

SOBRE LA RETRACTACIÓN DE LA DIMISIÓN DURANTE EL PERÍODO DE PREAVISO

Sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de julio de 2010

FERNANDO ELORZA GUERRERO*

SUPUESTO DE HECHO: Trabajador que manifiesta por escrito a la empresa, con fecha 13 de marzo de 2008, su “decisión libre y voluntaria de causar el próximo 23-3-2008”, seguida posteriormente de otra remitida el día 17 de marzo de 2008 al responsable de personal de la empresa en la que comunica en este caso que “habiendo reconsiderado en estos últimos días mi decisión de causar baja...les comunico mi deseo de dejar sin efecto la comunicación de dicha baja”. Esta última carta provocó que la empresa remitiera al trabajador, a su vez, otra comunicación escrita en la que le manifiesta que ya había iniciado los trámites para contratar a otra persona por lo que no pudiendo atender sus deseos debía proceder a darle de baja en la empresa con fecha 23 de marzo de 2008. Así lo hizo la empresa, circunstancia que provocó que el trabajador impugnara el despido, acción ésta que fue estimada por el Juzgado de lo Social núm. 6 de Sevilla, y que siendo objeto de recurso de suplicación por la empresa ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), fue resuelto por sentencia de 19 de mayo de 2009 (Rec. 3103/08), que vino a confirmar la sentencia de instancia.

Contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Andalucía se interpuso por la empresa a su vez recurso de casación en unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo (TS), quien finalmente desestimó el mismo.

RESUMEN: La Sala de lo Social del Tribunal Supremo desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina (Rcud. 3289/2009) interpuesto por la empresa en base sobre todo a los siguientes argumentos:

- 1) Aunque la doctrina tradicional de la Sala ha sido hasta el momento que una vez comunicada la dimisión del trabajador la misma se dotaba de eficacia inmediata y no era posible la retractación posterior –por su condición de declaración de voluntad de carácter recepticio–, incluso en los casos en que cumpliendo con la exigencia de preaviso se pretendiera la mencionada retractación antes de que venciese éste, la misma ha de replantearse en el

* Profesor TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

- caso actual –supuesto no tratado directamente en unificación de doctrina hasta el momento–, no debiendo olvidarse que en relación con la figura del empresario contamos ya con doctrina en unificación de doctrina que ha admitido la retractación del despido por éste precisamente durante el período de preaviso –sentencia de 7 de diciembre de 2009 (rcud. 210/09)-.
- 2) Aunque en distintas sentencias el TS –STS 26 de febrero de 1990, por ejemplo- ha sostenido la irrevocabilidad de la decisión anunciada de dimitir, mediando incluso preaviso, invocándose a tales efectos los arts. 1261 y 1262 del Código Civil (Cc), así como la naturaleza jurídica del preaviso, que tiene un carácter tuitivo de los intereses del destinatario de la comunicación (el empresario), doctrina que hay que calificar como sólida en el ámbito del Derecho Común, lo cierto es que la misma debe ser matizada en el campo del Derecho Laboral, en atención a las siguientes consideraciones y principios generales:
- a) No se puede confundir la dimisión (acto unilateral extintivo) con el preaviso (requisito legal fundado básicamente en las exigencias de la buena fe), por lo que no parece razonable aplicar las mismas posibilidades de rectificación y/o aceptación en una y otra fase.
 - b) El preaviso no sólo tiene por finalidad cautelar exclusiva la protección de los intereses del empresario, sino que también se puede afirmar que puede operar a favor del trabajador, pues asegura la continuidad de la relación laboral durante el período de preaviso, “interés este último que significaría un cierto apoyo a la posibilidad de rectificación en la decisión adoptada”.
 - c) El principio de la conservación del negocio, invocada por la sentencia del TS de 7 de diciembre de 2009 (rcud. 210/09), y que informa particularmente la extinción del contrato de trabajo, aconseja admitir en ciertas circunstancias la retractabilidad de las decisiones extintivas, ya se trate del desistimiento contractual por voluntad del empresario, o del trabajador.
 - d) El principio de la buena fe (arts. 7.1 y 1258 Cc) tiene una mayor significación en el ámbito del Derecho laboral, toda vez que estamos en presencia de relaciones contractuales de naturaleza continuada, con una singular implicación del componente personal y una consustancial contraposición de intereses. Dicho principio apunta en definitiva al respeto mutuo de los recíprocos intereses de la partes, y en relación a la fase extintiva del contrato de trabajo apoya la posible retractación de la decisión de dar por concluido el contrato, si bien el límite deberá estar en que “ese cambio en la voluntad extintiva no irroque perjuicio sustancial a la otra parte o a terceros” .
- 3) La negativa del empresario a la retractación expresada por el trabajador que inicialmente presentó su dimisión adquiere visos de conducta abusiva (art.

