

ASPECTOS CONTROVERTIDOS DEL CONTRATO DE SELECCIÓN DE PERSONAL

DANIEL RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA

Doctor en Derecho

*Abogado Ramón Hermosilla & Gutiérrez de la Roza
Académico corr. Academia Asturiana de Jurisprudencia*

Este trabajo ha obtenido el **Accésit Premio Estudios Financieros 2011** en la modalidad de **DERECHO CIVIL Y MERCANTIL**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Carlos CARNICER DÍEZ, doña Iciar CORDERO CUTILLAS, don Gastón DURAND BAQUERIZO, don Antonio ORTÍ VALLEJO y don Juan Ignacio PEINADO GRACIA.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato del autor.

Extracto:

LA selección de personal es, cada vez más, un proceso que las empresas españolas encargan a unas empresas especializadas, las selectoras de personal. Ello ha generado la aparición de un nuevo contrato atípico, el de selección de personal, que es preciso analizar en cuanto a los aspectos más conflictivos que viene planteando en la práctica, con especial atención a la situación que respecto del mismo ocupa jurídicamente el candidato participante en el proceso de selección. Todo ello con la vista puesta en que en un futuro próximo lo deseable, en términos de seguridad jurídica, es que se alcance una regulación legal expresa del citado contrato.

Palabras clave: contrato de selección de personal, contrato de trabajo, *culpa in contrahendo*, empresa selectora, responsabilidad precontractual, tratos preliminares.

CONTROVERSIAL ASPECTS OF THE PERSONNEL SELECTION CONTRACT

DANIEL RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA

Doctor en Derecho

*Abogado Ramón Hermosilla & Gutiérrez de la Roza
Académico corr. Academia Asturiana de Jurisprudencia*

Este trabajo ha obtenido el **Accésit Premio Estudios Financieros 2011** en la modalidad de **DERECHO CIVIL Y MERCANTIL**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Carlos CARNICER DÍEZ, doña Iciar CORDERO CUTILLAS, don Gastón DURAND BAQUERIZO, don Antonio ORTÍ VALLEJO y don Juan Ignacio PEINADO GRACIA.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato del autor.

Abstract:

INCREASINGLY, recruitment is a process that Spanish companies charge a few specialized companies, the recruitment business of staff. This has led to the emergence of a new contract atypical, the selection of staff, which must be studied on the more contentious aspects is raised in practice, with special attention to the situation with regard to the same legally occupies the candidate participating in the selection process. All this with a view to that in the near future is desirable, in terms of legal certainty, that a legal regulation will be reached expressed the above-mentioned contract.

Keywords: contract of personnel selection, contract of employment, *fault in defective*, selector company, pre-contractual liability, preliminary treatment.

Sumario

1. Introducción. Aproximación a la selección externa de personal laboral.
2. Naturaleza jurídica del contrato de selección de personal.
3. Obligaciones de la empresa selectora.
4. Obligaciones de la empresa destinataria.
5. La situación del candidato frente al contrato de selección de personal.

Abreviaturas.

Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN. APROXIMACIÓN A LA SELECCIÓN EXTERNA DE PERSONAL LABORAL

A lo largo de las últimas dos décadas hemos asistido en España a un creciente desarrollo de las empresas dedicadas a la selección de personal. Basta con que se abra cualquier periódico dominical, generalista o de la prensa salmón, o que se consulte Internet ¹ para palpar esa situación, y ello tanto en épocas de bonanza como de crisis económica, aun siendo cierto que, evidentemente, la proliferación de dichas empresas está estrechamente ligada a los puntos altos de cada ciclo económico, depurándose tal parque de empresas en los valles del ciclo.

Antiguamente eran las propias empresas, en el caso de las de mayores dimensiones a través de sus departamentos de recursos humanos, las que se encargaban de seleccionar el personal que iban a contratar y la concertación del contrato de trabajo tenía lugar en un muy breve espacio de tiempo, tras un somero contacto entre el empleador y los candidatos, lo que implicaba que los tratos preliminares eran muy breves, aunque normalmente siempre existentes, de modo que, en términos estrictos, el contrato de trabajo también, incluso en tales casos, era un contrato de formación sucesiva ².

Más recientemente, en principio solo para puestos de trabajo muy especializados o complejos, las empresas españolas empezaron a preferir la intervención de las primeras selectoras de personal, en práctica importada de Estados Unidos donde ya antes habían comenzado a operar las agencias de *outplacement* ³

¹ De hecho, como reconocen en la doctrina DEL REY GUANTER, S. y LÁZARO SÁNCHEZ, J.L. «Nuevas tendencias de la intermediación en el mercado de trabajo», *Inserción laboral*, A. GALÁN GARCÍA y M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO (editores), Universidad de Huelva, Huelva, 1999, pág. 167, el desarrollo de la iniciativa privada en la intermediación laboral virtual está unida a la aparición y el empleo en ese campo de las nuevas tecnologías. Por su parte, y sin abandonar este ámbito, SOBRINO GONZÁLEZ, G.M.^a, *La política de colocación*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2006, pág. 301, se refiere a las «agencias virtuales de colocación», que utilizan exclusivamente Internet, donde se están creando grandes bancos de datos informáticos.

² Como ya destacó VALDÉS DAL-RÉ, F., «Tratos preliminares y condiciones del contrato de trabajo», *RPS*, núm. 111, julio-septiembre 1976, pág. 111 y volvió a insistir en ello ALZAGA RUIZ, I., «Los tratos preliminares y el precontrato de trabajo: un estudio sobre su concepto, las consecuencias derivadas de su incumplimiento y la jurisdicción competente para conocer de los litigios nacidos de las actividades preparatorias del contrato de trabajo», *DL*, núm. 65, 2001, pág. 67.

³ *Vid.* in extenso SOBRINO GONZÁLEZ, G.M.^a, *La política...*, ob. cit., págs. 276-291, destacando que consiste en «una actividad de servicios ofrecidos por empresas especializadas y prestadas (sic) a empresas que se enfrentan a un proceso de reducción de plantilla», en tanto que de forma más concisa destaca PÉREZ DOMÍNGUEZ, F., «Servicios privados de empleo: razones para una reforma», *DL*, núm. 79, 2007, vol. 1, pág. 110, su gran desarrollo por causa de los efectos de la globalización económica en el empleo.

o de recolocación y los *head hunters*⁴ o cazatalentos⁵. En esos momentos se consideraba que por tratarse de puestos de trabajo especializados había pocos trabajadores en condiciones de desempeñarlos, por lo que era necesario analizar con detalle el mercado del trabajo para localizar el «mirlo blanco». Se consideraba que la propia empresa no disponía de un conocimiento suficiente de un sector tan especializado del mercado laboral, por lo que prefería acudir a otra especializada, al objeto de que normalmente le cribase los aspirantes, presentándole un ramillete de los más escogidos, los supuestamente idóneos para el puesto de trabajo de que se tratase.

Progresando en el tiempo y acercándose más a la actualidad, el mecanismo de la selección de personal externa se ha generalizado a prácticamente todo tipo de puestos de trabajo, todo ello dentro de un fenómeno más amplio, y previo en el tiempo, de expansión de las fases precontractuales del mercado de trabajo –también denominadas fases de empleo o de tratos preliminares⁶– tendentes a obtener un mejor conocimiento de los rasgos personales, formación, experiencia y conocimientos del candidato⁷, actuación susceptible de ser englobada en la comprobación de las aptitudes profesionales de los candidatos y en la transmisión de la información correspondiente a las empresas clientes⁸.

No deben confundirse, visto lo hasta ahora expuesto, tratos preliminares con proceso de selección. Aquí me voy a ocupar del contrato de selección de personal, que se inserta dentro del proceso de selección. El proceso de selección es una parte, en sentido lato, de los tratos preliminares al contrato de trabajo, donde se incluye toda la negociación relativa a los términos estrictos del contrato de trabajo que se pretende concertar y donde, en ese sentido lato que acabo de referir, puede incluirse

⁴ Concepto que ya se ve empleado en nuestra jurisprudencia [vid. la Sentencia de la Secc. 10.ª de la AP de Madrid de 31 de marzo de 2004 (Ponente: Iltmo. Sr. D. Santiago García Fernández; *Jur.* 2004/248285)], amén de en la doctrina científica, donde PÉREZ DOMÍNGUEZ, F., «Servicios...», ob. cit., pág. 110, resalta su expansión, desde el reclutamiento de personal directivo a mandos intermedios.

⁵ ALARCÓN CASTELLANOS, M.ª del M., *La intermediación laboral como un instrumento eficaz en tiempos de crisis: servicios públicos de empleo y entidades afines*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pág. 205.

⁶ MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R., «Dificultades en el acceso al empleo de la mujer embarazada», *AS*, núm. 6/2004, consultado en su versión electrónica en www.westlaw.es

⁷ Así, FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A., «Tratamiento automatizado de datos personales en los procesos de selección de trabajadores», *RRLL*, núm. 11, 1994, pág. 26 y MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del trabajo*, decimoséptima edición, Tecnos, Madrid, 2008, pág. 453. También SEMPERE NAVARRO, A.V. y LUJÁN ALCARAZ, J., «Estadios previos al contrato de trabajo (Comentario a la STSJ Cataluña 11 enero 1996)», *AS*, tomo I, 1996, consultado en su versión electrónica www.westlaw.es, ya en 1996 hablaban de «la frecuentísima supeditación que aquellas (las empresas) hacen de la conclusión del contrato de trabajo a la previa superación de un proceso de selección de personal». Más recientemente, en esa misma línea, BURGOS GINER, M.ª A., «Facultades empresariales de control en la fase de acceso al empleo y la formalización del contrato de trabajo», *TS*, núm. 59, marzo 2004, pág. 21. Por su parte, en la doctrina uruguaya destaca GARMENDIA ARIGÓN, M., *Derecho del trabajo y formación*, www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/conterfor/publ/gar_dtra/pdf/ccp_ii.pdf, págs. 29-30 y 31, de un lado, que en el mercado laboral uruguayo la etapa precontractual resulta, salvo en contadas ocasiones, imprescindible, y de otro, que, en dicho mercado, los que denomina «sistemas complejos» para la conexión de la oferta y la demanda (donde entran las empresas selectoras de personal) tienen aún un escaso desarrollo, predominando aún la forma más primitiva de contacto directo entre trabajador y empleador. Hago esta referencia a una doctrina comparada, que pudiera calificarse de exótica, porque permite apreciar cómo el desarrollo del mercado de trabajo hacia sistemas de empleo más complejos determina el paralelo incremento de la importancia de la selección de personal externa especializada.

⁸ Como dicen GARCÍA MURCIA, J., «Agencias de colocación y empresas de trabajo temporal (A propósito de las reformas legales de 1994)», *RAE*, núm. 2, 1995, pág. 87 y SARAGOSSÁ I SARAGOSSÁ, *Derecho del empleo*, 2.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 170.

el proceso de selección por empresas especializadas, ya que, ciertamente, en sentido estricto no serían tales tratos preliminares pues no hay trato directo entre la empresa empleadora y los candidatos ⁹.

A la vez que se produjo el citado fenómeno de expansión de las fases precontractuales del contrato de trabajo, es de advertir también que se ha tendido a un creciente acercamiento entre selección de personal y colocación ¹⁰. Es cierto que la empresa selectora-colocadora puede encargarse solo de seleccionar, esto es, de identificar los candidatos más adecuados para cubrir las vacantes de entre aquellos que han solicitado el puesto de trabajo ¹¹, sin localizar tales candidatos. En ese caso la labor de localización de candidatos sería previa, y habrá sido acometida por la propia empresa destinataria o por una tercera empresa, una agencia de colocación ¹², cuya diferencia respecto de la empresa selectora estriba en que esta última se encarga solo de comprobar las aptitudes y características de los candidatos mediante las pruebas de selección, mientras que la primera asume tareas previas de registro de demandas y ofertas de empleo y de intermediación entre demandantes y ofertantes ¹³. Pero esta situación no es la habitual, porque la misma supone encarecer los costes del proceso de contratación en general, ya que, de un lado, intervendrían dos empresas (ya la propia destinataria, ya la especializada de colocación, además de la selectora), lo que podría duplicar costes, y, por otro lado, normalmente dilataría en exceso el periodo de selección, porque una vez captados los candidatos habría que trasladárselos a la empresa selectora para que esta iniciase su labor desde cero ¹⁴. Por esto lo más habitual, y lo que uno se encuentra con simplemente abrir las páginas de la prensa especializada, es que la empresa selectora selecciona y, antes o al mismo tiempo, se encarga de fomentar la contratación laboral, mediante la captación de los demandantes de empleo a los que, una vez captados, se encargará de seleccionar, situación mixta que genera evidentes problemas de deslinde de funciones en puridad jurídica, pero que, en la práctica, que yo tenga conocimiento, no está generando

⁹ En la doctrina, por ejemplo, RIERA VAYREDA, C. y THIBAUT ARANDA, J., «Tratos preliminares, precontrato e incumplimiento *ab initio* del contrato de trabajo», *La Ley*, 1997-1, pág. 2206, califican el proceso de selección como «tratos preliminares impropios». Ya anteriormente, en similar sentido, SEMPERE NAVARRO, A.V., «La preparación del contrato de trabajo», *DL*, núm. 34, 1991, pág. 34, restringió los tratos preliminares en sentido estricto a los habidos entre los «eventuales sujetos del negocio jurídico», para más adelante, *loc. ult. cit.*, pág. 43, reconocer que el proceso de selección, interno o externo, es «uno más de los diversos tratos preliminares que pueden preceder al contrato de trabajo». En general, sobre un concepto de tratos preliminares como «las deliberaciones, conversaciones y negociaciones que los interesados llevan a cabo antes de celebrar el contrato, con la finalidad de fijar sus condiciones, anteriores a cualquier oferta en firme», *vid. ARROYO Y AMAYUELAS, E.*, «Formación y perfección del contrato», *Derecho Privado Europeo*, S. CÁMARA LAPUENTE (coordinador), Colex, Madrid, 2003, pág. 336.

