

A dimisión dos traballadores
na xurisprudencia laboral máis recente

*Resignation of the employee
in the most recent labour case-law*



JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN

Catedrático de Dereito do Traballo da Universidade da Coruña

ALBERTO ARUFE VARELA

Profesor titular de Dereito do Traballo da Universidade da Coruña

Resumo

A dimisión dos traballadores, en canto que causa extintiva do seu contrato, é unha institución tradicional do noso dereito individual do traballo. A crise económica puxo de moda esta institución, ao seu pesar, de aí que este artigo se oriente a dar conta da máis recente xurisprudencia laboral, especialmente de unificación da doutrina, a este respecto.

Palabras chave: contrato de traballo, extinción, dimisión.

Abstract

The worker's resignation, inasmuch as a just cause for the termination of his contract, is a traditional institution of our individual Labour Law. Despite it, the economic crisis has put this institution in fashion. Hence this paper aims to study the most recent labour case-law, and namely the one adjudged in unification of doctrine, relating to the same.

Keywords: contract of employment, termination, resignation.

I. Concepto e distinción de figuras afíns (especialmente o despedimento indirecto e o mutuo acordo extintivo)

1. O Estatuto dos traballadores utiliza en catro ocasións a palabra «dimisión», unha no título I e tres no título II, aínda que a máis importante de todas estas mencións, posto que actúa como punto de referencia de todas as demais, é a que aparece contida no seu artigo 49, epígrafe 1, alínea d)¹, segundo a cal «o contrato de traballo extinguirase... por dimisión do traballador ou da traballadora, e debe mediar o preaviso que sinalaren os convenios colectivos ou o costume do lugar»². O teor deste precepto permaneceu sen tocar desde a promulgación do Estatuto dos traballadores en 1980, apenas variou a numeración interna orixinaria deste a partir de 1995, pois o precepto actual correspondíase coa epígrafe 4 do propio artigo 49 na devandita redacción orixinaria.

Como enseguida se comprobará, trátase dun precepto que vén suscitando a existencia dunha abundantísima xurisprudencia laboral, non só de suplicación, senón tamén de casación para a unificación da doutrina, mesmo moi recente. O punto de partida para tratar esta masa de xurisprudencia laboral ten que referirse como é lóxico ao concepto da figura xurídica en cuestión. Este concepto, necesitado de xustificación e de deslinde, fai fincapé nas vontades extintivas dos traballadores e dos empresarios, e cabe afirmar que a dimisión dos traballadores é a extinción do contrato de traballo pola simple vontade dos propios traballadores e sen a anuencia ou en contra da vontade dos empresarios.

2. O feito de que a dimisión dos traballadores sexa a extinción do contrato pola súa simple vontade apunta á necesidade de distinguirmos a dimisión [regulada, recórdese, na alínea d) da epígrafe 1 do citado artigo 49] e o usual e doutrinalmente denominado «despedimento indirecto»³, regulado na alínea j) de idénticos epígrafe e precepto. Segundo esta última alínea, o contrato de traballo tamén se extingue «por vontade do

¹ As secundarias aparecen contidas no seu artigo 67, epígrafe 1, parágrafo quinto; no seu artigo 67, epígrafe 5; e no seu artigo 68, alínea c).

² Véxase MARTÍNEZ GIRÓN, J. (1990) «La dimisión del trabajador» *Actualidad Laboral* 2, p. 227 e ss.; e MARTÍNEZ GIRÓN, J. (2002) «Cuestiones de actualidad sobre la dimisión del trabajador, en cuanto que causa de extinción del contrato de trabajo» *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* 6, p. 437 e ss.

³ Xustificando a utilización desta terminoloxía, véxase MARTÍNEZ GIRÓN, J.; ARUFE VARELA, A. e CARRIL VÁZQUEZ, X. M. (2006) *Derecho del Trabajo*. A Coruña, Netbiblo, p. 352, e a doutrina científica alí citada.

traballador», mais «fundamentada nun incumprimento contractual do empresario». De aí a imposibilidade técnica de confundir unha e outra figura xurídica, dado que:

1) a vontade extintiva dos traballadores é, na hipótese da alínea d), unha vontade sen alegación de causa ou *ad nutum*, isto é, unha vontade extintiva que non require a expresión da causa en que se funda para poder resultar operativa⁴, mentres que na hipótese da alínea j), en cambio, trátase dunha vontade claramente causal, apoiada de xeito necesario na concorrencia dalgunha xusta causa que debe expresar o/a traballador/a, como as que detalla, por exemplo, o artigo 50 do Estatuto dos traballadores (falta de pagamento do salario, malos tratos de palabra ou obra aos traballadores etc.);

2) ademais, mentres que no despedimento indirecto a vontade dos traballadores precisa, para poder chegar a provocar a extinción, o exercicio pola súa parte da correspondente acción xudicial resolutoria do contrato –como regula, con permanencia dos traballadores demandantes no seu posto de traballo mentres se tramita o proceso xudicial⁵–, na dimisión, en cambio, a vontade dos traballadores provoca a extinción directamente por si mesma, para o efecto de salvagardar o principio infraestrutural de liberdade de traballo –os traballadores non son ningúns escravos dos empresarios⁶– e, por tanto, o carácter estritamente «voluntario» que ten a prestación de servizos realizada en virtude dun contrato de traballo⁷.

