- riscos físicos ou morais non tolerables -- xa analizados (TSJ Cataluña 29 xuño 1991).

* Non acudir-lo traballador fixo descontinuo ó chamamento efectuado polo empresario (TS 15 novembro 1979; TCT 3 maio 1980; 21 outubro 1986), incluso aínda que este se efectúe avanzada a campaña (TCT 21 xullo 1987).

1.3.- Por contra, rexeitase a cualificación do abandono cando falta, cando menos, un dos dous requisitos fundamentais: conducta concluínte ou ánimo extintivo. Así -- e ademais das xa citadas -- podería aludirse a circunstancias tales como:

* Abandono de posto, funcións ou destino dado que se trata de meros incumprimentos contractuais ante os que o empresario podería, ó sumo, despedir (MONTROYA MELGAR).

* Privación de liberdade decretada pola autoridade lexítima (mera causa de suspensión). Igual consideración merece o suposto de forza maior por causas non imputables ó traballador.

* Cesar na prestación cando media agresión sexual por parte do empresario (TSJ Navarra 30 maio 1991) ou outra conducta vexatoria así como perigo para a súa integridade persoal. No obstante, e por exemplo, as meras palabras atentatorias contra a dignidade como "innecesarias e groseiras", de entidade suficiente para motiva-la ruptura causal da relación, que se producida, ser constitutiva de demisión -- se media preaviso -- ou abandono -- en caso de ausencia (TSJ Valencia 18 marzo 1991)--.

* Inexistencia de ánimo extintivo do contrato, senón mera vontade de mantelo en suspenso ata tanto recaia sentenza sobre a proposta de invalidez permanente total (TSJ Málaga 25 xaneiro 1992).

* Ausentarse transitoriamente do posto de traballo (aínda por tempo dilatado, sen un simple xustificante nin outra comunicación posterior, para acompañar a un parente nun internamento médico: TS 16 decembro 1980; para acompañar no traslado ó seu home pese ás ordes empresariais en sentido contrario: TCT 24 febreiro 1973; como consecuencia dunha orde verbal do empresario expúlsandoo da empresa, aínda que días despois se lle requira para a súa reincorporación unha vez presentada demanda impugnando o despedimento. TS 25 outubro 1977, calquera que sexa a cualificación que puidera merecer esa conducta.

* Meros retrasos na reincorporación ó traballo ou na non ocupación do novo destino (TS 15 outubro 1986). Igualmente a decisión unilateral de tomar vacación (TS 1 outubro 1987; TSJ Madrid 18 outubro 1990).

* Vincularse a outra empresa estando o contrato en suspenso por causas económicas, tecnológicas ou de forza maior (TS 11 xuño 1980, 7 maio 1990).

* Non accede-lo traballador á solicitude de permanecer varios días máis no seu posto de traballo unha vez que se lle notificou a súa próxima extinción (TCT 3 marzo 1973).

* Ausencias basadas en enfermidade non comunicada polo traballador -- motivo menos se comunicada: TSJ Murcia 11 marzo 1991 -- (TCT 4 novembro 1986, 21 abril 1987, 2 febreiro 1988; TSJ Madrid 27 xuño e 28 novembro 1989, 31 outubro 1990), incluíndo o paso sen solución de continuidade -- esto é, sen alta médica -- de enfermidade común a I.L.T. por ameaza de parto prematuro e posterior maternidade.

* Se se ofertou a readmisión, pero non nos termos que anteriormente se disfrutaban.

* Ausencias da empresa na crenza de ter sido despedido (TCT 2 decembro 1987).

1.4.- Como facilmente pode comprenderse, un dos problemas fundamentais que presenta o abandono é a súa distinción respecto do despedimento por faltas de asistencia.

A diferenza teórica é relativamente sinxela: as meras faltas de asistencia constitúen incumprimentos que *per se* carecen de calquera eficacia extintiva e unicamente motivan a sanción, que pode chegar a ser incluso a de despedimento. A liña fronteiriza entre ambos atopase no *animus* específico do traballador ausente (MONTROYA MELGAR, CITANDO tet 3 OUTUBRO 1963), de xeito tal que, sempre a nivel puramente especulativo, "son perfectamente distinguibles a vontade para faltar reiteradamente ó traballo, sen pretende-la extinción do vínculo contractual, da vontade de romper unilateralmente ese vínculo por parte do obreiro, que é o que constitúe o abandono" (TCT 19 febreiro 1965).