¹⁰ Sobre «colocación», «colocación de trabajadores» e «intermediación laboral», *vid. DEL REY GUANTER, S. y LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.*, «Nuevas tendencias...», *ob. cit.*, págs. 167-168, para concluir haciendo abstracción de que se emplee cualquiera de dichos términos.

¹¹ Como hace hincapié RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., *Lecciones de Derecho del empleo*, Tecnos, Madrid, 2003, págs. 93-94.

¹² Con RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., *Lecciones...*, *ob. cit.*, pág. 94.

¹³ Así, MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del trabajo*, *ob. cit.*, pág. 454 y MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del trabajo*, trigésima edición, Tecnos, Madrid, 2009, pág. 585.

¹⁴ *Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.*, *Lecciones...*, *ob. cit.*, pág. 94. También en la doctrina, SARAGOSSÁ I SARAGOSSÁ, *Derecho del empleo*, *ob. cit.*, pág. 170, defiende que se ponga fin a esta situación mediante una delimitación, normativa y de ordenación, entre la actividad de selección y la actividad de colocación, algo que, a mi juicio, es ir contra la agilidad de los tiempos y la tendencia a reducir intermediarios y costes en la contratación laboral.

consecuencias apreciables¹⁵. De esta forma, la empresa selectora de personal coadyuva a la colocación en la fase de intermediación laboral, ya que pone en conocimiento de los trabajadores quiénes están en disposición de ofrecer trabajo y de los empresarios qué trabajadores están en disposición de ser contratados¹⁶.

Todo ello además se ve favorecido, desde una perspectiva normativa, por la aprobación del Convenio 181 de la OIT, sobre las agencias de empleo privadas, que en su artículo 2.1 enumera los servicios que pueden prestar en relación con el mercado de trabajo y entre ellos «otros servicios relacionados con la búsqueda de empleo, determinados por la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y trabajadores, como brindar información, sin estar por ello destinados a vincular una oferta y una demanda específicas», regulación lo suficientemente amplia como para poder abarcar las labores de selección de personal¹⁷.

Es más, la práctica muestra que incluso las Empresas de Trabajo Temporal vienen en ocasiones actuando como selectoras de personal, lo que viene a acentuar la mercantilización de la captación de trabajadores¹⁸.

¹⁵ Reconoce tal acercamiento CRUZ VILLALÓN, J., «El nuevo régimen de la colocación de trabajadores», *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 32, pág. 36. Queda al margen de este trabajo el análisis de la específica problemática de las agencias de colocación en España, que sí cuentan con régimen normativo específico y que al no poder tener finalidad lucrativa, deben procurar separarse, al menos formalmente, de las empresas selectoras, como apunta CRUZ VILLALÓN, J., *loc. cit.*, págs. 40-41, de modo que «se deben limitar a recibir –de parte de las empresas que deseen contratar trabajadores directamente, de las agencias de colocación o del propio INEM– la relación nominal de aspirantes a ocupar un puesto de trabajo... A sensu contrario, por ejemplo, las empresas de selección no pueden, como hacían hasta ahora, publicar anuncios en los medios de comunicación en los que se recojan las ofertas de empleo, canalizando de este modo la demanda de empleo y convirtiéndose por otras vías en agencias de colocación no autorizadas». También puede consultarse sobre este progresivo acercamiento de actividades, CAVAS MARTÍNEZ, F., «El nuevo Derecho del empleo. A propósito de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de empleo», *AS*, núm. 19/2003, consultado en su versión electrónica en www.westlaw.es y ALARCÓN CASTELLANOS, M.^a del M., *La intermediación...*, ob. cit., págs. 197-202 y 210-211, destacando esta última que tal asunción de funciones intermediarias por las empresas selectoras implica la infracción del artículo 16.2 del ET. En la actualidad, ya se advirtió por PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., «La reforma laboral: un nuevo marco legal para las empresas de trabajo temporal», *AL*, núm. 16, 16 a 30 de septiembre de 2010, www.laley.es, que tras el artículo 16 de la LISOS y el establecimiento en el mismo de la infracción administrativa grave constituida por ejercer actividades de mediación con fines lucrativos que tengan por objeto la colocación de trabajadores sin haber obtenido la previa autorización administrativa, también las empresas de selección de personal deben contar con dicha autorización.

¹⁶ Con carácter general, a propósito de la intermediación laboral, MONTOYA MELGAR, A. y CRISTÓBAL RONCERO, R., *Comentario a la Ley de empleo (Ley 26/2003, de 16 de diciembre)*, Civitas, Madrid, 2004, pág. 116.

¹⁷ Como ya apreció en nuestra doctrina CAVAS MARTÍNEZ, F., «El Convenio núm. 181 de la OIT sobre las agencias de empleo privadas y su incidencia en el sistema español de colocación», *AS*, núm. 7/2000, en su versión electrónica en www.westlaw.es. Sobre las discordancias entre el citado Convenio 181 de la OIT y la Ley de empleo española de 16 de diciembre de 2003, excediendo del objeto de este trabajo, *vid.* VALDÉS DAL-RÉ, F., «Intermediación laboral: apuntes críticos de una reforma socialmente invisible y normativamente provisional», *RRLC* núm. 19/2006, págs. 1-14, esp. págs. 11-12.

¹⁸ Con MONEROS PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.^a N., «Las Empresas de Trabajo Temporal en el marco de las nuevas formas de organización empresarial», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 48, 2004, pág. 45. *De lege ferenda*, DEL REY, S., «Marco legal de las agencias privadas de empleo», diario *Expansión*, 13 de marzo de 2007, pág. 6, ya defendió también que expresamente la ley permita a las Empresas de Trabajo Temporal realizar funciones de selección de personal, tesis que volvió a reiterar tras la reforma laboral de 2010, a la que haré referencia más adelante, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., «La reforma laboral: *parturient montes*», *La Ley*, núm. 7441, 8 de julio de 2010, pág. 8.

A todo lo hasta ahora expuesto, debe sumarse el hecho de que a lo largo de los últimos decenios se ha producido una fortísima explosión de este sector empresarial en España ¹⁹, que además se puede insertar en una creciente tendencia a la externalización de funciones de la empresa, fenómeno del que es buena muestra el *outsourcing* empresarial ²⁰.

Concluyendo este apretado recorrido histórico que he efectuado, hoy, las empresas españolas, en no pocas ocasiones prefieren acudir a las selectoras de personal porque:

1. Se ahorran el coste que les supondría el mantenimiento de una sección permanente y propia, integrada por trabajadores fijos, destinados a este menester, cuando la labor de selección de personal puede desarrollarse de forma esporádica o periódica, pero no necesariamente continua. Actualmente, las empresas están focalizadas en la atención al cliente y dedicarse a la vez a la caza de talentos les resta competitividad ²¹.
2. Se pretenden alcanzar mejores resultados a través de la contratación de empresas que cuentan con personal especializado en esta materia y con unos conocimientos amplios del mercado de trabajo. Esos conocimientos serán normalmente más extensos que los que pudiera tener el departamento interno de selección de personal, más focalizado en las personas que puedan estar interesadas en esa concreta empresa. Lo más frecuente será que las bases de datos de candidatos de una empresa especializada sean más amplias y extensas que las del departamento de personal de cualquier otra empresa.
3. Se busca también lograr una mayor objetividad en la labor, evitando que exista una vinculación del nuevo personal con el ya existente en la empresa, dedicado a esta delicada labor de seleccionar nuevo personal. En ocasiones, la búsqueda de esa mayor objetividad de simple deseo se convierte en obligación para la empresa, pues son los propios convenios colectivos o incluso la ley los que exigen procesos de selección predeterminados para reducir la discrecionalidad empresarial e introducir ese factor objetivo en la decisión final del empresario a la hora de contratar a un trabajador ²².
4. Se puede conseguir, si así se desea, mantener la reserva inicial acerca de la empresa destinataria de los futuros trabajadores, evitándose así el desgaste que, en ciertas ocasiones, pueda suponer para una empresa el aparecer constantemente en el mercado como buscadora de personal.

¹⁹ En 2006, SOBRINO GONZÁLEZ, G.M.^a, *La política...*, ob. cit., pág. 293, apuntó la existencia en España de 500 empresas de selección.

²⁰ Así, ALONSO OLEA, M. y CASAS BAHAMONDE, M.^a E., *Derecho del trabajo*, 21.^a edición, Civitas, Madrid, 2003, pág. 546 y MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.^a N., «Las Empresas...», ob. cit., pág. 39.

²¹ Como destaca JIMÉNEZ, J.I., «Especialización multidisciplinar en bufetes», diario *Expansión*, suplemento *Jurídico*, 23 de marzo de 2004, pág. 6.

²² Como se pone de relieve por ALFONSO MELLADO, C.L., *Indemnizaciones entre empresarios y trabajadores antes y durante el desarrollo de la relación laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 38, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., *Tratado práctico de Derecho del trabajo y Seguridad Social*, MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J. (dirección y coordinación), Aranzadi, Pamplona, 2002, pág. 554 y por AGUILERA IZQUIERDO, R., «El ingreso en la empresa: técnicas de selección y límites impuestos por la negociación colectiva», *AS*, núm. 1/2003, consultado en su versión electrónica www.westlaw.es y dedicado monográficamente al análisis de convenios colectivos que exigen la utilización de determinadas técnicas de selección de trabajadores.

Sentados estos presupuestos, es claro que el fenómeno de la selección de personal muestra importantes consecuencias en el ámbito del nuevo Derecho del Trabajo²³, especialmente motivadas por la escasa protección que en ese momento se proporciona al trabajador²⁴, que, adelante, por ser ajenas a mi especialidad, no voy a tratar.

Lo que pretendo aquí, por el contrario, es analizar el contrato de selección de personal desde una perspectiva jurídico privada, esto es, la relación jurídica que se establece entre la empresa destinataria del personal y la empresa selectora. Ello sin dejar de atender, siquiera sea tangencialmente, a las consecuencias que de ese contrato se derivan para los participantes en el proceso de selección y para la propia empresa contratante en aspectos esencialmente sociolaborales.

2. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE SELECCIÓN DE PERSONAL

A) Atipicidad

A la hora de aproximarse al contrato de selección de personal se observa, sin dificultad, que estamos ante un contrato atípico, jurídica y socialmente.

Jurídicamente no cabe duda de que no hay una regulación legal de este contrato, lo que viene a ser una consecuencia de la ausencia de regulación legal de las empresas de selección de personal²⁵; es más, el contrato se encuentra en un «lago legal», más que laguna, pues las empresas de selección de personal siguen estando rodeadas de un vacío normativo, si cabe acrecentado en los últimos años, pues las sucesivas reformas del mercado de trabajo acarrearón que las mínimas referencias normativas que existían respecto de las mismas fueran desapareciendo, lo que, de hecho, implica que su constitución y funcionamiento es libre²⁶.

²³ En expresión que tomo de CAVAS MARTÍNEZ, F., «El "nuevo" Derecho del trabajo», *AS*, núm. 5, julio 2004, consultado en su versión electrónica en www.westlaw.es, donde destaca que uno de los aspectos de la nueva orientación del Derecho del Trabajo es justamente la de influir en las condiciones de acceso al empleo por quienes carecen de él.

²⁴ Como destaca RODRÍGUEZ CARDO, I.A., *Poder de dirección empresarial y esfera personal del trabajador*, Consejo Económico y Social del Principado de Asturias, Oviedo, 2009, pág. 140.

²⁵ Sobre dicha ausencia de regulación, *vid.* SOBRINO GONZÁLEZ, G.M.^a, *La política...*, *ob. cit.*, págs. 292-293.

²⁶ Hablo aquí de la situación a la que ya hizo referencia hace ya más de una década GARCÍA MURCIA, J., «Agencias...», *ob. cit.*, pág. 88, destacando la existencia de solo algunas menciones indirectas a la legalidad de dichas empresas, que no afectaba en nada al contrato de selección de personal, por lo que me remito al comentario que de las mismas hizo el Profesor GARCÍA MURCIA. Sobre la progresiva desaparición de dichas menciones incluso, *vid.* SALA FRANCO, T., *La reforma del mercado de trabajo*, Ciss, Valencia, 1994, pág. 20, CAVAS MARTÍNEZ, F., «El Convenio...», *ob. cit.*, CAMPS RUIZ, L. M., *La reforma del mercado de trabajo: el nuevo régimen jurídico de la colocación, de los contratos de aprendizaje, de trabajo en prácticas, a tiempo parcial y de relevo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, págs. 26-27, ALONSO OLEA, M. y CASAS BAHAMONDE, M.^a E., *Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 546 y de nuevo CAVAS MARTÍNEZ, F., «El nuevo...», *ob. cit.* –este último advirtiendo especialmente la laguna que en esta materia presenta la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de empleo–, así como especialmente las quejas de RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., *Lecciones...*, *ob. cit.*, pág. 94, por lo que ello implica de desprotección para el trabajador en el momento más próximo al bien protegido.