7.1 Cc), toda vez que la buena fe comporta que se acepte la retractación en casos como el que nos ocupa, en un contexto de fuerte estrés laboral y ansiedad, que si bien no viciaba el consentimiento y configuraba su nulidad (art. 1265 Cc), lo cierto es que genera una desfavorable situación para emitir el consentimiento por parte del trabajador que el principio de la buena fe obliga a tener presente.

ÍNDICE:

1. LA DIMISIÓN DEL TRABAJADOR COMO ACTO DE VOLUNTAD QUE EXTINGUE EL CONTRATO DE TRABAJO
2. LA NOVEDOSA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO
3. PUNTOS CRÍTICOS EN LA NUEVA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA DIMISIÓN
4. BIBLIOGRAFÍA

1. LA DIMISIÓN DEL TRABAJADOR COMO ACTO DE VOLUNTAD QUE EXTINGUE EL CONTRATO DE TRABAJO

Viene a estas páginas una sentencia que curiosamente no ha tenido mucho eco en nuestra doctrina. Y que sin embargo supone un cambio significativo en lo que ha sido hasta el momento la doctrina oficial del TS en relación con la institución de la dimisión, en un sentido bastante similar por cierto al giro jurisprudencial efectuado por el propio Alto Tribunal en fechas no muy lejanas en relación con la retractación por el empresario del despido cuando media preaviso – efectuada con ocasión de la ya señalada sentencia del TS de 7 de diciembre de 2009 (rcud. 210/09) -. Como es conocido, el Estatuto de los Trabajadores (ET en adelante) contempla expresamente la dimisión del trabajador en el art. 49.1 d) ET, al tiempo que de modo más reciente el art. 49.1 m) ET alberga específicamente una variante de la dicha institución jurídica como es el desistimiento del contrato de trabajo originado por violencia de género. En definitiva, y como resulta generalmente admitido, la dimisión se define como la “facultad del trabajador de resolver libre y voluntariamente el contrato de trabajo, sin necesidad de alegar causa” (MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO y GARCÍA MURCIA, p. 772, 2010).

No obstante, y pese a lo que pudiera parecer a primera vista, con carácter general la elaboración científica en torno a la institución de la voluntad unilateral de terminación de la relación de trabajo, lejos de poderse considerar plenamente madurada en nuestro país ha tropezado históricamente con dos factores condicionantes (RODRÍGUEZ-PIÑERO y FENÁNDEZ LÓPEZ, p. 17–18, 1998): a) la inexistencia de una elaboración doctrinal rigurosa en la etapa de la codificación civil en España que analizara la figura de la voluntad

unilateral como mecanismo de extinción del contrato; b) la desigual evolución de la misma en nuestro Derecho del Trabajo, pues mientras la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario ha sido objeto de importante atención tanto por el legislador, que lo ha regulado con detalle, como por la propia jurisprudencia, la extinción por voluntad del trabajador no ha registrado parecida atención, debiendo tenerse a su vez presente que la existencia de regímenes diferenciados de distinta entidad viene también inducido por la imposición al empresario de limitaciones adicionales en materia de extinción unilateral del contrato, como fórmula de protección de la parte más débil en la relación contractual, y finalmente subordinada: el trabajador.