3. Ora ben, tamén se trata, como acaba de dicirse, da extinción do contrato de traballo pola simple vontade dos traballadores e sen a anuencia ou en contra da vontade dos empresarios, pois se a extinción se producise coa conformidade –expresa ou tácita– destes últimos atopariámonos daquela en presenza da causa extintiva que menciona a alínea a) da epígrafe 1 do artigo 49 do Estatuto dos traballadores, relativa a que o

⁴ Nada impide, non obstante, ao traballador expresar ao empresario a concreta causa por que dimite. Ao respecto, véxase MARTÍNEZ GIRÓN, J. (2002) *op. cit.*, p. 437 e nota 5, e a xurisprudencia alí citada.

⁵ Sobre o tema, con todos os seus detalles, véxase SEMPERE NAVARRO A. V. e SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. (2001) *El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*. Elcano-Navarra, Aranzadi, p. 33 e ss.

⁶ Acerca deste último tema, con exame de fontes xurídicas españolas «modernas», véxase MARTÍNEZ GIRÓN, J. (2002) *Los pleitos de derecho privado sobre esclavitud ultramarina en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1857-1891)*. Madrid, Civitas, p. 41 e ss.

⁷ Lémbrese que o Estatuto dos traballadores, dun lado, afirma que «esta lei seralles de aplicación aos traballadores que *voluntariamente* presten servizos retribuídos» (artigo 1, epígrafe 1, a cursiva é nosa); e, doutro lado, que exclúe do seu ámbito de aplicación «as prestacións persoais obrigatorias» [artigo 1, epígrafe 3, alínea b)].

contrato de traballo igualmente se extingue «por mutuo acordo das partes». De aí, dada a coincidencia de vontades rescisorias, que encaixen plenamente no mutuo acordo extintivo ou mutuo disenso, mais en absoluto na dimisión, supostos de feito como os seguintes:

1) O de que «o xefe de Persoal... chamase ao despacho [á traballadora] e puxese no seu coñecemento que ante os feitos acaecidos –ofrecer a unha señora comprar os libros de texto co desconto que a empresa lles fai aos seus empregados– existían dúas solucións, ou entregarlle unha carta de despedimento ou que ela redactase unha carta co seu cesamento voluntario»⁸.

2) Ou o de que «a empresa indicase á traballadora que de non solicitar a baixa voluntaria sería obxecto dun despedimento disciplinario, e ademais presentaríase unha denuncia contra ela ante a policía por se apropiar de diversas cantidades de diñeiro»⁹.

É certo, con todo, que a distinción entre estas dúas concretas (e diferentes) causas extintivas carece de toda relevancia práctica cando os traballadores, arrepentidos de cesar, demandan logo por despedimento inxusto aos empresarios, dada a clara falta de acción de despedimento neste caso, ao se operar xa antes do seu arrepentimento a extinción (por «mutuo acordo») do contrato de traballo; irrelevancia práctica reforzada, ademais, polo dato de que tanto nun como noutro suposto existe ulterior imposibilidade de que os traballadores cesantes accedan á prestación por desemprego¹⁰.

Quizais por estas razóns a xurisprudencia da Sala do Social do Tribunal Supremo non sempre fía fino con vistas á distinción. Ás veces decántase pola existencia aquí de dimisión (mais non de verdadeiro mutuo acordo extintivo), para o efecto de negar que o traballador tivese dereito a «un prazo razoable de reflexión», polo que conclúe en consecuencia –sen maiores miramentos dogmáticos– que «non cabe dicir que existise

⁸ Sentenza da Sala do Social, do Tribunal Superior de Xustiza de Castela e León/Burgos, de 25 de xaneiro de 2000 (AS 2000/221), fundamento de dereito segundo.

⁹ Sentenza da Sala do Social do Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña de 4 de febreiro de 2000 (AS 2000/201), fundamento de dereito terceiro.

¹⁰ Véxase *infra* a sección 11. Acerca da relativa tolerancia xurisprudencial da fraude ao desemprego en conexión coas «baixas voluntarias», e a súa xustificada crítica doutrinal, véxase ARUFE VARELA, A. (1999) «Sobre la calificación jurídica del cese por baja voluntaria del trabajador, en supuestos en que precede una amenaza de despido de la empresa» *Aranzadi Social* 1, p. 2616 e ss.

despedimento ningún imputable á empregadora, senón extinción do contrato de traballo pola causa expresada no artigo 49.1.d) do Estatuto dos traballadores»¹¹. En cambio, fronte a esta xurisprudencia, resulta irreprochable a doutrina unificada por unha recente Sentenza da Sala do Social do Tribunal Supremo de 14 de xuño de 2010¹², que rexeitou no caso que axuizaba a suposta «infracción dos artigos 49.1.a) do Estatuto dos traballadores e... 1265, 1267 e 1268 do Código civil»¹³, pois –sobre a base de admitir que houbera unha verdadeira «transacción»¹⁴– «para que a conduta da empresa anterior á toma de decisión do traballador poida cualificarse de ameaza ou intimidación... é preciso que revista un matiz antixurídico ou ilícito, e non hai tal cando o que se fai é anunciar o posible exercicio correcto e non abusivo dun dereito, como é o relativo a un posible despedimento disciplinario ou á interposición de denuncia ou querrela pola subtracción dos artigos da empresa»¹⁵.