Socialmente, además, su relativa novedad y la ausencia de un cuerpo importante de doctrina jurisprudencial relativo al mismo implican que tampoco existe un contrato de selección de personal tipificado por la sociedad.

Es más, la diversidad de contenidos que en la práctica muestra este contrato acentúa su atipicidad y hace más complejo el análisis de su naturaleza jurídica.

B) Mercantilidad

Aunque soy decididamente partidario de la unificación del Derecho de obligaciones y contratos, las mínimas diferencias que, en regresión, siguen perdurando entre los contratos civiles y mercantiles (ahí tenemos el último ejemplo de la idéntica redacción de los nuevos arts. 1.262 CC y 54 CCom., en materia de perfección de los contratos civiles y mercantiles), obligan a que siga siendo necesario determinar si un contrato es civil o mercantil. En este caso, el contrato es claramente mercantil, porque se concierta entre empresas, una de ellas, la selectora de personal, dedicada a este sector de actividad económica organizada con evidente ánimo de lucro²⁷.

C) Bilateralidad

Tanto la empresa destinataria como la selectora de personal asumen obligaciones que más adelante referiré a lo largo de este trabajo.

D) Onerosidad

Estando la empresa selectora dedicada, como se acaba de ver, con ánimo de lucro²⁸ a la labor de selección de personal, su actuación se presta contra la remuneración convenida, ya veremos que de muchas posibles formas, con la empresa destinataria.

²⁷ Como señalan URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y VERGEZ, M. en URÍA-MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, 2001, tomo II, pág. 31, «el carácter mercantil del contrato y su peculiaridad adquieren pleno sentido cuando la actividad contractual se integra en el ejercicio profesional de una actividad económica organizada». Con mayor extensión, más recientemente, sobre la caracterización de los contratos mercantiles por ser contratos de empresa, *vid.* GARCÍA-PITA LASTRES, J.L., *Derecho mercantil de obligaciones. Parte general*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003, págs. 356-367. Se está ante un caso similar al próximo contrato de puesta a disposición concertado con las empresas de trabajo temporal, cuya mercantilidad está concordemente admitido por la doctrina española, así SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., *Comentarios a las normas sobre empresas de trabajo temporal*, A.V. SEMPERE NAVARRO (director), Civitas, Madrid, 2004, pág. 64.

²⁸ *Vid.* ALONSO OLEA, M. y CASAS BAHAMONDE, M.^a E., *Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 546. Ahí estaba una diferencia con las agencias de colocación, que en España carecieron *ex lege* de ánimo de lucro hasta la reciente reforma de la Ley de empleo de 16 de diciembre de 2003 por el Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, que permitió en el artículo 16.2 del ET las agencias privadas de colocación con ánimo de lucro e introdujo en dicha Ley de empleo el artículo 21 bis, donde se pasó a admitir por vez primera en nuestro ordenamiento jurídico a las citadas agencias de colocación con ánimo de lucro, siendo todo ello ratificado en la posterior Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo y desarrollado en el Real Decreto 1796/2010,

E) No formal o solemne

No existiendo disposición legal alguna que regule específicamente este contrato es de aplicación la regla general de libertad de forma de los contratos prevista en el artículo 1.278 del CC, máxime teniendo en cuenta el desuso en que fue cayendo la exigencia de forma de los contratos mercantiles de más de las hoy ya inexistentes 1.500 pesetas que, a efectos de prueba, contempla el artículo 51 del CCom.

Ahora bien, como siempre ocurre en la práctica, el problema que concurre habitualmente es el de la acreditación del contrato de selección de personal concertado verbalmente, cuya carga, conforme al artículo 217 de la LEC 2000, recaerá en la empresa selectora²⁹. Por ello es aconsejable la concertación del contrato por escrito, sujeto, en su caso, a la Ley de condiciones generales de la contratación de 13 de abril de 1998, que no a la legislación tuitiva de consumidores, en la medida en que la contraparte de la empresa selectora es siempre una empresa o un profesional asimilable a un empresario a estos efectos, que quiere contratar personal para el desempeño de su explotación comercial o profesional³⁰. Igual efectividad probatoria puede tener la concertación de este tipo de contratos por

de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias privadas de colocación. Sobre la situación precedente de agencias de colocación sin ánimo de lucro *vid.* CRUZ VILLALÓN, J., «El nuevo...», ob. cit., págs. 41 y 42, elemento que asimismo servía para diferenciar, junto con otros que no vienen al caso, a las agencias de colocación de las empresas de trabajo temporal, como analizan SEMPERE NAVARRO, A.V. y LASAOSA IRIGOYEN, E., «Los confines jurídicos de las ETTs (a propósito de un reciente libro)», *AS*, núm. 17, febrero 2005, consultado en su versión electrónica en www.westlaw.es y que implicaba que las agencias privadas de colocación únicamente podían cobrar, del empresario, del trabajador o de ambos, solo hasta el límite preciso para cubrir sus gastos; sobre la situación posterior a la reforma de 2010, por ejemplo, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., «La reforma del mercado de trabajo y el Real Decreto-Ley 10/2010», *La Ley*, núm. 7441, 8 de julio de 2010, pág. 5 y «El nuevo régimen de las agencias privadas de colocación», *RRL*, febrero 2011, pág. 7 –en este último trabajo duda acerca de que su régimen jurídico pueda aplicarse a las empresas de mera selección de personal o *headhunting*–, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., «La reforma...», ob. cit., pág. 8, este último criticando que se pospusiese su efectiva implantación a un desarrollo reglamentario en seis meses por el Gobierno, y TABLADO RAMÓN, P., «Las agencias privadas de empleo: de la prohibición al reconocimiento», *La Ley*, núm. 7582, 4 de marzo de 2011, págs. 1-4. Una vez ya aprobado su desarrollo reglamentario, por Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, y desde una perspectiva práctica, refiere el arranque de las mismas la Secretaria de Estado de Empleo, cuando informó que en el mes de mayo de 2011 ya se habían presentado 33 solicitudes de autorización para actuar como tales agencias privadas de colocación y que en aquel momento se estaba muy próximo ya a conceder las tres primeras autorizaciones (diario *Cinco Días*, 11 de mayo de 2011, www.cincodias.com).

²⁹ En la práctica, *vid.* las Sentencias de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Cantabria de 25 de octubre de 2002 (Ponente: Iltmo. Sr. D. Julio Sáez Vélez; *Jur.* 2004/42084), de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de La Coruña de 11 de diciembre de 2007 (Ponente: Iltmo. Sr. D. José Manuel Bustos Lago; *Jur.* 2008/82999), de la Sección 17.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 25 de febrero de 2009 (Ponente: Iltma. Sra. D.ª M.ª Sanahuja Buenaventura; *Jur.* 2009/411630) y de la Sección 20.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de febrero de 2011 (Ponente: Iltmo. Sr. D. Ramón Fernando Rodríguez Jackson; Id Cendoj: 28079370202011100096), donde, por falta de pruebas y ante la ausencia de documentación escrita del contrato, se deniega la existencia de un contrato de selección de personal; por otro lado, en la Sentencia de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Cantabria de 9 de septiembre de 2002 (Ponente: Iltmo. Sr. D. Ignacio Mateos Espeso; *Jur.* 2002/263270), si se estimó acreditada la existencia del contrato gracias a que la empresa selectora aportó la relación de trabajadores que pretendía haber seleccionado, coincidente con el libro matrícula de la empresa cliente, y documentación relativa a dichos trabajadores, que solo podía haber conocido por haber efectuado las operaciones de selección, todo ello amén de la prueba testifical de uno de los trabajadores seleccionados.

³⁰ Así, *vid.* la Sentencia de la Sección 16.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de marzo de 2010 (Ponente: Iltmo. Sr. D. Jordi Seguí Puntas; Id Cendoj: 08019370162010100126), destacando que ello motiva un escaso control de esta contratación, toda vez que «esa normativa especial no introduce más que unos determinados controles de inclusión y de contenido de los contratos sujetos a ella, y en el presente caso el profesional adherente no demuestra –en realidad, ni

vía electrónica, siempre que se cuide especialmente la identificación de los contratantes a través del empleo de la firma electrónica avanzada, conforme a lo previsto en la Ley reguladora de la firma electrónica de 19 de diciembre de 2003.

F) Asimilable al arrendamiento de servicios, al arrendamiento de obra o al corretaje

Desde una perspectiva, a mi juicio, más fáctica que jurídica, entiendo que no cabe duda acerca de que el contrato de selección de personal se inserta claramente en lo que se ha venido en denominar doctrinalmente como «intermediación laboral», entendida esta como el conjunto de acciones que el ordenamiento ofrece con la finalidad de establecer relaciones jurídicas libres de trabajo³¹. Ahora bien, con lo que acabo de decir poco se ayuda a delimitar el régimen jurídico de la relación contractual, pues no existe en el ordenamiento jurídico una categoría contractual típica que se denomine contrato de intermediación laboral, a la que se pudiese acudir para integrar la laguna que el mismo ordenamiento presenta a propósito del contrato de selección de personal. Es preciso, por tanto, esforzarse más para determinar su posible inserción o, al menos, aproximación, a alguna figura contractual típica. Y eso es lo que vengo a hacer en este momento.

Si se efectúa un acercamiento a las escasas resoluciones jurisprudenciales que se han ocupado hasta la fecha de este contrato en la jurisdicción civil, se aprecia una constante en las mismas: todas las resoluciones que he manejado se refieren a este contrato como de prestación de servicios.

Efectivamente, una primera aproximación a la realidad de este contrato permite compartir esta conceptualización del contrato de selección de personal como una modalidad de arrendamiento de servicios, lo que acarrea la aplicación de los escasos y anticuados preceptos que regulan el mismo en el CC, principalmente artículos 1.544, ss. y cc., una vez fracasada la interesante reforma que del arrendamiento de servicios, y del de obra, se había propuesto en 1994³².

siquiera indica— que la redacción de alguna de las cláusulas del convenio de diciembre de 2005 adolezca de falta de transparencia o claridad o que sean ilegibles, ambiguas, oscuras o incomprensibles».

³¹ Tomo el concepto de intermediación laboral de MONTROYA MELGAR, A. y CRISTÓBAL RONCERO, R., *Comentario...*, ob. cit., pág. 115. Muy próximo está tal concepto en el artículo 20 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de empleo: «la intermediación laboral es el conjunto de acciones que tienen por objeto poner en contacto las ofertas de trabajo con los demandantes de empleo para su colocación».

³² En la no muy extensa práctica judicial de este contrato las Sentencias que se han pronunciado en torno al tipo contractual hablan de arrendamiento de servicios. Así, *vid.* las Sentencias de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1987 (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Casares Córdoba; *RJA* 1987/366) y de 3 de abril de 2000 (Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros; *RJA* 2000/2495) y las Sentencias de la Sección 16.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de febrero de 1998 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Jordi Seguí Puntas; *AC* 1998/386), de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Tarragona de 7 de septiembre de 2000 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Alavedra Farrando; *Jur.* 2000/307548), de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Cantabria de 9 de septiembre de 2002 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Ignacio Mateos Espeso; *Jur.* 2002/263270), de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Cantabria de 25 de octubre de 2002 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Julio Sáez Vélez; *Jur.* 2004/42084), de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Asturias de 12 de septiembre de 2003 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Tuero Aller; *Jur.* 2004/15788), de la Sección 20.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de septiembre de 2003 (Ponente: Ilma. Sra. D.ª Purificación Martínez Montero de Espinosa; *Jur.* 2003/258454) y de 26 de julio de 2005 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Vicente Gutiérrez Sánchez; *Jur.* 2005/206842), de la Sección 25.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 4 de julio de 2004 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Moya Hurtado; *Jur.* 2004/253411) y de 5 de

Ciertamente, la empresa selectora de personal se obliga a *prestar*, a cambio de un precio, unos servicios a la empresa destinataria del personal que consisten en el desempeño de la labor necesaria para captar el personal que pueda estar interesado en ser contratado por la empresa destinataria y que cumpla de la mejor forma posible los requerimientos exigidos por aquella. Sus obligaciones son, por tanto, de medios, no de resultado, lo que, a su vez, acarrea que la empresa selectora tenga derecho a ser retribuida cuando haya actuado cumpliendo con las exigencias de la diligencia profesional en el desarrollo de su labor selectora, abstracción hecha de que la empresa cliente concertara o no un contrato de trabajo con los posibles candidatos presentados por la empresa selectora ³³.