No en vano, se ha señalado que tradicionalmente la regulación de esta materia en nuestro Derecho ha resultado “escueta y sumaria si se compara con la minuciosa de los despidos, quizá porque el subconsciente normativo percibía como interés dominante del trabajador no la extinción, sino la conservación del contrato” (ALONSO OLEA, p. 138, 1980). De todas formas, y desde una perspectiva constitucional no podemos ignorar que lo liviano del régimen jurídico de la dimisión tiene también mucho que ver con la necesidad de preservar la libertad de elección de profesión u oficio (art. 35.1) CE, así como con la nota de voluntariedad que caracteriza al trabajo asalariado por cuenta ajena. Tal vez por ello, uno de los factores definitorios de la institución jurídica que identificamos como dimisión sea precisamente su condición de acto de voluntad del trabajador extintivo sin alegación de causa o *ad nutum*, junto a la circunstancia de que no sea necesaria la anuencia del empresario, ni expresa ni tácita, pues lo contrario nos situaría en la causa extintiva del art. 49.1 a) ET (extinción por mutuo acuerdo de las partes) (MARTÍNEZ GIRÓN, p. 438, 2002).

Ahora bien, en todos estos años doctrina y jurisprudencia han coincidido en señalar que para que la dimisión surta plenos efectos resulta imprescindible que dicha declaración de voluntad del trabajador llegue a conocimiento del empresario, bien en este caso de forma expresa (por escrito o verbalmente), bien de forma tácita (hechos concluyentes), de tal forma que conocida aquélla por el empleador la misma deviene desde ese mismo momento en declaración de voluntad irrevocable. Esta última característica determinó a su vez el que, hasta la sentencia que analizamos, doctrina y jurisprudencia coincidieran generalmente en que ni siquiera vigente el período de preaviso – que es uno de los pocos requisitos exigidos por el art. 49.1 d) ET – resulta posible la retractación del trabajador de su declaración de voluntad de extinguir el contrato de trabajo, de forma que la negativa del empresario a permitir dicha retractación no puede calificarse como despido (MARTÍNEZ GIRÓN, p. 443, 2002). Como en más de una ocasión se ha manifestado en la dimisión “no cabe arrepentimiento” (STSJ Cataluña -Sala de lo Social- de 19 de julio de 1994 (AS 1994/3063); y de 14 de septiembre de 1994 (AS 1994/3497), y la retractación es del todo

punto imposible toda vez que “ello supondría reconstituir una nueva relación laboral y, consiguientemente, para este efecto se haría precisa la voluntad concurrente del empresario, entrándose en el terreno de la nueva contratación” (RODRÍGUEZ-PIÑERO, y FERNÁNDEZ LÓPEZ, p. 56,1998).

Que la dimisión del trabajador no genera para el empresario el derecho a ser resarcido económicamente es otro de los elementos que caracterizan la construcción jurídica entorno a esta institución. No obstante, esta apreciación registra dos excepciones, una que tiene que ver con la existencia de ciertos pactos contractuales típicos, y en concreto del pacto de permanencia en la empresa (art. 21.4 ET), el otro con el incumplimiento por el trabajador del período de preaviso pactado bien en el convenio colectivo, bien atendiendo a la costumbre del lugar (art. 49.1 d) ET) – aunque también será posible pactarlo expresamente en contrato de trabajo o tácitamente entre empresario y trabajador -. Cuando la dimisión del trabajador ha implicado la ruptura de un pacto de permanencia los Tribunales han acostumbrado a estimar el daño emergente, vinculado a factores como el valor del curso formativo sufragado por la empresa, su duración y coste, sin atender al lucro cesante (STS -Sala de lo Social- de 14 de noviembre de 1990 (RJ 1990/6458); y de 27 de marzo de 1991 (RJ 1991/1905)). Por el contrario, si lo que se ha producido es un incumplimiento del período de preaviso la doctrina científica ha manejado dos opciones posibles (vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO y FERNÁNDEZ LÓPEZ, p. 89,1998), una primera que entronca con lo que disponía en su día el art. 81 de la Ley de Contrato de Trabajo de 26 de enero de 1944 y el derecho común de obligaciones, y que llevaría a tratar la situación como un supuesto típico de responsabilidad contractual por los daños efectivamente causados (art. 1101 y ss. Cc); una segunda, que considera que la situación ha de manejarse de manera similar a cuando no se respeta el preaviso con ocasión de un despido, propugnándose la aplicación de dicho régimen a la institución que nos ocupa.