A traslación á práctica resulta, sen embargo, menos fácil, na medida en que esixe investiga-lo compoñente subxectivo da ausencia. Deixando á parte supostos de faltas de asistencia ocasionais, discontinuas ou de breve duración, que nunca poderán ser consideradas abandono (TCT 13 outubro 1973), as dúbidas nacen cando a ausencia *sine die* prolongouse largamente sen aviso nin xustificación, podendo consugarse unha presunción en favor do abandono (TS 6 febreiro 1981;

TCT 4 xullo 1985, 19 abril 1989) Presunción que se torna certa se a xustificación se solicita e non se obtén (TCT 26 xaneiro 1982)

O prazo que se ten que deixar transcorrer, para que esteamos ante un abandono, ten que ser, polo tanto, significativo (TS maio 1985) Intentando introducir un elemento obxectivo en tal apreciación cabe inferila (GIRÓN TENA, sistematizando un amplo espectro de resolucións xudiciais)

* De leis ou disposicións regulamentarias de carácter xeral, así os 30 días naturais *ex art 48 5 ET* (TCT 29 outubro 1985, 12 marzo 1986, 18 maio 1987) ou os brevísimos de 5 2 e 5 días que o art. 17 da Orde do 23 de marzo de 1974 establece para que o traballador, en situación de incapacidade laboral transitoria derivada de riscos comúns, presente ó seu empresario os partes médicos de baixa, confirmación de capacidade e de alta, respectivamente (TCT 2 xuño e 23 decembro 1983, 9 xaneiro 1986, 16 xuño 1987).

* Dás ordenanzas laborais (TS 14 novembro 1990, TCT 13 outubro 1982) ou convenios colectivos (TS 18 setembro 1986) que resulten de aplicación

* En defecto dos anteriores, os prazos que as normas sectoriais sinalen ó efecto de xustifica-lo despedimento disciplinario (TCT 6 marzo 1985, 11 maio 1986)

* Sen necesidade de esperar a que transcorran os prazos anteriores, e tal como se anticipou polo transcurso do prazo que o empresario fixara ó traballador no requirimento de reincorporación, sempre que aquel non resultara manifestamente abusivo (TS 2 xullo 1985; TCT 2 xullo 1986).

1 5 - Por se houbera dúbida, a vontade -- tácita -
- relevante é a que se manifesta concluintemente no momento de abandonar, sen que a retractación ulterior ("tardía rectificación", "Arrepentimento sobrevido") poida desenvolver efecto algún a non ser que

conste a conformidade expresa ou tácita do empresario (TCT 11 decembro 1990), debendo terse en conta que, en principio, falta a anuencia tácita cando o empresario garda silencio fronte a expresa vontade resolutoria do traballador ("o feito de que as empresas demandadas non fixeran ningunha obxección non é en modo algún significativa de que o cesamento produzase por mutuo acordo, xa que ningunha obxección podían facer no senso de opoñerse o cesamento obrigado o traballador a continuar na prestación de servicios contra a súa vontade". TS 7 novembro 1983)

En todo caso, "non e acreditativa de ningunha deficiencia no consentimento que conducise a anulabilidade do negocio xurídico, tal e como se deriva do art 1265 CC", a circunstancia de que o abandono se produza num estado de acaloramento derivado dunha discusión (TS 6 marzo e 21 xuño 1990, TSJ Galicia 16 abril 1991)

16 - A dificultade existente a hora de valorar un suposto como de abandono en absoluto carece de relevancia práctica, pois, como sinala ALONSO OLEA, repararase en que se se estima que aquel non tivo lugar, o xulgador vese obrigado a entender que quen despediu tacitamente e o empresario, estando pois ante un despedimento nulo (por todas TS 10 febreiro 1987) Deste xeito, o habitual e que o xuíz (ante a reclamación de despedimento nulo ou improcedente efectuada polo traballador, e a de abandono formulada polo empresario) deba, con carácter previo, establecer cal e a parte que realmente extinguiu o contrato