II. Dimisión expresa e dimisión tácita (ou sen preaviso)

4. Loxicamente, a falta de anuencia por parte dos empresarios fronte á vontade expresa dos traballadores de lle pór fin ao contrato pode ter un carácter igualmente expreso. Iso acontece con claridade, por exemplo, nos dous seguintes supostos de feito:

¹¹ Sentenza da Sala do Social do Tribunal Supremo de 6 de febreiro de 2007 (RX 2007/3340), fundamento de dereito cuarto, ditada en casación para a unificación da doutrina. Véxase, en sentido análogo, a Sentenza da Sala do Social do Tribunal Supremo de 13 de maio de 2008 (RX 2008/3042), así mesmo ditada en casación para a unificación da doutrina, que argumenta sobre a base da regra contida no parágrafo segundo da epígrafe 2 do artigo 49 do Estatuto dos traballadores («refírese ao documento de liquidación das cantidades debidas; non á dimisión»), sen caer na conta de que a «liquidación» está vinculada a calquera causa de extinción do contrato de traballo, incluído o «mutuo acordo» e a «dimisión». Sobre este último tema, véxase a Sentenza da Sala do Social do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia de 30 de setembro de 2010 (AS 2010/2335).

¹² RX 2010/8436.

¹³ Cfr. o seu fundamento de dereito segundo, parágrafo primeiro.

¹⁴ Segundo esta sentenza, «a cuestión que ha de resolverse... consiste en determinar o valor liberatorio que para a empresa poida supoñer a subscripción pola traballadora dun documento de transacción en que, ante a existencia no mesmo acto da súa sinatura dun despedimento disciplinario por motivos graves, expresa o seu recoñecemento das faltas e a vontade de non reclamar por despedimento, polo que recibe unha indemnización inferior á que lle correspondería en caso de despedimento improcedente» (fundamento de dereito primeiro, epígrafe 1, parágrafo primeiro).

¹⁵ Fundamento de dereito cuarto, parágrafo cuarto.

1) «o actor manifestou que renunciaba a calquera vinculación coa empresa demandada, a debía buscar quen o substituíse, malia que se lle concedeu un prazo para que reflexionase e puidese revogar a súa decisión»¹⁶;

2) e tamén, cando «o actor “se despediu da empresa... solicitando ao demandado a liquidación dos seus haberes”, e... solicitado pola empresa o preaviso, o actor accedeu, o que pon de manifesto a vontade resolta e terminante, clara e firme do traballador, de dar por rescindido o contrato de traballo por [dimisión]»¹⁷.

Ora ben, tamén pode tratarse dunha falta de anuencia empresarial tácita, en cuxo caso –que a xurisprudencia laboral así mesmo rexistrou– igualmente «ha de entenderse que o contrato rematou por [dimisión]..., pois a circunstancia de que as empresas demandadas non fixesen ningunha obxección non é de ningún modo significativa de que o cesamento se produza por mutuo acordo, xa que ningunha obxección podían facer no sentido de se oporen [ao cesamento] e obrigaren o... traballador a continuar na prestación de servizos contra a súa vontade»¹⁸.

5. É moitísimo máis frecuente, non obstante, que a falta de anuencia expresa ou tácita dos empresarios se contrapoña á vontade tácita dos traballadores de resolveren o seu contrato, existente desde logo cando o traballador ou a traballadora omite dar «o preaviso que sinalaren os convenios colectivos ou o costume do lugar» [segundo dispón, lémbrese, a alínea d) da epígrafe 1 do artigo 49 do Estatuto dos traballadores], o preaviso sinalado en normas regulamentarias¹⁹ ou, mesmo, o acordado en contrato individual de traballo²⁰.

¹⁶ Cfr. MARTÍNEZ GIRÓN, J. (2002) «Cuestiones de actualidad sobre la dimisión del trabajador, en cuanto que causa de extinción del contrato de trabajo» *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* 6, p. 439, e a xurisprudencia alí citada.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Por exemplo, as reguladoras de relacións laborais de carácter especial. Ao respecto, véxanse o artigo 10, epígrafe 1, do Real decreto 1382/1985, de 1 de agosto, regulador da relación laboral especial do persoal de alta dirección; o artigo 9, epígrafe 4, do Real decreto 1424/1985, de 1 de agosto, regulador da relación laboral especial do servizo do fogar familiar; e o artigo 10, epígrafe 2, do Real decreto 1428/1985, de 1 de agosto, regulador da relación laboral especial dos representantes de comercio.

²⁰ Véxase, por exemplo, o suposto de feito axuizado por unha sentenza da Sala do Social do Tribunal Superior de Xustiza de Aragón de 3 de xullo de 2000 (AS 2000/2431). Sobre que por pacto individual non cabe ampliar o prazo de preaviso sinalado no convenio colectivo correspondente, véxase MARTÍNEZ GIRÓN, J. (2002) *op. cit.*, p. 443 e nota 50, e a xurisprudencia alí citada.

Nestes casos, a nosa xurisprudencia laboral fala de «abandono do traballo» ou «dimisión tácita»²¹, e indica ao respecto, por exemplo: 1) que a conduta dos traballadores «que abandonan a relación laboral... non é senón unha das posibles manifestacións da extinción da relación laboral por vontade dos traballadores, isto é, unha dimisión, pola vía de feito, tácita ou implícita»²²; 2) que «o abandono... se caracteriza porque o traballador resolve o contrato sen alegar causa ningunha... nin preavisar», polo que «se trata, utilizando a terminoloxía do Estatuto dos traballadores, ao cal a xurisprudencia tende, dunha dimisión tácita»²³; e 3) que a falta de preaviso de ningún modo obsta a virtualidade e eficacia da extinción do contrato, pois «a dimisión ou abandono existe déase ou non cumprimento polos traballadores do preaviso a que os obriga a Lei»²⁴.