Esta cuestión del resarcimiento de los posibles perjuicios causados por el incumplimiento de los plazos de preaviso resulta de especial interés no sólo por las consecuencias que se pueden derivar para el trabajador, sino también, en el caso que nos ocupa, porque habremos de interrogarnos sobre el posible derecho de resarcimiento que la retractación del trabajador puede generar a favor del empresario. Con carácter general, y con independencia de lo que se manifieste más adelante, se debe advertir que la jurisprudencia ha venido en todos estos años decantándose por permitir la reclamación, en concepto de daños y perjuicios, de los salarios devengados durante el período de preaviso omitido por el trabajador, no amparando la reclamación de otros daños y perjuicios, pese a que los mismos pudieran ser probados por la empresa (MARTÍNEZ GIRÓN, p.444, 2002), solución que guarda coherencia con lo que es práctica habitual en el ámbito del Derecho comparado: la equiparación de los efectos de

la inobservancia del preaviso tanto cuando el mismo tiene lugar en el contexto de una dimisión, como con ocasión del despido de un trabajador. Se apuesta por tanto por permitir una reclamación tasada aunque sea de forma indirecta, limitación del resarcimiento de daños y perjuicios que sin embargo no opera cuando el trabajador ha concertado un pacto de permanencia en la empresa – pues el art. 21.4 ET permite pactar una indemnización de carácter distinto – o en el caso de ciertas relaciones laborales de carácter especial, como ocurre con los deportistas profesionales (art. 16 del R.D. 1006/1985) o los artistas en espectáculos públicos (art. 10.4 R.D. 1435/1985).

2. LA NOVEDOSA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La doctrina del TS objeto de consideración en este caso tiene su origen, como ya hemos señalado, en la sentencia emitida por el Alto Tribunal en casación para la unificación de doctrina con ocasión del recurso interpuesto en su día por una empresa contra la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía (Sevilla), de 19 de mayo de 2009 (Rec. 3103/08), que vino a desestimar el correspondiente recurso de suplicación interpuesto por el mismo actor, y que a fin de cuentas confirmaba la sentencia del Tribunal de instancia que apreció la existencia de un despido improcedente en el rechazo de la empresa recurrente en admitir la retractación del preaviso de la dimisión planteada por un determinado trabajador. La admisión de este recurso ante el Tribunal Supremo tiene lugar tras la constatación de la existencia de una sentencia de contraste, concretamente de la propia Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, si bien en este caso de su sede en Málaga, de 19 de julio de 2007 (rec. sup. 1604/2007), en la que se fallaba justamente lo contrario -confirmando por cierto en este caso la sentencia de instancia-: desestimación de la demanda del trabajador que reclamó por despido en relación con el rechazo de su empresa a admitir la retractación en la decisión de dimitir vigente el período de preaviso.

La sentencia del TSJ con sede en Málaga que duda cabe que se mantiene en el ámbito de lo que ha sido la ortodoxia marcada en la materia por la jurisprudencia, por lo que no extraña que en su argumentación jurídica se subraye (F.J. 2º párrafo 3º) que “es reiterada doctrina judicial la que declara que la baja voluntaria anunciada y decidida por el trabajador es irrevocable”, al tiempo que se insiste en que “la dimisión del trabajador, una vez comunicada no permite la retractación posterior, al haber causado estado como acto generador de derechos a terceros, por lo que la misma no puede redundar en perjuicios de éstos, salvo que se pruebe existencia de alguna deficiencia en el consentimiento que conduzca a la anulación del negocio jurídico STS 9-3-90 (RJ 1990/2040) y 21-6-90 (RJ 1990/5502) de acuerdo con el art. 1261 Código