Pero esta configuración que acabo de dibujar no es siempre así ³⁴. Ello porque cabe la posibilidad de que la empresa selectora del personal solo sea retribuida cuando efectivamente la empresa destinataria contrate personal de entre los seleccionados por la empresa selectora, fijándose incluso dicha retribución en un porcentaje respecto del salario bruto anual percibido por el trabajador que, seleccionado por la empresa selectora, sea contratado por la empresa destinataria ³⁵. En este caso, la

julio de 2005 (Ponente: Iltmo. Sr. D. Ángel Vicente Illescas Rus; *Jur.* 2005/185875), de la Sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de septiembre de 2004 (Ponente: Iltmo. Sr. D. Félix Almazán Lafuente; *Jur.* 2004/298760) y de 30 de mayo de 2005 (Ponente: Iltma. Sra. D.ª Lourdes Ruiz de Gordejuela López; *Jur.* 2005/173227), de la Sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de mayo de 2005 (Ponente: Iltma. Sra. D.ª Elena Sellart Ollearis; *Jur.* 2005/177670), de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de La Coruña de 11 de diciembre de 2007 (Ponente: Iltmo. Sr. D. José Manuel Bustos Lago; *Jur.* 2008/82999), de la Sección 16.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de mayo de 2008 (Ponente: Iltmo. Sr. D. Jordi Seguí Puntas; Id Cendoj: 08019370162008100287) y de 22 de marzo de 2010 (Ponente: Iltmo. Sr. D. Jordi Seguí Puntas; Id Cendoj: 08019370162010100126), de la Sección 14.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de julio de 2010 (Ponente: Iltma. Sra. D.ª Amparo Camazón Linacero; *Jur.* 2010/363104) y de la Sección 25.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de marzo de 2011 (Ponente: Iltmo. Sr. D. Ángel Luis Sobrino Blanco; *Jur.* 2011/167853).

³³ En la práctica, en este sentido, *vid.* las Sentencias de la Sección 25.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 18 de junio de 2007 (Ponente: Iltmo. Sr. D. José M.ª Guglieri Vázquez; Id Cendoj: 28079370252007100324), de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de La Coruña de 11 de diciembre de 2007 (Ponente: Iltmo. Sr. D. José Manuel Bustos Lago; *Jur.* 2008/82999), de la Sección 16.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de mayo de 2008 (Ponente: Iltmo. Sr. D. Jordi Seguí Puntas; Id Cendoj: 08019370162008100287) y de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Cantabria de 19 de enero de 2010 (Ponente: Iltmo. Sr. D. Joaquín Tafur López de Lemus; *Jur.* 2010/391717).

³⁴ Por ello, a mi juicio, dudan en la doctrina DEL REY GUANTER, S. y LÁZARO SÁNCHEZ, J.L., «Nuevas tendencias...», *ob. cit.*, págs. 169-170, acerca de la ubicación sistemática de las que allí denominan agencias de selección de personal, sobre todo de personal directivo.

³⁵ Es el caso de los contratos concertados por «Michael Page International España, SA», objeto de los litigios resueltos por las Sentencias de la Sección 17.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 31 de julio de 2002 (Ponente: Iltma. Sra. D.ª Amelia Mateo Marco; *Jur.* 2002/271454) y de la Sección 25.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 4 de julio de 2004 (Ponente: Iltmo. Sr. D. Francisco Moya Hurtado; *Jur.* 2004/253411), en los que se había pactado la percepción de unos honorarios por el 20 por 100 del sueldo bruto anual de cada uno de los candidatos que fueran contratados por la empresa destinataria habiendo sido seleccionados por «Michael Page International España, SA», interpretándose en la segunda de las mencionadas sentencias que se trataba del sueldo bruto anual del contrato efectivamente concluido, no, por tanto, sobre el salario que se había fijado a efectos indicativos en la oferta de contratación. Posteriormente, la Sentencia de la Sección 10.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de febrero de 2006 (Ponente: Iltma. Sra. D.ª Teresa Puente-Villegas y Jiménez de Andrade; *Jur.* 2006/116435), refleja una modificación por parte de la antes citada empresa en la determinación de su retribución, pues en el caso allí resuelto se había pactado una retribución del 15 por 100 del salario bruto anual de cada candidato seleccionado más una cantidad fija de 360,61 euros en concepto de gastos de apertura y de administración del expediente, cantidad pagadera en una provisión de fondos del 5 por 100 de dicho salario bruto anual más los citados gastos de apertura y administración y el resto al momento de la aceptación del candidato. Sin abandonar la práctica, *vid.* también la Sentencia de la Sección 25.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de febrero de 2010 (Ponente: Iltmo. Sr. D. Carlos López-Muñiz Criado; Id Cendoj: 28079370252010100081), donde se recoge el pacto de abono del 24 por 100 de la retribución bruta anual, sin tener en cuenta la parte variable, de cada candidato seleccionado.

naturaleza jurídica del contrato cambia, a mi juicio, sustancialmente, porque la relación contractual se configura como aleatoria y el contrato debe asimilarse al arrendamiento de obra, si la empresa selectora solo selecciona, pero no capta, ya al corretaje, cuando la empresa selectora se encarga también, como de común ocurre, de captar. En este último caso, la empresa selectora de personal actúa como un corredor o mediador, que en cuanto que gestor retribuido por el éxito, solo percibirá su retribución cuando el contrato en que intermedia, en este caso un contrato de trabajo, sea perfeccionado por su labor intermediadora y selectora con éxito³⁶. Es este caso, además, aquel en el que concurre una mayor proximidad entre selección y colocación de trabajadores, como ya anteriormente apunté.

Cuando el contrato de selección de personal adquiere la naturaleza jurídica de corretaje o mediación que acabo de referir pueden surgir problemas especiales en torno al momento del nacimiento del derecho de retribución de la empresa selectora. Concretamente, en uno de los casos prácticos que acabo de citar al pie, la controversia judicial se centró en la interpretación del término «finalmente», referido a la contratación del candidato seleccionado, pues la empresa destinataria pretendía que ello exigía que el candidato seleccionado no solo fuese contratado por la misma sino que también debería pasar el periodo de prueba, para que así se devengasen los honorarios³⁷ de la selectora³⁸. La Audiencia consideró, con buen criterio a mi juicio, que era suficiente la concertación del contrato de trabajo, aunque, a mi entender, no aportó argumentos suficientes para justificar su tesis. Lo que, entiendo, debió decir la Audiencia es que en tal caso el contrato devenía en un contrato de corretaje, en el que su consumación depende de la perfección, no de la consumación del contrato intermediado. De este modo, concertado el contrato de trabajo, el mismo está perfeccionado y el corretaje de selección de personal consumado. Solo hubiera cabido la posibilidad de que expresamente se hubiese pactado una cláusula adicional de garantía, en cuya virtud la empresa selectora solo percibiese sus honorarios si el contrato de trabajo se hubiese consumado y se hubiese superado por el candidato seleccionado el periodo de prueba y eso sí, siempre que la no superación del periodo de prueba estuviera causalmente relacionada con una incorrecta selección de la persona contratada³⁹.

Ya en la doctrina científica, y refiriéndose también a la práctica comparada, ALARCÓN CASTELLANOS, M.^a del M., *La intermediación...*, ob. cit., págs. 206-207, nota (41), refiere que en la práctica lo habitual es que la retribución de la empresa selectora de altos directivos oscile entre el 20 y el 33 por 100 del salario bruto anual de los directivos seleccionados.

³⁶ En la práctica jurisprudencial, *vid.* la admisión de esta tesis en la Sentencia de la Sección 25.^a de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de febrero de 2010 (Ponente: Iltmo. Sr. D. Carlos López-Muñiz Criado; Id Cendoj: 28079370252010100081), tras rechazar la calificación de arrendamiento en parte de servicios y en parte de obra que había sostenido la sentencia de instancia.

³⁷ Obsérvese el empleo de este concepto, más propio de las actividades profesionales, adoptado para este tipo de contratos, por ejemplo, en la Sentencia de la Sección 9.^a de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de noviembre de 2004 (Ponente: Iltmo. Sr. D. Antonio Roma Álvarez; *Jur.* 2005/6560) o en la Sentencia de la Sección 16.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de marzo de 2010 (Ponente: Iltmo. Sr. D. Jordi Seguí Puntas; Id Cendoj: 08019370162010100126). En otras ocasiones se ha hablado en la práctica de «prima», por ejemplo, *vid.* la Sentencia de la Sección 14.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de abril de 2010 (Ponente: Iltma. Sra. D.^a M.^a del Carmen Vidal Martínez; Id Cendoj: 08019370142010100283).

³⁸ Es el caso resuelto en la Sentencia de la Sección 17.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 31 de julio de 2002 (Ponente: Iltma. Sra. D.^a Amelia Mateo Marco; *Jur.* 2002/271454).

³⁹ Como *obiter dicta* sostuvo la Sentencia de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Burgos de 11 de octubre de 2006 (Ponente: Iltmo. Sr. D. Juan Miguel Carreras Maraña; *Jur.* 2006/293889) y de forma directa la Sentencia de la Sección 25.^a de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de febrero de 2010 (Ponente: Iltmo. Sr. D. Carlos López-Muñiz Criado; Id Cendoj: 28079370252010100081), a propósito del pacto de sustitución de los candidatos seleccionados que abandonasen el puesto de trabajo dentro de los 12 meses siguientes a su contratación por la empresa cliente. Tomado de la práctica

También, en fin, pueden surgir problemas de identificación de naturaleza jurídica, en aquellos supuestos en los que la empresa destinataria actúe de forma caprichosa, resolviendo el contrato de selección de personal sin justa causa para ello antes de su vencimiento, basándose en un desistimiento unilateral. En este caso, es conveniente pactar cláusulas de indemnización a favor de la empresa selectora ⁴⁰.

3. OBLIGACIONES DE LA EMPRESA SELECTORA

La empresa selectora deberá prestar sus servicios de captación de personal con una diligencia que no bastará sea la de un buen padre de familia sino que habrá de exigírsele algo más, ya que deberá actuar con la diligencia de un buen empresario selector de personal ⁴¹.

Por ello, la empresa selectora deberá emplear los mejores mecanismos técnicos encaminados a localizar a las personas que mejor se adecuen al puesto de trabajo que precisa cubrir la empresa destinataria, dentro del plazo convenido al efecto.

Cara a conseguir una mayor seguridad jurídica es conveniente que en el contrato se concreten la dimensión material y temporal de esta obligación.

Materialmente, es aconsejable concretar:

- a) Los medios físicos de difusión de la oferta de trabajo (prensa, radio, televisión, internet) y dentro de ellos lo más posible qué concreto medio de difusión ⁴².

recojo el siguiente ejemplo de cláusula contractual de garantía en un contrato de selección de personal: «Los mencionados honorarios incluyen la búsqueda y selección del/la candidato/a al puesto mencionado, proporcionando al/la cliente/a la preselección de hasta tres candidatos/as para que sea este/a el que realice la selección definitiva, así como un periodo de garantía de seis meses desde la firma del presente contrato, durante el cual la empresa consultora, sin coste adicional alguno para el/la cliente/a, se compromete a realizar un nuevo proceso de selección para cubrir el mismo puesto de trabajo, siempre que dicho puesto quedara vacante debido a una baja voluntaria del/la trabajador/a seleccionado/a anteriormente por la empresa consultora o por un despido precedente».

⁴⁰ Así estaba pactado en el contrato que dio origen al litigio resuelto por la Sentencia de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Asturias de 12 de septiembre de 2003 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Tuero Aller; *Jur.* 2004/15788), si bien en ese caso la cláusula –consistente en el pago de la mitad de los honorarios convenidos– no llegó a aplicarse porque la resolución del contrato se había debido al incumplimiento de sus obligaciones por parte de la empresa selectora, aplicación que, por contra, sí tuvo lugar en el caso de la Sentencia de la Sección 16.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de marzo de 2010 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Jordi Seguí Puntas; Id Cendoj: 08019370162010100126), donde se había pactado una pena convencional ex artículo 1.152 del CC de la percepción de un 40 por 100 de los honorarios previstos «en el supuesto de que, transcurridos treinta días, y no habiéndose recibido notificación escrita de cancelación o aplazamiento durante dicho periodo, decidiese el cliente cancelar la búsqueda, aplazarla en el tiempo o, finalmente, no utilizar nuestros servicios para la misma».

⁴¹ Sentencia de la Sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de mayo de 2005 (Ponente: Ilma. Sra. D.ª Lourdes Ruiz de Gordejuela López; *Jur.* 2005/173227).

⁴² En la práctica *vid.* la Sentencia de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Asturias de 12 de septiembre de 2003 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Tuero Aller; *Jur.* 2004/15788), en la que sí se había previsto concretamente que la empresa selectora «publicaría un anuncio en el diario ABC, otro en una página Web».

b) El empleo de la propia base de datos de la empresa selectora ⁴³.

En la actualidad tiene especial importancia dentro del proceso de selección de personal el manejo de las bases de datos de candidatos que se haya de efectuar por parte de la empresa selectora, a cuyo objeto deberá cuidar especialmente el cumplimiento de la vigente Ley Orgánica 15/1999, de protección de datos, cuyo análisis excede del objeto del presente trabajo ⁴⁴.