Sempre segundo a xurisprudencia laboral, esta concreta especie de dimisión está integrada por dous elementos. Ante todo, que exista un comportamento de «inasistencia [carente de toda xustificación explícita] máis ou menos prolongada dos traballadores ao centro ou lugar de traballo»²⁵; e, logo, que tal comportamento vaia acompañado de circunstancias de que «caiba extraer, de xeito claro, certo e terminante, que o empregado desexa extinguir o contrato»²⁶, pois a simple inasistencia non é «algo que mecanicamente equivalla a unha extinción por dimisión»²⁷. Sobre a base –segundo a xurisprudencia laboral unificada– de que os empresarios soportan a carga de probar a vontade

²¹ Por todas, véxase a Sentenza da Sala do Social do Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña de 13 de setembro de 2010 (XUR 2010/375615), e a xurisprudencia que cita. Clásico sobre o tema, véxase MONTOTOYA MELGAR, A. (1967) *La extinción del contrato de trabajo por abandono del trabajador*. Sevilla, Instituto García Oviedo, p. 11 e ss.

²² Sentenza da Sala do Social do Tribunal Superior de Xustiza de Murcia de 20 de marzo de 2000 (AS 2000/632), fundamento de dereito terceiro.

²³ Sentenza da Sala do Social do Tribunal Superior de Xustiza de Canarias/As Palmas, de 7 de abril de 2000 (AS 2000/3141), fundamento de dereito cuarto.

²⁴ Ao respecto, véxase MARTÍNEZ GIRÓN, J. (2002) «Cuestiones de actualidad sobre la dimisión del trabajador, en cuanto que causa de extinción del contrato de trabajo» *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* 6, p. 443, e a xurisprudencia laboral constante a que remite.

²⁵ Por todas, Sentenza da Sala do Social do Tribunal Supremo de 21 de novembro de 2000 (RX 2000/1427), fundamento de dereito quinto.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Ibidem*. Reforzando todas estas afirmacións, tamén se afirma todo o seguinte: «hai declaración expresa cando se utilizan signos, polo común escritos ou orais, encamiñados a lograr a percepción de que se falou. Hai declaración tácita cando o seu autor non utiliza eses signos explícitos, senón que leva a cabo un comportamento ou unha conduta dos cales se infire inequivocamente a súa vontade; fálase de declaración tácita, porque non resulta do dito, senón do feito (*facta concludentia*)» (fundamento de dereito cuarto).

dimisoria tácita dos traballadores²⁸, estas específicas circunstancias acompañantes da inasistencia inustificada poden ser, pola súa vez, de dous tipos distintos.

6. En primeiro lugar, feitos concluíntes reveladores por si mesmos do propósito de dimitir, tales como os seguintes: 1) «cando... [o traballador inasistente] concerta a súa prestación laboral de servizos para outra empresa, conduta en que a nosa xurisprudencia en todos os niveis viu desde sempre o máis antolóxico e claro suposto de manifestación [tácita] de vontade dimisoria»²⁹; 2) «ese mesmo día, acompañada do seu compañeiro ou parella, acudiu aos locais da empresa a devolver as chaves do local, polo que o local permaneceu pechado ese día e o seguinte, xa que ela era a responsable de abrir o establecemento», constando «igualmente acreditado que os días posteriores o local estivo aberto e que a traballadora non acudiu a traballar, o que pon en evidencia, de forma certa e terminante, a súa vontade de dar por extinguido o vínculo laboral»³⁰; ou 3) se «na noite... o actor se atopaba no centro de traballo e comezou unha conversa co representante da empresa... que rematou nunha acalorada discusión, no curso da cal o demandante [o] agarrou do pescozo... e fíxo ademán de propinarlle un puñazo, momento en que foi suxeitado polo administrador da empresa..., [polo que foron] requiridos os servizos de seguridade da empresa, que acompañaron o demandante á saída... [e] o actor saíu... e xa non regresou nin ese día nin ningún outro»³¹.

²⁸ Ao respecto, a Sentenza da Sala do Social do Tribunal Supremo de 10 de outubro de 2006 (RX 2007/313), pronunciada en casación para a unificación da doutrina, rexeita a tese de que «a vulneración [do artigo 24, epígrafe 1, da Constitución] se produce ao lle impor á demandada a carga da proba acerca do modo en que se produciu a extinción do vínculo exonerando a traballadora da demostración de que o cesamento se debeu á súa vontade» (cfr. o fundamento de dereito segundo), concluíndo sobre a necesidade de «resolver a carga da proba anoando ao feito da finalización dos servizos a necesidade de que pola empresa se acredite o deliberado propósito do traballador de extinguir a relación laboral, o que non se levou a cabo pola recorrente» (fundamento de dereito terceiro, parágrafo noveno).

²⁹ Sentenza da Sala do Social do Tribunal Superior de Xustiza de Asturias de 15 de decembro de 2000 (AS 2000/3955), Fundamento de dereito único, parágrafo cuarto. «Naturalmente» –engade esta mesma sentenza– «salvo supostos de xornadas parciais en réxime de pluriemprego, que aquí carece de interese considerar, xa que a incompatibilidade de prestacións é neste caso absoluta, ao se tratar non de actividades idénticas, senón da mesma actividade na individual e específica materialidade do seu obxecto» (*ibidem*).

³⁰ Sentenza da Sala do Social do Tribunal Superior de Xustiza de Madrid de 14 de outubro de 2010 (AS 2010/3007), fundamento de dereito único.

³¹ Cfr. a Sentenza da Sala do Social da Comunidade Valenciana de 2 de marzo de 2000 (AS 2000/3125), antecedente de feito segundo, III.