Civil”. Sin embargo, frente a esa línea ortodoxa se alza el razonamiento de la Sala de lo Social con sede en Sevilla que en la sentencia de 19 de mayo de 2009 estima necesario realizar algunas precisiones a la doctrina judicial consolidada (F.J. 3º), insistiendo en que “no debe hacerse una identificación entre dimisión y preaviso. El desistimiento es el acto unilateral extintivo de la relación por su propia virtualidad; el preaviso es un requisito fundado en exigencias de buena fe (...) de comunicar por anticipado al empleador el desistimiento que tendrá lugar cuando el preaviso concluya (...) De este modo el efecto extintivo se produce en un momento sucesivo al de la declaración de la dimisión en el momento del preaviso. Sólo al finalizar el período de preaviso, la dimisión producirá su efecto extintivo”. Por ello, la Sala de lo Social de Sevilla estima que “hay que dejar abierta alguna posibilidad, a la vista de la circunstancias del caso, para admitir esa posterior retractación, teniendo en cuenta, además que la institución del preaviso opera a favor del propio empleador, pero sólo para evitarle perjuicios por la extinción brusca del contrato de trabajo”, de tal manera que, a su juicio, la retractación debería admitirse en aquellas ocasiones en que “no provoca perjuicios adicionales específicos al empleador, que es lo aquí acaecido que “no consta que la empresa realizara contratación alguna, salvo alguna entrevista para la cobertura del puesto””.

Pues bien, como ya hemos señalado la sentencia del TS analizada se decanta por confirmar la solución dada al caso por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía con sede en Sevilla. Y para ello esgrime un conjunto de argumentos que merecen una consideración detenida.

Así, el Alto Tribunal expone en primer término la necesidad de que no se desconozca en un caso como el que nos ocupa la reciente jurisprudencia del TS que ha admitido la retractación del empresario, durante el período de preaviso, respecto a la decisión de aquél de proceder a la extinción del contrato de un trabajador (STS de 7 de diciembre de 2009 -rec. 210/2009-), y ello porque, como atinadamente sostiene el TS, “se trata – en ambos casos – de la misma manifestación subjetiva de idéntico fenómeno del “desistimiento legal”, en tanto que excepción – una y otra – a la regla general de indisponibilidad del contrato por una sola de las partes [art. 1256CC]”. Por tanto, se deben trasladar al caso que nos ocupa planteamientos esgrimidos por el TS en relación con la retractación del empleador, entre los que cabe destacar: a) el preaviso “es simplemente el anuncio previo de que próximamente se va a rescindir el contrato, pero se trata sólo de una advertencia que se hace por exigencia de la Ley para prevenir al otro de algo que se realizará”; b) en ningún caso el preaviso puede considerarse como “un precontrato que se perfecciona por la simple aceptación de la oferta”; c) en materia de extinción del contrato, tanto en el ET como en la LPL, “predomina la idea de favorecer la conservación del puesto de trabajo. Por ello, si la finalidad de la norma es facilitar la continuidad del contrato (...) es claro

que aquél [empresario, entonces; trabajador, ahora] puede decidir válidamente retractarse de la rescisión del contrato que preavisó, mientras la prestación de servicios continúa y el contrato sigue vigente”.

No obstante, la Sala de lo Social del TS advierte que la novedosa doctrina jurisprudencial afecta sólo a los supuestos de dimisión en los que media preaviso, pues en los demás casos “recibida –y aceptada- la voluntad de dar por concluido el contrato, en ortodoxa dogmática civil no es factible retractación alguna –“arrepentimiento”– que no sea aceptada por la empresa, porque la dimisión ya se había perfeccionado por su aceptación por el empresario”, de forma que cuando concurre una dimisión sin mediar preaviso “la retractación comportaría una reconstrucción del vínculo – nueva contratación, en definitiva – requirente del concurso de voluntades”. En ese sentido, se subraya que la doctrina de Derecho Común, con base en los arts. 1261 y 1262 del Código Civil, y que aboga por la irrevocabilidad de la decisión anunciada de desistir del contrato de trabajo, en el ámbito del Derecho del Trabajo debe ser objeto de matización sobre todo por las siguientes razones: a) puesto que no cabe confundir la dimisión (acto unilateral extintivo) con el preaviso (requisito legal fundado básicamente en las exigencias de la buena fe), no parece razonable admitir las mismas posibilidades de actuación de la voluntad, incluida la rectificación de la declaración realizada; b) no se debe olvidar que el preaviso no sólo tiene por finalidad proteger los intereses del empresario, sino que en el caso del trabajador asegura la continuación de la relación laboral durante dicho período de preaviso, por lo que esta última circunstancia apoyaría la posibilidad de rectificar la decisión adoptada; c) el principio de conservación del negocio debe apreciarse en estos casos, y “aconseja admitir –al menos en ciertas circunstancias- la retractabilidad en las decisiones extintivas, tanto proceda el desistimiento contractual de la voluntad del empresario, cuanto de la del trabajador”; d) el principio de la buena fe, que al tiempo que inspira el propio requisito de preaviso, aconseja –al tratarse la relación de trabajo de una relación contractual de naturaleza continuada, con una determinante implicación personal y una evidente contraposición de intereses- admitir “la posible retractación de la decisión de dar por concluido el contrato, en todos aquellos casos –éste es el límite de actuación- en los que ese cambio en la voluntad extintiva no irroge perjuicio sustancial a la otra parte o a terceros”.