Incluso al margen de la aplicación de esta normativa específica, entiendo que el citado deber de reserva de datos de los candidatos deviene también del genérico deber de reserva o secreto que opera en el ámbito de los tratos preliminares ⁴⁵ –explicitado en el art. 51.4 CCom., en redacción dada por la Propuesta de Anteproyecto de Ley de modificación del Código de comercio en la parte general, sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad (PALMCC), cuando proyecta los deberes precontractuales sobre «las negociaciones para celebrar un contrato mercantil» ⁴⁶, y constitutiva de causa de responsabilidad por daños y perjuicios ocasionados a la otra parte–, pues es evidente que la empresa selectora y la empresa destinataria conocen datos de los candidatos, ya desde incluso su misma voluntad de participar en el proceso selectivo hasta sus retribuciones en el trabajo que vengán desempeñando o su ambiente laboral presente, cuya divulgación puede causarles serios perjuicios en su propio trabajo o en su vida familiar y/o social, de modo que su violación hará incurrir a dichas empresas en responsabilidad extracontractual frente a los candidatos perjudicados ⁴⁷.

⁴³ De nuevo se previó así en el contrato litigioso objeto de la Sentencia de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Asturias de 12 de septiembre de 2003 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Tuero Aller; *Jur.* 2004/15788).

⁴⁴ A propósito de la nueva situación en el Derecho italiano, en materia de tutela de *privacy*, fruto del Decreto Legislativo 467/2001, en vigor desde el 1 de febrero de 2002, en cuanto a la adquisición de datos en relación con los tratos preliminares, *vid.* DE MAURO, A., «Violazione del dovere precontrattuale di buona fede nelle ipotesi di mancata conclusione del contratto», *La responsabilità contrattuale*, Cedam, Padova, 2002, págs. 149-150, donde destaca la suavización de las sanciones penales, la potenciación de los códigos deontológicos y en general la simplificación del anterior régimen de autorizaciones.

Ya en España, en especial, en materia de contratación de trabajadores, por todos, *vid.* FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A., «Tratamiento...», *ob. cit.*, págs. 1-35, esp. págs. 26-29, DEL REY GUANTER, S. y LÁZARO SÁNCHEZ, J.L., «Nuevas tendencias...», *ob. cit.*, 190-194, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., *Lecciones...*, *ob. cit.*, págs. 282-286 y la bibliografía que allí recoge, BURGOS GINER, M.ª A., «Facultades...», *ob. cit.*, págs. 28-29 y SOBRINO GONZÁLEZ, G.M.ª, *La política...*, *ob. cit.*, págs. 306-307.

En general, respecto del Derecho comparado específico sobre esta materia, *vid.* GARCÍA MURCIA, J., «La Ley de contrato de trabajo en Alemania», *REDT*, 1994, mayo-junio, págs. 386-387.

⁴⁵ Plasmado en el artículo 8 del Proyecto de Código Europeo de los Contratos, destacando LUNA SERRANO, A., «El régimen de los tratos preliminares en el Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos», *Estudios de Deusto. Homenaje al Profesor Don Pablo Lucas Verdú*, volumen 51/1, enero-junio 2003, pág. 313, que el ámbito material de este deber de reserva comprende intereses «fundamentalmente pero no exclusivamente económicos o patrimoniales, de la otra parte que los ha proporcionado». En el presente caso es necesario atender al deber de reserva de datos patrimoniales y extra-patrimoniales del aspirante o candidato que puede conocer el empresario o la empresa de selección de personal durante los tratos preliminares.

⁴⁶ Redactada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación (*Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año LX, núm. 2006, 1 de febrero de 2006).

⁴⁷ *Vid.* GARCÍA RUBIO, M.ª P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991, págs. 53-54, DE MAURO, A., «Violazione...», *ob. cit.*, págs. 134-135 y GALLO, P., «Responsabilità precontrattuale: il quantum», *Rivista di Diritto Civile*, mayo-junio 2004, pág. 516.

- c) El sistema de selección, consistente en la determinación de la técnica de selección a utilizar ⁴⁸, con el objeto de garantizar la capacitación técnica del seleccionado, así como en determinados casos especialmente también su probidad y honradez ⁴⁹.
- d) El plazo en el que llevar a cabo el proceso selectivo ⁵⁰.

Hago notar la importancia que en el cumplimiento de este contrato tiene el factor tiempo, pues lo normal será que la empresa destinataria precise el trabajador que se trata de seleccionar dentro de un plazo determinado que se adecue a sus necesidades, por lo que el retraso le puede acarrear graves perjuicios, incluso hasta provocar la paralización de sus actividades, si afecta a puestos de trabajo claves en la empresa, o impedirle el inicio de las mismas, cuando se tratase del reclutamiento del personal de apertura, por ejemplo. Así, el incumplimiento del plazo señalado para la selección determinará el incumplimiento del contrato por parte de la selectora, con la consiguiente pérdida del derecho a percibir su retribución, la obligación de devolver las cantidades percibidas a cuenta y la indemnización de los daños y perjuicios que se hayan irrogado a la empresa destinataria y que esta acredite (art. 1.124 CC) ⁵¹.

Al margen de la importancia del citado factor tiempo, sin duda, también tiene especial importancia que el candidato seleccionado sea idóneo para el puesto a desempeñar en la empresa destinataria. De este modo, hay también incumplimiento del contrato cuando el candidato seleccionado se revele inidóneo en la práctica, por ejemplo, por causa de su inestabilidad laboral dentro de una especie de plazo de garantía que a veces se pacta, lo que acarrea también incumplimiento del contrato y pérdida del derecho a la retribución por parte de la empresa selectora (arts. 1.100 *in fine* y 1.124 CC) ⁵². Será tanto más fácil apreciar la idoneidad o no del candidato seleccionado cuanto mayor sea el detalle de

⁴⁸ Para un resumen de tales técnicas, cfr., por ejemplo, AGUILERA IZQUIERDO, R., «El ingreso...», ob. cit., SOBRINO GONZÁLEZ, G.M.^a, *La política...*, ob. cit., pág. 291 y PURGALLA BONILLA, M.A. y FERNÁNDEZ GARCÍA, A. «Tratos preliminares y precontrato de trabajo: estado de la cuestión», *REDT*, núm. 142, abril-junio 2009, pág. 381, donde analizan y refieren las siguientes: entrevistas, pruebas de conocimientos, tests psicométricos, técnicas de simulación y concursos o exámenes. Más sintéticamente, con anterioridad, también SEMPERE NAVARRO, A.V., «La preparación...», ob. cit., pág. 41, y posteriormente BURGOS GINER, M.^a A., «Facultades...», ob. cit., págs. 24 y 26.

⁴⁹ *Vid.* en este último sentido, a propósito de la selección de personal de hogar, la Sentencia de la Sección 11.^a de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de septiembre de 2004 (Ponente: Iltmo. Sr. D. Félix Almazán Lafuente; *Jur.* 2004/298760), en la que se estima incumplido el contrato porque el personal seleccionado cometió un hurto en la vivienda en que prestaba sus servicios del hogar.

⁵⁰ *Vid.* la Sentencia de la Sección 20.^a de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de septiembre de 2003 (Ponente: Iltma. Sra. D.^a Purificación Martínez Montero de Espinosa; *Jur.* 2003/258454).

⁵¹ En la práctica, *vid.* la Sentencia de la Sección 20.^a de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de septiembre de 2003 (Ponente: Iltma. Sra. D.^a Purificación Martínez Montero de Espinosa; *Jur.* 2003/258454), donde se ordena la citada devolución de las cantidades percibidas a cuenta por la empresa de selección, y con la particularidad de que en ese caso se estimó que no estaba acreditada la causación de daños y perjuicios a la empresa destinataria, porque se trataba de la selección de un comercial sustituto de otro que ya tenía la empresa y que, hay que suponer, siguió teniendo, porque de lo contrario, entiendo que sí debiera haberse estimado la causación de perjuicios, cuantificados en la pérdida de beneficios de la empresa que esta acreditase como consecuencia de la pérdida de un comercial.

⁵² En la práctica, *vid.* la Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1987 (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Casares Córdoba; *RJA* 1987/366) y la Sentencia de la Sección 11.^a de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de septiembre de 2004 (Ponente: Iltmo. Sr. D. Félix Almazán Lafuente; *Jur.* 2004/298760), esta última aplicando además un plazo de garantía paccionada de 12 meses.

los requisitos que la empresa destinataria haya exigido que debieran concurrir en el mismo ⁵³, pues de lo contrario va ser la empresa cliente la que haya de probar la inhabilidad de los candidatos aportados por la empresa selectora ⁵⁴.

Por último, entiendo que es necesario analizar una obligación particular, asumida contractualmente de forma expresa por una de las más importantes empresas selectoras de personal de alta dirección en España. Me refiero a la obligación de hacer un seguimiento del candidato una vez firmado el contrato de trabajo ⁵⁵. En primer lugar, quiero dejar claro que a mi juicio no se trata de una obligación que pueda considerarse contenido natural o esencial del contrato de selección de personal, contrato que, como expongo a lo largo de este trabajo, como máximo se debe entender consumado en el momento en que se concierta el contrato de trabajo cuando no en el momento de la simple presentación del candidato a la empresa cliente. En segundo lugar, sí que es perfectamente posible asumir esa obligación, como un plus adicional a lo que es en su esencia este contrato, máxime teniendo en cuenta su atipicidad y la libertad de las partes para dibujar su contenido en virtud del principio de libertad de pactos (art. 1.255 CC). Y, como conclusión, a consecuencia de ese carácter de prestación adicional, el incumplimiento de la misma solo puede calificarse como un defectuoso cumplimiento del contrato, no como un incumplimiento total, de modo que la empresa destinataria del trabajador tendrá derecho a obtener una rebaja en el precio a pagar, que habrá de ser ponderada judicialmente, a menos que se hubiese expresamente previsto un precio individualizado para esa labor de seguimiento poscontrato de trabajo, en cuyo caso la empresa selectora incumplidora de esa obligación individualizada y tasada perderá el derecho a percibir el precio pactado por tal concreta prestación incumplida de forma total.

Cabe, en fin, la posibilidad de que se pacte también expresamente que, a requerimiento del cliente, la empresa selectora haya de asumir una prestación de reemplazo, durante un periodo de tiempo determinado, de modo que deba presentar nuevos candidatos para suplir las bajas generadas por las bajas voluntarias o forzosas de los inicialmente seleccionados ⁵⁶. Es lo que en la práctica ha recibido ya la denominación de «garantía de reposición», pudiendo citarse por mi parte como un ejemplo de cláusula que así lo contempla de forma expresa, tomado de dicha práctica, la siguiente: «Con garantía de reposición por 3 o 6 meses: El objetivo es seleccionar a una persona y dentro de este periodo acoplarla a sus necesidades y exigencias para que cuando termine la garantía usted tenga a una persona que pueda durar en su trabajo por tiempo indefinido; en los casos en los que la persona no cumpla con sus expectativas o si por algún motivo abandona o tiene que ser despedida del empleo, usted tiene

⁵³ Vid. el ejemplo práctico que muestra la Sentencia de la Sección 10.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de febrero de 2006 (Ponente: Iltma. Sra. D.ª Teresa Puente-Villegas y Jiménez de Andrade; *Jur.* 2006/116435), a propósito de la selección de personal que debería reunir el requisito de titulación de diplomatura o universitaria, con un año de experiencia en un puesto similar y con conocimientos de inglés, sin que por parte de la empresa selectora se cumpliera con la carga de probar que los candidatos presentados a su empresa cliente cumplieran tales requisitos, fácilmente constatables incluso documentalmente mediante la exhibición de los títulos correspondientes.

⁵⁴ Vid. la de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Cantabria de 19 de enero de 2010 (Ponente: Iltmo. Sr. D. Joaquín Tafur López de Lemus; *Jur.* 2010/391717).

⁵⁵ Vid. la Sentencia de la Sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de mayo de 2005 (Ponente: Iltma. Sra. D.ª Lourdes Ruiz de Gordejuela López; *Jur.* 2005/173227).

⁵⁶ Sentencia de la Sección 16.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de mayo de 2008 (Ponente: Iltmo. Sr. D. Jordi Seguí Puntas; Id Cendoj: 08019370162008100287).

la opción de solicitar hasta 3 cambios sin costo alguno para usted y tendrá la reposición de su personal en un periodo de entre 3 y 7 días, de acuerdo a lo estipulado en el contrato, lo cual se establece en función al tipo de persona que solicitó. Para hacer una reposición es necesario analizar las causas que originaron esta situación, analizando el perfil a fondo para evitar los cambios continuos».

4. OBLIGACIONES DE LA EMPRESA DESTINATARIA

Como el contrato de selección de personal es oneroso, la principal obligación a cargo de la empresa destinataria –nunca del trabajador que participe en la selección o en su caso sea seleccionado, quien no es parte en el contrato de selección de personal⁵⁷– es la de pagar a la selectora el precio convenido, que evidentemente no está sujeto a tarifa o limitación alguna, pues se está en el ámbito de la contratación mercantil entre empresas⁵⁸, y que, en aras de la seguridad jurídica para ambas partes, debe procurarse pactarse expresamente y de la forma más concreta posible⁵⁹.