En segundo lugar, e a falta de tales feitos concluíntes e fatalmente reveladores da vontade de dimitir, cando a inasistencia inxustificada ao traballo resulte intolerablemente prolongada, por deixaren transcorrer os traballadores un prazo xuridicamente significativo, que pode ser: 1) ante todo, o establecido por disposicións de carácter xeral –mesmo convenios colectivos– para reincorporarse ao traballo despois de períodos de suspensión do contrato, como o que establece, por exemplo, o artigo 48, epígrafe 3, do Estatuto dos traballadores sobre a reincorporación dos traballadores «no prazo máximo de trinta días naturais a partir do cesamento no servizo, cargo ou función»³²; ou 2) en defecto de tales prazos específicos, o prazo que eventual e unilateralmente poidan impor os empresarios aos traballadores ao lles requirir que volvan ao traballo, pois se «a empresa [requiriu por]... carta a traballadora [inasistente, para que se reincorporase inmediatamente ao seu traballo]», o feito de que esta deixase de «acudir á empresa... sen xustificar a súa ausencia, a pesar do requirimento da empresa... é claramente revelador da vontade clara e patente da traballadora de desistir do contrato»³³.

Fronte á xurisprudencia laboral tradicional³⁴, a xurisprudencia de unificación da doutrina tende agora a desvincular deste último tipo de prazos o transcurso dos establecidos polos convenios colectivos, para o efecto de xustificar o despedimento disci-

³² Véxase MARTÍNEZ GIRÓN, J. (2002) «Cuestiones de actualidad sobre la dimisión del trabajador, en cuanto que causa de extinción del contrato de trabajo» *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* 6, p. 441 e nota 29, e a xurisprudencia laboral a que remite. En cambio, non ten necesariamente carácter fatal o incumprimento polo traballador en situación de incapacidade temporal do prazo de entrega ao empresario dos partes médicos de baixa. Sobre isto último, véxase a Sentenza da Sala do Social do Tribunal Superior de Xustiza de Madrid de 23 de xuño de 2000 (AS 2000/3258) e a Sentenza da Sala do Social do Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña de 12 de xullo de 2000 (AS 2000/4024). Este último tema está, non obstante, moi condicionado polas concretas circunstancias concorrentes (ao respecto, por exemplo, véxase en sentido contrario unha sentenza da Sala do Social do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia de 15 de decembro de 2010 [AS 2011/81]).

³³ Sentenza da Sala do Social do Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña de 19 de outubro de 2000 (AS 2000/3770), fundamento de dereito segundo. Véxase, ademais, a Sentenza da Sala do Social do Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña de 28 de setembro de 2000 (AS 2000/2794), relativa a que a empresa «procedeu, ante a ausencia do recorrente, a remitirlle un telegrama para que se reincorporase ao seu posto de traballo, con advertencia de que de non o facer consideraría que a vontade do recorrente era a de non volver á empresa, polo que non pode, por tanto, concluírse que o acontecido fose unha extinción da relación laboral por despedimento, ao quedar acreditado o ánimo do traballador de resolver o contrato de traballo» (fundamento de dereito segundo). Por suposto, o empresario debe «esperar o xustificante de recepción da carta en que requiría a traballadora para a súa reincorporación» (Sentenza da Sala do Social do Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña de 18 de xullo de 2000 [AS 2000/4030], fundamento de dereito terceiro). Sobre esta mesma problemática, véxase a Sentenza da Sala do Social do Tribunal Supremo de 19 de outubro de 2006 (RX 2006/7859), ditada en casación para a unificación da doutrina.

³⁴ Respecto dela, véxase MARTÍNEZ GIRÓN, J. (2002) *op. cit.*, p. 441 e nota 30.

plinario por faltas repetidas e inxustificadas de asistencia ao traballo. Trátase dunha casuística con frecuencia conectada á extinción da situación de incapacidade temporal en que se atopaba o traballador ou a traballadora, sen que procedan –a pesar do alzamento da situación de suspensión do contrato– a se reincorporaren ao seu posto de traballo. Neste sentido, insítese xurisprudencialmente na necesidade de «delimitar o chamado abandono fronte ao despedimento disciplinario por faltas de asistencia ao traballo», pois «estas non poden considerarse, obxectivamente e á marxe dun contexto en que pola súa continuidade ou por outras circunstancias aparezan dotadas dun indubidable significado extintivo», e debe terse en conta que «para valorar o propósito do traballador “hai que precisar de forma inequívoca as motivacións e os impulsos que o animan, posto que a vontade de realizar un acto culposo laboral é diferente da necesaria para extinguir a relación laboral”»³⁵.

7. Así mesmo fronte á xurisprudencia laboral tradicional³⁶, a máis recente xurisprudencia de unificación da doutrina afirma arestora que non pode considerarse como suposto de abandono do traballo ou dimisión tácita o feito de que os traballadores despedidos rexeiten a oferta de admisión feita –antes mesmo de presentar a papeleta de conciliación procesual– polos seus antigos empresarios, que se retractan do despedimento. Sobre o tema, a sentenza decisiva é unha ditada pola Sala do Social do Tribunal Supremo, constituída en sala xeral, con data de 7 de outubro de 2009³⁷. Nela, tras se pór de relevo que «ningunha sentenza deste tribunal contemplou unha retractación empresarial previa ao trámite preprocesual de conciliación, como no caso presente»³⁸, conclúese que «a eficacia extintiva e constitutiva do despedimento determinan que o traballador non estea obrigado a aceptar a posible retractación da empresa emitida antes de constituírse a relación procesual ou de presentarse a papeleta de conciliación ante o correspondente organismo administrativo, nin que por tal rectificación unilateral o traballador se vexa privado do seu dereito a impetrar a protección

³⁵ Todas estas afirmacións atópanse na Sentenza da Sala do Social do Tribunal Supremo de 27 de xuño de 2001 (RX 2001/6840), fundamento de dereito cuarto, ditada en casación para a unificación da doutrina. Véxase, ademais, a Sentenza da Sala do Social do Tribunal Supremo de 29 marzo de 2001 (RX 2001/3410), igualmente ditada en casación para a unificación da doutrina.