Como observará el lector, la invocación del principio de la buena fe, como argumento que refuerza la admisión de la retractación en ciertos casos en que media preaviso a la decisión del trabajador de dimitir, no tiene un carácter absoluto, pues en todo momento el TS se cuida de advertir de forma muy explícita que la retractación sólo es posible cuando “con ello ningún perjuicio se le causa al patrono”, de tal forma que en tales casos la negativa del empresario a asumir dicha retractación “adquiere visos de conducta abusiva [art. 7.2

C.C.]”. A mayor abundamiento, el Alto Tribunal estima que el que el trabajador manifestara, preavisando, su intención de dimitir, en el caso concreto, “en un incuestionado contexto de estrés laboral y ansiedad (...) si bien no llega a viciar el consentimiento y configurarlo nulo [art. 1265 CC] no lo es menos que hace se emita en desfavorables circunstancias, que aquel principio -la buena fe- obliga a tener presentes”.

El giro jurisprudencial es ciertamente significativo, y completa, como ya se ha señalado, y advierte el propio TS, la nueva doctrina entorno a la retractación de manifestaciones de voluntad realizadas y que determinan normalmente la extinción del contrato de trabajo, bien por desistimiento del trabajador, bien por despido del empresario. En ese sentido la nueva jurisprudencia tiene una importancia cualitativa muy significativa, pues como recientemente ha referido algún reputado especialista (MOLINER TAMBORERO) la Sala del TS admite por primera vez “una decisión que sobre las solas previsiones del Código Civil en su regulación de las obligaciones no sería aceptable”.

En definitiva, y a la vista de la doctrina fijada por el TS en la presente sentencia se podría afirmar que para que la retractación opere será necesaria la concurrencia de tres requisitos básicos:

1. Que se produzca antes de finalizar el período de preaviso.
2. Que dicha manifestación, además de efectuarse de manera clara y de llegar a conocimiento del empresario antes de que finalice el período de preaviso, se realice de buena fe.
3. Que no se haya contratado de forma efectiva a un nuevo trabajador.

3. PUNTOS CRÍTICOS EN LA NUEVA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA DIMISIÓN

La nueva doctrina del TS sin duda constituye un giro significativo en la jurisprudencia que se venía aplicando hasta el momento, poniéndose el acento en definitiva, y de forma muy marcada, en el conocido principio de conservación del negocio. El mensaje en ese sentido es claro, y viene en definitiva a reforzar las expectativas de todo trabajador de conservar hasta el último momento su puesto de trabajo.

Ahora bien, en la argumentación desplegada por el Tribunal éste pone sumo cuidado en advertir que la retractación no será eficaz en todo caso, pues como el propio TS advierte la retractación sólo debe admitirse en los casos en que la misma “no irroge un perjuicio sustancial a la otra parte o a terceros”, atendiendo al principio de buena fe que deber regir el desarrollo de toda relación laboral. De tal forma que en el caso concreto sí es admisible la retractación pues si bien la empresa había iniciado contactos – alguna entrevista – para

cubrir la baja del trabajador que inicialmente manifestó su intención de hacer efectiva la dimisión, al momento de la retractación no se había producido contratación efectiva de trabajador alguno.