El precio de este tipo de contratos admite muy diversas configuraciones, pues la práctica muestra que caben las siguientes modalidades:

- A) Retribución a razón de una cantidad fija por la realización del proceso de selección, asumiéndose por parte de la empresa consultora o por la empresa destinataria todos los gastos que conlleve el mismo: publicidad, personal encargado del proceso, locales a arrendar para llevar a cabo las pruebas oportunas, etc.
- B) Retribución desglosada por periodos de tiempo en función de la duración del proceso de selección y del número de trabajadores seleccionados, asumiendo la empresa selectora la totalidad de los antes referidos gastos⁶⁰. Es este el caso en el que el contrato de selección de personal más se corresponde en términos estrictos con el arrendamiento de servicios⁶¹.
- C) Retribución en proporción al salario a percibir por parte del personal cuya selección se solicita.

⁵⁷ Vid. CRUZ VILLALÓN, J., «El nuevo...», ob. cit., págs. 42-43, quien apunta a la posibilidad de que, por pacto expreso, entre empresa destinataria y trabajador contratado, este último se hiciese cargo del precio del contrato de selección de personal.

⁵⁸ Vid. CRUZ VILLALÓN, J., «El nuevo...», ob. cit., pág. 42.

⁵⁹ En defecto de pacto expreso, por ejemplo, la Sentencia de la Sección 20.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de julio de 2005 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Vicente Gutiérrez Sánchez; *Jur.* 2005/206842) está al precio fijado en el presupuesto enviado por la empresa selectora a su cliente, que este no rechazó.

⁶⁰ Así en los casos resueltos por las Sentencias de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Tarragona de 7 de septiembre de 2000 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Alavedra Farrando; *Jur.* 2000/307548) y de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Navarra de 26 de noviembre de 2003 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Fermín Zubiri Oteiza; *Jur.* 2004/109124).

⁶¹ A propósito de esa remuneración en función del tiempo como criterio identificador del arrendamiento de servicios, entre otros, vid. MORILLO GONZÁLEZ, F., «El contrato de arrendamiento de servicios: su distinción de otras figuras afines en la doctrina reciente de nuestros tribunales», *AC*, 1999, en su versión electrónica en www.westlaw.es

- D) Retribución a percibir, ya en cantidad fija o en proporción al salario que se convenga con el trabajador seleccionado, solo en el caso del éxito de la gestión de la empresa selectora, esto es, cuando la empresa destinataria haya contratado al trabajador resultante del proceso de selección llevado a cabo por la empresa selectora ⁶².

De otro lado, entiendo que, salvo pacto expreso en contrario, la empresa empleadora o destinataria no asume la obligación de contratar a quien decida la empresa selectora, pues no apodera a esta, ni expresa ni tácitamente, para que sea esta última quien, en su nombre y representación contrate ⁶³. A mi juicio, la empresa selectora agota sus funciones en la presentación de un conjunto seleccionado de candidatos o, en su caso, de un único candidato, pero luego la decisión final de contratar corresponde a la empresa empleadora.

5. LA SITUACIÓN DEL CANDIDATO FRENTE AL CONTRATO DE SELECCIÓN DE PERSONAL

El candidato que participa en un proceso de selección de personal no es parte del contrato de selección de personal, contrato que como anteriormente he expuesto es de carácter bilateral, no trilateral.

Ahora bien, el hecho de que el candidato no mantenga relación contractual ni con la empresa selectora ni con la empresa destinataria, en este último caso hasta que, en su día, pase a ser trabajador de la misma, no quiere decir que el contrato de selección de personal no produzca, a mi juicio, efectos reflejos sobre tal candidato.

Antes de continuar, me interesa hacer una puntualización acerca de lo que acabo de exponer. Es cierto que lo normal será que el proceso selectivo tenga lugar en los términos que acabo de referir: un candidato sin relación contractual previa con la empresa destinataria. Ahora bien, considero que también puede hablarse de tal responsabilidad precontractual cuando exista un previo contrato de trabajo entre el candidato y la empresa destinataria en la medida en que se esté ante un proceso de selección para un puesto de trabajo distinto al que hasta ese momento viene desempeñando tal candidato. Es cierto que hay una relación contractual previa pero respecto de un puesto de trabajo distinto al que es objeto de un proceso de selección para su provisión, por lo que respecto de este último puesto de trabajo en puridad no hay relación contractual previa ⁶⁴.

⁶² Es el caso de los contratos litigiosos en las Sentencias de la Sección 17.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 31 de julio de 2002 (Ponente: Il.ªm. Sra. D.ª Amelia Mateo Marco; *Jur.* 2002/271454) y de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Asturias de 12 de septiembre de 2003 (Ponente: Il.ªm. Sr. D. Francisco Tuero Aller; *Jur.* 2004/15788).

⁶³ Ya clásicamente señalaba VALDÉS DAL-RÉ, F., «Tratos...», ob. cit., pág. 112, que el tema del sometimiento o no del empresario a la decisión final de la selectora era una de las cuestiones pendientes de tratamiento por la doctrina.

⁶⁴ Entiendo que con esta interpretación se salva la crítica que hizo CARRASCO PERERA, A., «Cartas de intenciones, precontratos, responsabilidad *in contrahendo* y obligatoriedad de los tratos en la jurisprudencia española», *AC*, núm. 21, abril 2006, consultado en su versión electrónica en www.westlaw.es, a la Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de

El candidato emplea su tiempo, dedica sus ilusiones y esfuerzos, y asume gastos y riesgos como consecuencia de su participación en un proceso de selección de personal. Por tanto, la empresa selectora asume extracontractualmente frente al candidato una obligación de comportamiento diligente, consistente en analizar con rigurosidad y profesionalidad sus condiciones, su currículum, evaluando todo ello correctamente al objeto de presentar la oportuna propuesta a la empresa destinataria.

Además, la citada empresa, como todos los participantes en el proceso de selección de personal, incluida la empresa destinataria ⁶⁵, viene vinculada por la observancia de los deberes genéricos de veracidad en las informaciones que se suministran ⁶⁶, y de buena fe propios de toda negociación ⁶⁷, cuyo basamento legal se encuentra en los artículos 7.1 y 1.258 del CC ⁶⁸ y que implica la asunción

16 de mayo de 1988 (*Jur.* 1988/4308) que conoció, como resume, del siguiente supuesto de hecho: «El empleado del banco mantuvo conversaciones con los directivos del mismo relativas a su traslado a Miami. En el convencimiento de que el acuerdo estaba conseguido, el empleado y su mujer realizaron ciertos gastos y disposiciones patrimoniales irreversibles, que resultaron inútiles cuando finalmente el traslado no se produjo». Es cierto que había una relación contractual laboral previa pero no en cuanto al puesto respecto del que se mantuvieron las negociaciones, precontractuales por tanto respecto de ese nuevo puesto de trabajo, lo que determina el que, a mi juicio, no pudiera hablarse en tal caso de la existencia de un incumplimiento de contrato ya concluido. De hecho, el propio CARRASCO PERERA duda, cuando sostiene que «lo más probable» es que ya hubiera una relación contractual de trabajo entre las partes o cuando sostiene que «seguramente ya había un contrato tácitamente celebrado».

⁶⁵ Que no debe utilizar el proceso de selección para captar personal de la empresa que le contrató para ofrecerlo a otras empresas clientes suyas, como analiza la Sentencia de la Sección 10.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de marzo de 2004 (Ponente: Iltmo. Sr. D. Santiago García Fernández; *Jur.* 2004/248285), para concluir que tal comportamiento de la selectora no facultaba a su empresa cliente para negarse a pagarle el precio íntegro pactado en el contrato de selección de personal.

⁶⁶ Con carácter general, MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., «El deber de información precontractual», *Código europeo de contratos. Academia de iusprivatistas europeos (Pavía)*, tomo I, *Comentarios en homenaje al Profesor José Luis de los Mozos y de los Mozos*, dirigidos por C. VATTIER, JOSÉ M.ª DE LA CUESTA Y JOSÉ M.ª CABALLERO, Dykinson y Universidad de Burgos, Madrid, 2003, pág. 160 y VALÉS DUQUE, P., «La responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo», *Libro-homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*, tomo I, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2006, pág. 727 y ya refiriéndose en concreto a la contratación laboral y a la selección de personal CONDE MARÍN, E., *La buena fe en el contrato de trabajo. Un estudio de la buena fe como elemento de integración del contrato de trabajo*, La Ley, Madrid, 2007, págs. 169-170 y nota (543), refiriendo el específico deber que en tal sentido exige la Ley francesa núm. 92-1446, de 31 de diciembre.

⁶⁷ Como ya destacaron RIERA VAYREDA, C. y THIBAUT ARANDA, J. «Tratos...», ob. cit., pág. 2.206, MONTOYA MELGAR, A., *La buena fe en el Derecho del trabajo*, Tecnos, Madrid, 2001, págs. 70 y 77, LIMÓN DUQUE, M.A. y ESPÍN SÁEZ, M. «La extinción del contrato de trabajo previa al inicio de la prestación efectiva de trabajo, ¿constituye despido?», *AS*, núm. 12/2003, consultado en su versión electrónica en www.westlaw.es y BURGOS GINER, M.ª A., «Facultades...», ob. cit., pág. 24. En la práctica, en el mismo sentido, por ejemplo, la Sentencia de la Sección 1.ª del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 de diciembre de 2003 (Ponente: Iltmo. Sr. D. Juan José Navarro Fajardo; *AS* 2003/1709); a propósito de la práctica jurisprudencial lamenta CARRASCO PERERA, A., «Cartas de intenciones...», ob. cit., que «no existe ninguna jurisprudencia que haya establecido de modo preciso cuál es la fuente normativa, el contenido y los límites de un deber de negociar de buena fe».

⁶⁸ Con carácter más general, respecto de toda preparación de un contrato, *vid.* GARCÍA RUBIO, M.ª P., *La responsabilidad...*, ob. cit., pág. 41, ASÚA GONZÁLEZ, C. I., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1988», *CCJC*, núm. 17, abril-agosto 1988, pág. 525, GÓMEZ CALLE, E., «Responsabilidad precontractual», *Enciclopedia jurídica básica*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 5.960, LLODRA GRIMALT, F., «"Letter of intent". Carta de intenciones. Precontratos», *RdP*, núm. 8, 2002-2, pág. 141 y VIGURI PEREA, A., «En pro del estudio de un desconocido: los tratos preliminares», *Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada*, volumen III, Universidad de Almería. Servicio de Publicaciones, Almería, 2000, pág. 1.858. En Italia, en el mismo sentido, por todos, recientemente BALDASSARI, A., *Il danno patrimoniale*, Cedam, Padova, 2001, pág. 462. En la «jurisprudencia menor», en los últimos años y en síntesis de doctrina jurisprudencial, *vid.*, entre otras, las Sentencias de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Girona de 29 de abril de 2004 (Ponente: Iltmo,

de la teleología *ad stipulationem* que implica la necesidad de actuar en toda negociación bajo los principios de diligencia y buena fe⁶⁹, en el marco de la superación de una concepción liberal de la contratación, que ve la misma como resultado de un antagonismo entre partes, por un nuevo Derecho contractual de cooperación, basado en la cooperación entre las partes⁷⁰ y en la que el principio de libertad contractual está limitado por el principio de buena fe⁷¹. Recuerdo que falta en el ordenamiento jurídico español la previsión expresa de dicho deber, previsión que, de triunfar los intentos de la unificación del Derecho contractual europeo⁷², habrá de incorporarse.

Sr. D. Fernando Lacaba Sánchez; *Jur.* 2004/181602), de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Salamanca de 31 de enero de 2005 (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ramón González Clavijo; *AC* 2005/181) y de la Sección 14.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de octubre de 2005 (Ponente: Ilmo. Sra. D.ª M.ª del Carmen Vidal Martínez; *Jur.* 2006/36432). Con carácter particular, en relación con los tratos preliminares del contrato de trabajo, *vid.* la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 10 de marzo de 1997 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Muñoz Jiménez; *AS* 1997/1007) y PURGALLA BONILLA, M.A. y FERNÁNDEZ GARCÍA, A. «Tratos preliminares...», *ob. cit.*, págs. 383 y 390.

⁶⁹ Como explicita la Sentencia de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Burgos de 14 de abril de 2005 (Ponente: Ilmo. Sra. D.ª Arabela García Espina; *Jur.* 2005/141209).

⁷⁰ *Vid.* GARCÍA RUBIO, M.ª P. y OTERO CRESPO, M., «La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo», *www.indret.com*, abril 2010.

⁷¹ GARCÍA RUBIO, M.ª P., «La responsabilidad precontractual en la propuesta de modificación del derecho de obligaciones y contratos», *ADC*, tomo LXIII, octubre-diciembre 2010, pág. 1.626.