³⁶ Representada polas sentenzas da Sala do Social do Tribunal Supremo de 1 de xullo de 1996 (RX 1996/5628), de 3 de xullo de 2001 (RX 2001/7797) e de 15 de novembro de 2002 (RX 2003/507), todas elas ditas en casación para a unificación da doutrina. Sobre a primeira, véxase MELLA MÉNDEZ, L. (1998) «Despido y posterior retractación del mismo: efectos» *Dereito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela* 1, p. 319 e ss.

³⁷ RX 2009/5664.

³⁸ Fundamento de dereito segundo, epígrafe 2.

xurídica dos órganos xurisdicionais»³⁹; e, mesmo que «non apreciamos –tamén como regra xeral– trazo ningún definitorio do abuso do dereito nesa posible reclamación fronte a unha decisión patronal ilexítima, posto que cando se solicita a tutela xudicial que impón o artigo 24.1 da CE, non é apreciable anormalidade ningunha no exercicio da acción, unha vontade de prexudicar ou posibles danos e prexuízos non-lexítimos»⁴⁰.

8. Esta importante doutrina –que pretendía parificar dimisión e despedimento no tocante á imposibilidade de se retractar deles– foi moi pouco despois completada e matizada, así mesmo en unificación da doutrina, por outra sentenza da propia sala con data de 7 de decembro de 2009⁴¹. Nela, sobre a base de que «como o contrato permanece vivo mentres o despedimento non se fai efectivo, momento en que se extingue e a súa rehabilitación require a vontade das dúas partes e non dunha soa»⁴², conclúese que «a retractación empresarial producida antes de que chegue ese momento [isto é, o de efectividade do preaviso de despedimento] é válida e produce como efecto principal o de que o contrato non chegue a extinguirse»⁴³, e lémbrese mesmo «que, como a acción de despedimento nace na data do cesamento e antes de que este se produza non empeza a correr o seu prazo de caducidade, resulta que non existe dereito a reclamar contra o cesamento antes de que sexa efectivo, pois até ese momento non se precisa a tutela xudicial»⁴⁴.

Non pode estrañar, por iso, que a propia Sala do Social do Tribunal Supremo se apresurase a trasladar esta doutrina complementaria á hipótese da dimisión, e sostivese noutra sentenza unificadora con data de 1 de xullo de 2010⁴⁵, fronte á súa doutrina tradicional (relativa a que «unha vez comunicada, a dimisión do traballador dotada de eficacia inmediata non é susceptible de retractación posterior»)⁴⁶, a nova tese de que cabe «a posible retractación da decisión de dar por concluído o contrato, naqueles

³⁹ Fundamento de dereito cuarto, epígrafe 3, parágrafo primeiro.

⁴⁰ *Ibidem*. A mesma doutrina volveu ser pacificamente reiterada polas sentenzas da Sala do Social do Tribunal Supremo de 11 de decembro de 2009 (RX 2010/2117) e de 26 de abril de 2010 (RX 2010/3486), dítadas en casación para a unificación da doutrina.

⁴¹ RX 2010/255.

⁴² Fundamento de dereito segundo, parágrafo terceiro.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ *Ibidem*, parágrafo cuarto.

⁴⁵ RX 2010/8438.

⁴⁶ Fundamento de dereito segundo, epígrafe 1, parágrafo primeiro.

casos... en que ese cambio na vontade extintiva non irroque prexuízo substancial á outra parte ou a terceiros; o que supón –tratándose de dimisión preavisada– que antes da rectificación do traballador o empresario non contratase outro empregado para substituír o dimisionario»⁴⁷, pois «a boa fe comporta que en tal suposto –que é o de autos– se acepte a retractación do traballador, porque con iso ningún prexuízo se lle causa ao patrón, e a negativa deste adquire visos de conduta abusiva»⁴⁸.

9. O repregamento evidente da Sala do Social do Tribunal Supremo, fronte ao que viña sendo a xurisprudencia cualificable como tradicional⁴⁹, proxéctase así mesmo sobre o tema das eventuais consecuencias indemnizatorias que para os empresarios poidan derivarse da omisión polos traballadores dimisionarios do preaviso debido (lémbrese que na dimisión, en principio, «debe mediar o preaviso que sinalaren os convenios colectivos ou o costume do lugar»). Nesta liña, unha sentenza da Sala do Social do Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2005⁵⁰, ditada en casación ordinaria, sostén que o dereito da empresa a descontar automaticamente da liquidación do traballador dimisionario un día por cada día de atraso no preaviso debido só existe se así se pactase en convenio colectivo ou contrato individual de traballo, con fundamento «na cláusula penal que posibilitan e disciplinan o artigo 1152 e seguintes do Código civil»⁵¹. Neste último caso, ademais, quedaría excluída a eventualidade de que os empresarios puidesen esixirilles aos traballadores dimisionarios –salvo quizais na hipótese de se tratar de deportistas profesionais⁵²– a indemnización doutros danos e prexuízos provocados polo feito da dimisión, pois segundo esta mesma sentenza

⁴⁷ Fundamento de dereito terceiro, epígrafe 4, alínea d).

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ Respecto dela, véxase MARTÍNEZ GIRÓN, J. (2002) «Cuestiones de actualidad sobre la dimisión del trabajador, en cuanto que causa de extinción del contrato de trabajo» *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* 6, pp. 443-444.

⁵⁰ RX 2005/3510.