Como señala la doctrina científica (MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO, GARCÍA MURCIA, p. 592, 2010) el principio de la buena fe “conlleva un comportamiento recíproco leal en la constitución del vínculo y en el cumplimiento de los derechos y de las obligaciones correspondientes”. Sin embargo, hay que ser conscientes de que hoy día la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el principio de la buena fe ha atenuado su dimensión, de tal forma que la buena fe se piensa que debe atenuar el ejercicio de un derecho sólo cuando ello resulte imprescindible, entendiéndose por tal situaciones en las que “su falta provoque consecuencias letales para el contrato y para la propia empresa” (MONTROYA MELGAR, p. 87, 2001). Esta jurisprudencia constitucional ha llevado a los estudiosos del fenómeno a denunciar que la misma ha deparado el que la invocación de dicho principio se produzca en “supuestos absolutamente extremos, fomentando el ya extendido fenómeno de la invocación trivial o banal (y, peor todavía, de la invocación de mala fe) de supuestos derechos fundamentales vulnerados (con su preocupante corolario, el posible amparo constitucional de tales derechos)” (de nuevo MONTROYA MELGAR, p. 87, 2001).

Precisamente en el caso que nos ocupa entendemos que hay un manejo del principio de la buena fe en esa línea, pues por el TS se nos dice que la retractación sólo es admisible cuando la misma no irroga un “perjuicio sustancial” -por tanto no un mero perjuicio o un perjuicio de una cierta entidad- a la otra parte (la empresa) o a terceros (por ejemplo, el trabajador contratado para ocupar el puesto de quien anunció que tenía intención de dimitir). No obstante, y contrariamente a lo que pudiera parecer, la novedosa jurisprudencia estimamos deja en el aire cuál debe ser la solución jurídica a dar a ciertas situaciones, dudas que pueden tener su origen además -y al margen de que lógicamente el Alto Tribunal está obligado a centrarse en el supuesto objeto del recurso de casación- en la mencionada consideración reductiva del principio de la buena fe. En concreto: ¿operaría la retractación en aquellos casos en que en lugar iniciarse contactos para proceder a la contratación ex novo de un trabajador se decide la ampliación del contrato de trabajo a tiempo parcial de otro trabajador o la empresa opta por la amortización del puesto de trabajo? Vayamos por partes.

En primer lugar, en el caso de que el puesto de trabajo dejado por el trabajador se cubra mediante la ampliación de un contrato de trabajo, que pasaría de tiempo parcial a tiempo completo, y por ejemplo el reparto de ciertas funciones entre otros trabajadores, podría plantearse que el perjuicio que causa la efectividad de la retractación no tuviera un carácter necesariamente sustancial, como sí cabe apreciar cuando la efectividad de la retractación pasa por que la empresa

despida al trabajador contratado ex novo para cubrir el puesto de quien anunció su intención de hacer efectiva la dimisión en una fecha determinada. Sin embargo, no debemos olvidar que la buena fe que rige el cumplimiento del contrato de trabajo del trabajador contratado a tiempo parcial obliga lógicamente a éste y a la empresa a respetar la ampliación efectuada, de tal forma que siendo más o menos discutible el que una posible reducción de la dedicación del trabajador que vio ampliado su contrato a tiempo completo pueda ser calificada o no de perjuicio sustancial, lo cierto sí es que la empresa está obligada, entre otras consideraciones en atención a la buena fe, a mantener la ampliación contractual firmada.

En el fondo, la consideración de este caso concreto y de la doctrina jurisprudencial comentada nos enseña que, por elemental prudencia, las empresas deberían no cubrir la vacante que en principio genera el anuncio de dimisión con la ampliación de un contrato de trabajo a tiempo parcial hasta que ésta no sea plenamente efectiva. De lo contrario, la empresa correrá el riesgo en unos casos de que se aprecie despido improcedente, caso de que decida no atender la retractación del trabajador en su decisión de dimitir, y en otros de que el trabajador que vio ampliado su contrato se resista a ver nuevamente modificado su contrato, en el sentido de una menor dedicación (tiempo parcial).