⁷² Así, el artículo 2:301.3 de los Principios de Derecho contractual europeo: «Es contrario a la buena fe y a la lealtad, en particular, que una de las partes inicie o continúe negociaciones sin intención real de alcanzar un acuerdo con la otra»; también el artículo 6.2 del Anteproyecto del Código Europeo de los Contratos: «Obra contra la buena fe la parte que emprende o prosigue los tratos sin intención de llegar a la conclusión del contrato» –sobre los trabajos previos que condujeron a la regulación de la responsabilidad precontractual en ese texto prenormativo, por ejemplo MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., «El deber...», *ob. cit.*, pág. 165 y VV.AA., *Code Europeen des Contrats*, Giuffrè Editore, Milán, 2004, pág. 106 y ya sobre la consagración en dichos preceptos del deber de negociar de buena fe, DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, volumen I, *Introducción. Teoría del contrato*, sexta edición, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008, pág. 311, así como muy favorable a su adopción en España, especialmente por razones de seguridad jurídica y por estimar que el Proyecto de Código Europeo de los Contratos es una regulación, en esta materia, completa, sistemática y acertada, GARCÍA CANTERO, G., *Estudios sobre el Proyecto de Código europeo de contratos de la Academia de Pavia*, Reus, Madrid, 2010, pág. 111–; más recientemente, en similar sentido, el artículo II.-3:301.4 del *Draft Common Frame of Reference* de 2009, que de nuevo considera contrario a la buena fe y a la lealtad iniciar o continuar negociaciones sin la real intención de llegar a un acuerdo con la otra parte; con carácter más globalizador, también el artículo 2.1.15.3 de los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales, cuando dice que «En particular, se considera mala fe que una parte entre en o continúe negociaciones cuando al mismo tiempo tiene la intención de no llegar a un acuerdo»; por último, *de lege ferenda* en España, también el artículo 7.2 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de contratos de distribución de 2008 («En todo caso, se considerará mala fe el hecho de negociar sin intención de llegar a un acuerdo», lo que conlleva la aplicación del inciso final del artículo 7.1, cuando este último dice que «la parte que ha negociado de mala fe... será responsable de los daños causados a la otra parte»), comentada por GÓMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M. «Cuestiones de formación del contrato en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de contratos de distribución», *www.indret.com*, enero 2010, pág. 20.

Recuerdo que en España *de lege data* la única regulación que se atisba de los tratos preliminares es la prevista en la Ley de Ordenación del comercio minorista (RD 2485/1998, de 13 de noviembre), cuando en su artículo 62 se dedica a regular los deberes de inscripción registral y de información precontractual que afectan a las franquicias de distribución y de servicios, como destaca VIGURI PEREA, A., «Análisis de Derecho comparado sobre la culpa *in contrahendo*», *Bases de un Derecho contractual europeo. Bases of a European Contract Law*, S. ESPIAU ESPIAU y A. VAQUER ALOY (editores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 83, y en el artículo 111-7 del Código civil de Cataluña [(«E)n las relaciones jurídicas privadas deben observarse siempre las exigencias de la buena fe y de la honradez en los tratos)], lo que, como advierten GARCÍA RUBIO, M.ª P. y OTERO CRESPO, M., «La responsabilidad...», *ob. cit.*, supone un principio general que no se limita al ámbito contractual, al referir también la honradez en los tratos, en línea con el más moderno Derecho privado europeo.

Estamos, pues, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, pues no hay vínculo ni contractual ni precontractual –a salvo que se le aplique también la responsabilidad precontractual a la empresa selectora, en cuanto que tercero interviniente en la formación del contrato en su condición de experta o asesora, en la que se ha depositado especial confianza por parte del futuro trabajador y además con un evidente interés económico propio en el devenir de dicha negociación⁷³– entre el candidato y la empresa selectora de personal, de modo que aquí no cabe que se planteen las dudas que, por ejemplo, se han planteado en torno a la naturaleza jurídica de la responsabilidad de la propia empresa contratante respecto del candidato, durante los tratos preliminares a la celebración del contrato de trabajo⁷⁴, momento en el que, como se recuerda gráficamente en la doctrina española siguiendo a la más expresiva norteamericana, una persona «lanza su sombrero al viento»⁷⁵. Dudas que, en todo caso, entiendo que deben ser resueltas en el sentido de considerar que la empresa contratante incurrirá en responsabilidad precontractual, de naturaleza extracontractual⁷⁶, frente al candidato cuando de forma

⁷³ Encaja perfectamente la empresa consultora en la noción doctrinal de tercero precontractual responsable que, tomada de la doctrina y legislación alemanas, exponen en España ASÚA GÓNZÁLEZ, C.I. y HUALDE SÁNCHEZ, J.J., «Codificación...», ob. cit., pág. 1.425.

⁷⁴ Sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad en ese tramo del *iter* hacia el contrato de trabajo, por todos, *vid.* MANZANARES SECADES, A., «La naturaleza de la responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo*», *ADC*, tomo XXXVIII, fascículo IV, octubre-diciembre 1985, págs. 979-1.009, GARCÍA RUBIO, M.ª P., *La responsabilidad...*, ob. cit., págs. 59-90 y CUADRADO PÉREZ, C., *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2002, págs. 66-75, con un completo análisis comparado, así como de la doctrina y jurisprudencia españolas, y AZNAR GINER, E., *Las negociaciones o tratos preliminares al contrato. Doctrina y jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 88-96; mucho más concisamente, *cfr.* LIMÓN DUQUE, M.A. y ESPÍN SÁEZ, M., «La extinción...», ob. cit., VIGURI PEREA, A., «Análisis de Derecho comparado...», ob. cit., págs. 79-80, ARROYO Y AMAYUELAS, E., «Formación...», ob. cit., pág. 339, MEDINA ALCOZ, M.ª, «La ruptura injustificada de los tratos preliminares. Notas acerca de la naturaleza de la responsabilidad precontractual», *RDP*, mayo-junio 2005, págs. 89-99, AZNAR GINER, E., «Estudio de los llamados tratos preliminares en la formación del contrato», *RJCV*, núm. 20, 2006, www.tirantonline.com, RUIZ JIMÉNEZ, J., «La ruptura de los tratos preliminares puede ocasionar responsabilidad si alguna de las partes ha actuado de mala fe», *RCDI*, núm. 709, septiembre-octubre 2008, pág. 2.198 y VINAIXA MIQUEL, M., «La calificación de la responsabilidad precontractual en el marco del Convenio de Bruselas de 1968 (STJCE de 17 de septiembre de 2002, As. C-334/00, Fonderie Officine Meccaniche Tacconi spa c. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH)», *RDCE*, núm. 13, septiembre-diciembre 2002, esp. págs. 983-988, con su particular tesis de considerar que hay responsabilidad contractual cuando la misma nace en la tercera fase de las negociaciones, en la que la ruptura tiene lugar tras haberse asumido una obligación aunque no haya un contrato firmado y al comentar la repetida Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que optó por la asunción de la tesis de la responsabilidad extracontractual aunque dejando abierta la posibilidad de admitir en ciertos casos también la naturaleza contractual. En la doctrina laboralista se acogen a la naturaleza extracontractual de esta responsabilidad ALONSO OLEA, M. y CASAS BAHAMONDE, M.ª E., *Derecho...*, ob. cit., pág. 234. Relativizando la importancia de esta cuestión, DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., ROCA TRÍAS, E. y MORALES MORENO, A.M., *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 197. En fin, en la jurisprudencia la Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2008 (Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz; Id Cendoj: 2807911012008100051), *obiter dicta* basa la responsabilidad por *culpa in contrahendo* en el artículo 1.902 del CC.

⁷⁵ VIGURI PEREA, A., «En pro del estudio...», ob. cit., pág. 1.861, tomando la expresión del Profesor CORBIN.

⁷⁶ Ha sido esta una cuestión clásicamente debatida, inclinándome por la tesis de la naturaleza extracontractual de esta responsabilidad, como por ejemplo han concluido también, entre otros, VIGURI PEREA, A., «En pro del estudio...», ob. cit., págs. 1.863-1.864, YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, págs. 88-89, CRESPO MORA, M.ª del C., *La responsabilidad del abogado en el Derecho civil*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005, págs. 247-254 y GARCÍA RUBIO, M.ª P. y OTERO CRESPO, M., «La responsabilidad...», ob. cit. En la jurisdicción social aluden a esta naturaleza extracontractual de la responsabilidad de la empresa destinataria durante el proceso de selección de personal, las Sentencias de la Sección 1.ª de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 de diciembre de 2003 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan José Navarro Fajardo; AS 2003/1709) y en la jurisprudencia civil la Sentencia de la Sección 19.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 14 de mayo de 2009 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Nicolás Pedro Manuel Díez Méndez; Id Cendoj: 28079370192009100149).

contraria a la buena fe ⁷⁷ y a la lealtad ⁷⁸ (así lo exige expresamente el art. 51.1 CCom. en redacción dada por la PALMCC y también lo contempla el proyectado art. 1.245.2 CC según redacción de la PALMDOC ⁷⁹), sin justa causa para ello ⁸⁰, rompa las negociaciones que se encontrasen ya ciertamente avanzadas, habiendo generado una creencia razonable, devenida en realidad en expectativa falsa, en el candidato acerca de que se iba a concluir un contrato de trabajo ⁸¹. Cuando la empresa ofertante

⁷⁷ Subjetiva, para DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, J.L., «Responsabilidad en los "tratos preparatorios" del contrato», *Estudios de responsabilidad civil en homenaje a Roberto López Cabana*, Dykinson, Madrid, 2001, págs. 168 y 180-181. Objetiva para otro sector de la doctrina –que viene a coincidir con la interpretación sostenida en Italia a propósito de su tipificación legal de la responsabilidad precontractual en el artículo 1.337 *Codice civile*, como destacan en nuestra doctrina MANZANARES SECADES, A., «La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares», *ADC*, tomo XXXVII, fascículo III, julio-septiembre 1984, págs. 687 y ss., GARCÍA RUBIO, M.ª P., *La responsabilidad...*, ob. cit., pág. 37 y GARCÍA RUBIO, M.ª P. y OTERO CRESPO, M., «La responsabilidad...», ob. cit. y en la italiana BALDASSARI, A., *Il danno...*, ob. cit., págs. 464-465, con síntesis de doctrina y jurisprudencia transalpina; esp. en esta citada jurisprudencia *vid.* la síntesis de la misma que contiene la Sentencia de la Corte de Casación, Sección Civil, de 18 de junio de 2005 y el comentario a la Sentencia de la misma Corte de Casación, Sección Civil, de 29 de septiembre de 2005, por MERUZZI, G., «La responsabilità precontrattuale tra regola di validità e regola di condotta», *CI*, núm. 4-5, julio-septiembre 2006, págs. 944-976, por ejemplo, GÓMEZ CALLE, E., «Responsabilidad...», ob. cit., pág. 5.959, al que me adhiero, pues la buena fe opera como un canon de conducta en los tratos preliminares, esto es, como la conducta conforme a la obligación general de corrección, que impide la rescisión injustificada de los tratos preliminares, sin que se precise la intención de una de las partes de causar perjuicios a la otra. En la doctrina laboralista, sin entrar en disquisiciones sobre la naturaleza de la buena fe citada, *vid.* VALDÉS DAL-RÉ, F., «Tratos...», ob. cit., pág. 112, SEMPERE NAVARRO, A.V., «La preparación...», ob. cit., pág. 38, ALFONSO MELLADO, C. L., *Indemnizaciones...*, ob. cit., pág. 40 y LASAOSA IRIGOYEN E., «Competencia jurisdiccional en las cuestiones litigiosas derivadas de los estadios previos a la contratación laboral», *REDT*, núm. 98, noviembre-diciembre 1999, ob. cit., pág. 907.

⁷⁸ Para GARMENDIA ARIGÓN, M., *Derecho...*, ob. cit., pág. 34, justamente la lealtad es el contenido de la buena fe en sentido objetivo en este ámbito concreto de los tratos preliminares del contrato de trabajo. Con carácter más general, en el mismo sentido, MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., «El deber...», ob. cit., pág. 166. En el Derecho comparado *vid.* DELEBECQUE, Ph. y MAZEAUD, D., «Formation du contrat», *Avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1.101 à 1.386 du Code civil) et du droit de la prescription (articles 2.234 à 2.281 du Code civil)*, al comentar el Anteproyecto Catala de reforma del *Code*, destacando que el principio de la libertad precontractual debe ser atemperado y canalizado por una exigencia de lealtad destinada a imponer una cierta ética en tal periodo.

⁷⁹ En la doctrina ya DURÁN RIVACOBA, R., «Apunte sobre la propuesta de reforma del Derecho de obligaciones y contratos», *Homenaje a Victor Manuel Garrido de Palma*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2010, pág. 251, calificó de «capítulo de gran interés» en la propuesta de reforma el dedicado a la responsabilidad precontractual, en tanto que GARCÍA RUBIO, M.ª P., «La responsabilidad...», ob. cit., pág. 1.623, destacó que el tratamiento de esta materia en la citada Propuesta trata de resolver una necesidad apremiante sentida en los tiempos que corren y busca la mayor aproximación posible a los ordenamientos europeos actuales.

⁸⁰ GALLO, P., «Responsabilità precontrattuale: la fattispecie», *Rivista di Diritto Civile*, marzo-abril 2004, pág. 305, MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Tratado práctico de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social*, 2.ª edición, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pág. 499 y en la práctica la Sentencia de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Burgos de 14 de abril de 2005 (Ponente: Iltma. Sra. D.ª Arabela García Espina; *Jur.* 2005/141209).