⁵¹ Fundamento de dereito cuarto, parágrafo quinto.

⁵² Segundo o artigo 16, epígrafe 1, do Real decreto 1006/1985, de 26 de xuño «a extinción do contrato por vontade do deportista profesional, sen causa imputable ao club, dará este dereito, no seu caso, a unha indemnización que en ausencia de pacto ao respecto fixará a xurisdición laboral, en función das circunstancias de orde deportiva, prexuízo que se causara á entidade, motivos de ruptura e demais elementos que o xulgador considere estimable» (parágrafo primeiro), tendo en conta que «no suposto en que o deportista no prazo dun ano desde a data de extinción, contratase os seus servizos con outro club ou entidade deportiva, estes serán responsables subsidiarios das obrigas pecuniarias sinaladas» (parágrafo segundo). Ao respecto, véxase MARTÍNEZ GIRÓN, J. (1999) «Actividades profesionales y organizaciones deportivas y jurisdicción: puntos críticos» en Borrajo Dacruz, E. (dir.) *Trabajo y libertades públicas*. Madrid, La Ley, pp. 137-138.

«o feito de acudir á realización da pena, resulta... incompatible coa posibilidade de reclamar indemnización de danos e prexuízos, aínda cando estes puideren existir e, en caso de existiren, sexa cal for a súa contía»⁵³.

10. Como é lóxico, esta imposibilidade de lles esixir aos traballadores dimisionarios danos e prexuízos que excedan dos salarios do preaviso eventualmente omitido pode obviarse, porén, ante o chamado pacto de permanencia na empresa, sancionado durante a vixencia da Lei de contrato de traballo de 1944 por senllas –e moi doutrinalmente interesantes e pioneiras– sentenzas da Sala do Social do Tribunal Supremo de 3 de febreiro e 11 de marzo de 1975⁵⁴, relativas a pilotos de liñas aéreas dimisionarios, en claro prexuízo da súa empresa⁵⁵.

Sobre o tema, o precepto decisivo é hoxe o artigo 21, epígrafe 4, do Estatuto dos traballadores⁵⁶, que contén unha alusión inequívoca á especie máis problemática e litigada da dimisión, que é xustamente o abandono do traballo ou dimisión tácita.

⁵³ Fundamento de dereito cuarto, parágrafo quinto.

⁵⁴ RX 1975/425 e RX 1975/1273, respectivamente.

⁵⁵ Segundo a primeira das devanditas sentenzas, «unha cláusula en que se convén entre... [os traballadores demandados] e a empresa, a asistencia dos primeiros a uns cursos que os capaciten para se converteren en pilotos de reactor, cursos que tiñan que ser custeados no estranxeiro pola mesma empresa e obrigándose en cambio, a continuar despois un determinado período de tempo ao servizo da devandita empresa, ou a indemnizala noutro caso, nunha suma convida, é perfectamente legal, pois non hai disposición legal ningunha que o prohiba», resultando «indubidablemente xusto e razoable que a empresa reciba unha indemnización no caso de que os pilotos demandados, despois de obterem unha maior categoría profesional que habería de permitirilles a súa mellor cotización no mercado laboral propio, adquirida a custa daquela, abandonasen a compañía causándolle un quebranto económico, que debe ser indemnizado conforme ao previsto» (considerando primeiro).

E de acordo coa segunda sentenza, «unha cláusula consignada nos respectivos contratos de traballo, segundo a cal os demandados adquirirían “un especial compromiso” de permanencia ao servizo da actora durante tres anos, se a custa desta facían un curso ou adquirirían determinada aptitude profesional e se rescindían o seu contrato ou incorrían en causa de despedimento antes de transcorrer eses tres anos, se estipulaba unha indemnización a favor da actora, ha de cualificarse de netamente laboral» (considerando primeiro), resultando «correcto prever as consecuencias dunha falta de cumprimento do “especial compromiso” contraído mediante unha cláusula “penal”, en que non só se comprenden os “gastos” dos cursos de perfeccionamento, senón algo moito máis difícil de avaliar e é o de que, tras seren instruídos no manexo duns aparatos adquiridos, cesen na prestación dos seus servizos e pasen a outra empresa da competencia no tráfico aéreo» (considerando cuarto).

⁵⁶ Sobre o tema, véxase GÓMEZ ABELLEIRA, F. J. (2000) «Pactos de no concurrencia y de permanencia (En torno a los artículos 5.d) y 21)» *Revista Española de Derecho del Trabajo* 100, pp. 284-285. Na xurisprudencia, Sentenza da Sala do Social do Tribunal Supremo, constituída en sala xeral, de 26 de xuño de 2001 (RX 2001/7795), ditada en casación para a unificación da doutrina.

Segundo esta norma, «cando o traballador reciba unha especialización profesional con cargo ao empresario para pór en marcha proxectos determinados ou realizar un traballo específico, poderá pactarse entre ambos a permanencia na devandita empresa durante certo tempo»⁵⁷, tendo en conta que «o acordo non será de duración superior a dous anos e sempre se formalizará por escrito»⁵⁸, e, ademais, que «se o traballador abandona o traballo [isto é, dimita] antes do prazo, o empresario terá dereito a unha indemnización de danos e prexuízos»⁵⁹.