En segundo lugar, y por lo que respecta a la amortización efectiva del puesto de trabajo, aunque sobre la cuestión no se ha pronunciado obviamente el TS, teniendo en cuenta la jurisprudencia generada sí parece razonable concluir que la empresa no podrá negarse a la retractación alegando su intención de amortizar el puesto de trabajo, toda vez que esta necesidad no se ha puesto de manifiesto con anterioridad, y en principio va a resultar muy difícil de demostrar que el mantenimiento del contrato del trabajador supone para la empresa un perjuicio sustancial, aunque sólo sea porque instantes antes de que el trabajador comunicara su decisión de preavisar no se cuestionaba la viabilidad de dicho puesto de trabajo.

De todas formas en relación con esta doctrina conviene retener que la doctrina del TS en el presente caso consagra como límite insalvable a la efectividad del derecho de retractación la existencia de un contrato de trabajo ya firmado. En concreto, el TS menciona el caso concreto de que “el empresario no haya contratado a otro empleado para sustituir al dimisionario”. Por tanto, téngase en cuenta que la retroacción no podrá producirse no sólo en aquellos casos en que el trabajador contratado ex novo ya presta servicios para la empresa vigente el período de preaviso, sino también en aquellos otros supuestos en que el contrato de trabajo se ha firmado, si bien se ha pactado que sus efectos se inicien a partir del momento en que la dimisión del trabajador sea efectiva. El perjuicio sustancial entendemos que es apreciable tanto si se prescinde de un trabajador ya en activo como si se plantea la rescisión de un contrato firmado

pero no todavía en vigor, pues la expectativa de trabajo desaparece cuando la misma estaba ya pactada.

Por último, quisiéramos reflexionar, aunque sea brevemente, sobre una cuestión que entendemos no debe obviarse, y es la que guarda relación con los posibles gastos en que puede incurrir la empresa a la búsqueda de un sustituto del trabajador dimisionario, y sino sería razonable plantearse su resarcimiento ante la retractación de la dimisión. Por principio, parece claro que ni el TS ni el TSJ de Andalucía se han planteado esta opción. Por tanto los gastos en los procesos de selección en que pueda haber incurrido la empresa no son reintegrables, ni susceptibles de dar lugar a priori a un perjuicio sustancial que impidiera que la retractación fuera efectiva. Recuérdese en ese sentido que la práctica habitual en nuestro ordenamiento es sólo permitir la reclamación, en concepto de daños y perjuicios, de los salarios devengados durante el período de preaviso omitido por el trabajador. Sin embargo, lo cierto es que en ocasiones este tipo de procesos, sobre todo cuando se trata de la sustitución de trabajadores altamente cualificados o de altos directivos, puede generar unos gastos apreciables para la empresa cuyo resarcimiento no sería descabellado que se planteara. Lógicamente esta cuestión se sitúa en el terreno de un mero desiderátum toda vez que nuestra jurisprudencia no parece avanzar en ese sentido. Sin embargo, recordemos que en el caso de trabajadores con cualificaciones muy específicas y de difícil sustitución nuestra normativa sí contempla el resarcimiento de daños ante la inobservancia por ejemplo del período de preaviso a la extinción del contrato, caso de los deportistas profesionales (art. 16 R.D. 1006/1985) o los artistas en espectáculos públicos (art. 10.4 R.D. 1435/1985) -no así por lo que respecta a los altos directivos (art. 10.2 R.D. 1382/1985)-. Por tanto, no debería considerarse totalmente ajeno a nuestra cultura jurídica el que se plantee el resarcimiento de ciertos gastos generados por procesos de selección fallidos cuando estos son significativos, como ocurre con los trabajos de alta cualificación o muy especializados.

4. BIBLIOGRAFÍA

Alonso Olea, M.: “La extinción del contrato de trabajo por decisión del trabajador”, RPS, núm. 126, 1980.

Lafuente Suárez, J.L.: “El pacto de preaviso en la dimisión del trabajador”, Actualidad Laboral, núm. 34, 2002.

Martínez Girón, J.: “Cuestiones de actualidad sobre la dimisión del trabajador, en cuanto causa de extinción del contrato de trabajo”, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, núm. 6, 2002.

Martín Valverde, A., Rodríguez-Sañudo, F., García Murcia, J.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2010.

Montoya Melgar, A.: *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, RAJL, Madrid, 2001.

Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. y Fernández López, M.F.: *La voluntad del trabajador en la extinción del contrato de trabajo*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1998.