III. Dimisión e desemprego (a propósito da traballadora dimisionaria vítima de violencia de xénero)

11. Ademais da dimisión xenérica, a epígrafe 1 do artigo 49 do Estatuto dos traballadores regula –tras a entrada en vigor da Lei orgánica 1/2004, de 28 decembro, de medidas de protección integral contra a violencia de xénero– unha moi concreta especie desta na súa alínea m), relativa a que o contrato de traballo tamén se extinguirá «por decisión da traballadora que se vexa obrigada a abandonar definitivamente o seu posto de traballo como consecuencia de ser vítima de violencia de xénero»⁶⁰. A súa especificidade é clara, ante todo, por canto a traballadora en cuestión queda escusada de lle dar ao empresario ou á empresaria o preaviso previsto na hipótese da dimisión xenérica (ao igual que acontece, como se viu, na hipótese do abandono de traballo ou dimisión tácita), o que aparece remarcado no teor da devandita letra do precepto, ao referirse a que a traballadora abandona o traballo (literalmente, «véxase obrigada a abandonar definitivamente o seu posto de traballo») aínda que a boa fe pida aquí comunicar o motivo do abandono.

Con todo, a súa especificidade é clara, sobre todo por causa de que –fronte á regra xeral relativa a que os traballadores non se atopan en situación legal de desemprego «cando cesen voluntariamente no traballo»– a traballadora dimisionaria vítima de violencia de xénero si se atopa comprendida na devandita situación legal, pois a Lei

⁵⁷ Inciso primeiro.

⁵⁸ Inciso segundo.

⁵⁹ Inciso terceiro.

⁶⁰ Ao respecto, véxase MARTÍNEZ GIRÓN, J.; ARUFE VARELA, A. e CARRIL VÁZQUEZ, X. M. (2006) *op. cit.*, p. 324.

xeral da Seguridade Social –tras as oportunas correccións operadas nela pola citada Lei orgánica 1/2004– afirma agora que se encontrarán en situación legal de desemprego os traballadores cesantes, entre outros varios casos, «por resolución voluntaria por parte do traballador, nos supostos previstos nos artigos 40, 41.3, 49.1.m) e 50 do Estatuto dos traballadores»⁶¹.

12. Este precepto ampara, por suposto, o caso de que o maltratador da traballadora dimisionaria sexa un terceiro alleo á empresa, ao se afirmar xurisprudencialmente a este respecto que «o noso ordenamento xurídico... non lle recoñece dereito a cobrar a prestación por desemprego ao asalariado que causa baixa nun emprego pola súa propia vontade, salvo en casos específicos, perfectamente delimitados, en que esta vén “provocada” pola actitude empresarial previa (modificación substancial das condicións, traslados ou incumprimentos graves que dan lugar a sentenza que accede ao pedimento de extinción contractual) ou dun terceiro (víctimas de violencia de xénero)»⁶².

Ora ben, ampara así mesmo o suposto de feito existente cando o maltratador resulta ser o propio empresario. Axuizouno unha sentenza da Sala do Social das Palmas, do Tribunal Superior de Xustiza de Canarias, de 28 de setembro de 2009⁶³, en que se estima a pretensión da traballadora de extinguir o contrato de traballo non por «dimisión», mais si por «despedimento indirecto», pois sobre a base de que «a actora era a esposa [en realidade, ex parella] do administrador e representante da empresa demandada»⁶⁴, de que «a parella se separou, iniciándose a proliferación de denuncias da actora ao demandado e do demandado á actora»⁶⁵, e de que «a actora foi obxecto de protección oficial mentres durou a orde de afastamento»⁶⁶, resultaba «evidente que o empresario incumpriu a súa obriga de garantir a saúde da traballadora, ao trasladar ao ámbito do traballo toda a problemática da crise de parella, o que obriga a... entender que se produciu o incumprimento a que fai referencia o artigo 50.c) do Estatuto dos traballadores»⁶⁷.

⁶¹ Artigo 208, epígrafe 1, número 1, alínea e).

⁶² Sentenza da Sala do Social do Tribunal Superior de Xustiza do País Vasco de 2 de marzo de 2010 (AS 2010/2731), fundamento de dereito segundo, epígrafe B.

⁶³ AS 2010/129.

⁶⁴ Antecedente de feito segundo.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ Cfr. o fundamento de dereito primeiro.

⁶⁷ Fundamento de dereito segundo.

13. Loxicamente, o presuposto para a aplicación de todo este conxunto de preceptos é o de que a traballadora teña a condición de verdadeira vítima de violencia de xénero. Confirmao a Sentenza da Sala do Social do Tribunal Superior de Xustiza do País Vasco de 2 de febreiro de 2010⁶⁸, novamente relativa a un preito entre dúas persoas sentimental e laboralmente vinculadas en concepto de empresario e traballadora (houbo un «procedemento previo de divorcio contencioso instado pola traballadora», en que esta alega «mediar un maltrato físico e verbal que desaconsella o trato laboral»)⁶⁹. Nesta sentenza desestímase o recurso da traballadora, pois «sen que se cumpran os requisitos esixidos nos artigos 21 e 23 da LO 1/2004 en que se ampara a recorrente para ter acceso á extinción de contrato prevista no artigo 49[.1.]m do ET (non existe orde de protección por violencia de xénero... e tampouco pode outorgarse ás conclusións provisionais do Ministerio Fiscal, vistos os antecedentes, a consideración de título acreditativo da existencia de indicios de que sexa vítima de violencia de xénero), tampouco poden prosperar as denuncias formuladas ao respecto»⁷⁰.

⁶⁸ AS 2010/926.

⁶⁹ Cfr. o fundamento de dereito terceiro, epígrafe B), parágrafo segundo.

⁷⁰ *Ibidem*, parágrafo penúltimo. En concordancia con este pronunciamento, véxase VELASCO PORTERO, M. T. (2010) «La acreditación de la condición de víctima de violencia de género como requisito necesario para ser titular de la protección laboral» *Aranzadi Social* 9-10, p. 35 e ss.