⁸¹ Se cumplen, a mi juicio, en este caso los requisitos que para la estimación de la responsabilidad precontractual se determinan por la más autorizada doctrina, así Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, volumen primero, *Introducción. Teoría del contrato*, cuarta edición, Civitas, Madrid, 1993, págs. 278-279 –acogida literalmente en la jurisprudencia, por ejemplo, en la Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1999 (Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela; *RJA* 1999/4105) –reiterada recientemente en las Sentencias de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Tarragona de 14 de julio de 2006 (Ponente: Iltma. Sra. D.ª M.ª Ángeles García Medina; *Jur.* 2007/63594) y de la Sección 25.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 24 de marzo de 2009 (Ponente: Iltmo. Sr. D. Ángel Luis Sobrino Blanco; Id Cendoj: 28079370252009100151)–, como ya reconoció CAVANILLAS MÚGICA, S., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1999», *CCJC*, núm. 51, septiembre-diciembre 1999, pág. 1.234, defensor, por su parte, *loc. ult. cit.*, págs. 1.235-1.236, de la composición tripartita de la *culpa in contrahendo*, al eliminar el requisito de la ruptura injustificada de los tratos preliminares, teoría conforme a la cual también concurre en el caso que es objeto de mi estudio *culpa in contrahendo*–; también, en síntesis de doctrina FERNÁNDEZ ARÉVALO, A.,

del puesto de trabajo ha fijado unas condiciones o requisitos detallados para la obtención del mismo, consistentes en la formación, experiencia o conocimientos con que debe contar el candidato, aquel candidato que efectivamente los reúna se encuentra ante unas expectativas de contratación, pues es lógico que crea que si reúne esas condiciones o requisitos el contrato se cerrará⁸², matizando por mi parte que habrá de ser la contraparte la que acredite que concurre «la justa causa de la ruptura (que) ha de ser puesta en relación con los deberes de buena fe y de lealtad y con lo que razonablemente puede esperarse de personas colocadas en una situación semejante. De este modo, en términos generales, se encuentra justificada la ruptura por la concurrencia de circunstancias sobrevenidas que impiden alcanzar el fin del contrato proyectado, o cuando por la situación objetiva del mercado o por cualesquiera otras circunstancias existe la ocasión de hacer un negocio mejor o existe una mejor oferta. En este último supuesto, los deberes de lealtad y de buena fe obligan solamente a comunicar estas circunstancias a la otra parte, para que decida si puede o no ajustar sus propuestas a la nueva situación»⁸³. Tampoco existe responsabilidad en el caso de que esa empresa contratante mantenga negociaciones paralelas simultáneas con varios candidatos, siempre que no haya hecho creer al candidato que mantenía con él una negociación en exclusiva⁸⁴ –la exclusiva también puede establecerse en la relación entre la empresa selectora y la empresa contratante⁸⁵–, y en el curso de las mismas haya obtenido una mejor oferta de un tercero o bien el participante en las negociaciones en cuestión haya formulado nuevas exigencias pese a lo avanzado de las negociaciones que hayan llevado a la empresa contratante a

«Indemnización por ruptura injustificada de tratos preliminares «ex» artículo (sic.) 1.902 del CC (Comentario a la STS 14 junio 1999)», *RdP*, núm. 4/2000, págs. 281-286, LLODRA GRIMALT, F., «"Letter..."», ob. cit., págs. 142-143, VIGURI PEREA, A., «Análisis de Derecho comparado...», ob. cit., pág. 81, REGLERO CAMPOS, L. F., *Responsabilidad por ruptura injustificada de negociaciones precontractuales. Culpa in contrahendo e injerencia de terceros (tortius interference)*, pág. 33 y con mayor extensión DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J.L., «Responsabilidad...», ob. cit., págs. 179-180. *De lege ferenda* la composición cuatripartita de la responsabilidad precontractual es acogida por el artículo 6 del Proyecto de Código Europeo de Contratos (vid. la traducción de GARCÍA CANTERO, G., «La traducción española de la parte general del Código Europeo de Contratos», www.unizar.es/derecho/nulidad/textos%20legales/TR-PAVIA.DOC).

En la doctrina laboralista también se admite la posibilidad de ser indemnizado por los perjuicios sufridos por el candidato en los tratos preliminares de un proceso de selección. Así, SEMPERE NAVARRO, A. V. y LUJÁN ALCARAZ, J., «Estadios...», ob. cit., ALONSO OLEA, M. y CASAS BAHAMONDE, M.^a E., *Derecho...*, ob. cit., pág. 234, MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Tratado...*, ob. cit., pág. 499 y PURGALLA BONILLA, M.A. y FERNÁNDEZ GARCÍA, A., «Tratos preliminares...», ob. cit., pág. 404.

En la práctica laboralista, vid. la clásica Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 2 de mayo de 1984 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Ruiz Vadillo; *RJA* 1984/2950) –también analizada con detalle en la doctrina civilista por GARCÍA RUBIO, M.^a P., *La responsabilidad...*, ob. cit., págs. 123-124–, cuando sostiene «la obligación de indemnizar que haya podido surgir para la empresa y a favor del trabajador a consecuencia de los tratos preliminares que conforme a la doctrina más general, vienen a ser como el elemento objetivo de una relación jurídica precontractual o negocial de características propias y específicas que evidentemente pueden ser y son frecuentemente fuente de obligaciones para quienes con su conducta dolosa o culposa hacen un daño a la otra parte que, en virtud del principio de confianza, fundamental en el tráfico jurídico, llevó a cabo determinados gastos o dejó de obtener ciertas ganancias» y *obiter dicta* la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1986 (Ponente: Excmo. Sr. D. José Lorca García; *RJA* 1986/1312).

⁸² Sigo el análisis del requisito de las falsas expectativas de la futura contratación, según lo expone CAVANILLAS MÚGICA, S., «Comentario...», ob. cit., págs. 1.237-1.238.

⁸³ Siguiendo la argumentación de la Sentencia de la Sección 25.^a de la Audiencia Provincial de Madrid de 24 de marzo de 2009 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Ángel Luis Sobrino Blanco; Id Cendoj: 28079370252009100151); también en la doctrina, por ejemplo, AZNAR GINER, E., *Las negociaciones...*, ob. cit., pág. 84.

⁸⁴ GARCÍA RUBIO, M.^a P. y OTERO CRESPO, M., «La responsabilidad...», ob. cit.

⁸⁵ Vid. la Sentencia de la Sección 16.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de marzo de 2010 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Jordi Seguí Puntas; Id Cendoj: 08019370162010100126).

decidir la no contratación, toda vez que se considera perfectamente racional desde el punto de vista económico seguir tal conducta ⁸⁶.

Dicha responsabilidad precontractual se vería, sin duda, corroborada si en España se regulase legalmente la *culpa in contrahendo* ⁸⁷, siguiendo el modelo alemán de la reforma del *BGB* de 2002 ⁸⁸, pues el mismo supuso, con el nuevo parágrafo 311 (2) *BGB* una concepción legal muy amplia de la responsabilidad precontractual que comprende: la iniciación de la negociación para la celebración de un contrato, la negociación potencial y los contactos negociales análogos; a mi juicio, puede incluirse en esa concepción amplia de la responsabilidad precontractual, circunscrita a los contratos mercantiles, el artículo 51 del CCom. en la redacción que le da la PALMCC, cuando proyecta los deberes precontractuales sobre «las negociaciones para celebrar un contrato mercantil».

Visto lo expuesto, considero que la selección de personal puede tener cabida en cualquiera de los tres supuestos enunciados, dependiendo del momento en que se encuentre el proceso selectivo. Así, si el proceso de selección ha alcanzado ya a la intervención directa en el mismo de la empresa destinataria, se habrá alcanzado ya la fase del inicio de la negociación para la celebración de un contrato. Antes de alcanzarse ese avance, el proceso selectivo de personal bien puede incardinarse en la negociación potencial o, en todo caso, en los contactos negociales análogos, pues se está en una situación en la que concurre la posibilidad de que en esa ocasión o más tarde se concierte un contrato ⁸⁹.

⁸⁶ Con GARCÍA RUBIO, M.^a P. y OTERO CRESPO, M., «La responsabilidad...», ob. cit. y GARCÍA RUBIO, M.^a P., «La responsabilidad...», ob. cit., pág. 1.627

⁸⁷ Utilizo indistintamente los conceptos de responsabilidad precontractual y *culpa in contrahendo*, ya que, como se expone a la hora de analizar los elementos integrantes de la misma, en nuestro Derecho concurre esta responsabilidad siempre que exista una acción u omisión dolosa o culposa, como defiende GARCÍA RUBIO, M.^a P., *La responsabilidad...*, ob. cit., pág. 21, quien más adelante en GARCÍA RUBIO, M.^a P. y OTERO CRESPO, M., «La responsabilidad...», ob. cit., ejemplifica como supuestos de intención dolosa de no concluir el contrato aquellos en los que las negociaciones se usan para obtener informaciones ventajosas de la otra parte o para evitar que contrate con terceros.

⁸⁸ Sobre el nacimiento del concepto de *culpa in contrahendo* en la doctrina alemana, en 1861 con el trabajo «*Culpa in contrahendo*: o indemnización por un contrato nulo que no llega a perfeccionarse» de Rudolf VON IHERING –recientemente, *vid.* la traducción y comentario de su obra al italiano, PROCCHI, F., *Della culpa in contrahendo ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti perfezione*, Jovene Editore, Nápoles, 2005 y desde una perspectiva germana, accesible en castellano, BUCHER, E., «La diversidad de significados de *Schuldverhältnis* (relación obligatoria) en el Código civil alemán y las tradicionales fuentes extralegales de las obligaciones», núm. 383, octubre de 2006, Barcelona, www.indret.com, esp. págs. 23 y ss.–, por todos, en nuestra doctrina, de forma sintética, ASÚA GONZÁLEZ, C. I., «Comentario...», ob. cit., págs. 519-520, DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J.L., «Responsabilidad...», ob. cit., págs. 170-172, VIGURI PEREA, A., «Análisis de Derecho comparado...», ob. cit., pág. 79, MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., «El deber...», ob. cit., págs. 160-161, MEDINA ALCOZ, M.^a, «La ruptura...», ob. cit., págs. 85-86 y VALÉS DUQUE, P., «La responsabilidad...», ob. cit., págs. 716-718 y anteriormente de forma más extensa GARCÍA RUBIO, M.^a P., *La responsabilidad...*, ob. cit., págs. 27-34, donde además recoge las primeras críticas doctrinales a las tesis de IHERING, que sirvieron para terminar de delimitar la figura.

⁸⁹ Para la traducción al castellano del parágrafo 311 *BGB*, *vid.* VIVES MONTERO, M.^a L., *ADC*, tomo LV, fascículo III, julio-septiembre 2002. Sobre la amplitud de supuestos de la nueva responsabilidad precontractual legal germana, *vid.*, en nuestra doctrina, ALBIEZ DOHRMANN, K.J., «Un nuevo Derecho de obligaciones. La reforma 2002 del *BGB*», *ADC*, tomo LV, fascículo III, julio-septiembre 2002, págs. 1.192-1.193, REGLERO CAMPOS, L.F., *Responsabilidad por ruptura...*, ob. cit., págs. 18-23 con mucho mayor detalle ASÚA GONZÁLEZ, C.I. y HUALDE SÁNCHEZ, J.J., «Codificación de la culpa in contrahendo en el Derecho alemán», *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, tomo II, *Derecho civil. Derecho de obligaciones*, Civitas, Madrid, 2003, págs. 1.418-1.433 y, a título informativo, la simple referencia de INFANTE RUIZ, F. J., «Apuntes sobre la reforma alemana del Derecho de obligaciones: la necesitada modernización del Derecho de obligaciones y la gran solución», *RdP*, núm. 8, 2002-1, pág. 167 y LAMARCA I MARQUÉS, A., «Entra en vigor la Ley de modernización del Derecho alemán de obligaciones», www.indret.com, enero 2002, *working paper*, núm. 78.

De otro lado, de seguirse en España una regulación como la alemana que acabo de referir, también sería susceptible de inclusión en la responsabilidad precontractual la conducta de la empresa de selección de personal. Dicha empresa puede encajar, a mi entender, en ciertos casos muy concretos, en la condición de tercero responsable precontractualmente de acuerdo con lo previsto en el párrafo 311 (3) *BGB*⁹⁰. Este último precepto contempla la responsabilidad precontractual de los terceros que influyen en la iniciación o celebración de un contrato futuro, generando confianza en su conclusión –lo que debe diferenciarse de la confianza autogenerada por el participante por causa de su precipitación o propia negligencia, pudiendo estar fundada la confianza razonable en factores objetivos, tales como la duración de las negociaciones o lo avanzado de las mismas, o subjetivos, como la conducta, las palabras o el silencio de la otra parte⁹¹–, e influyendo notablemente sobre los candidatos para que se decidan a participar en el proceso de selección y, por tanto, a que, como resultado del mismo, contraten con la empresa que, a su vez, concertó con la primera el contrato de selección de personal.

Por lo tanto, un proceso de selección de personal no debe ser una ruleta rusa, pues la empresa destinataria y la empresa selectora de personal pueden actuar con discrecionalidad (*qui iure suo utitur neminem laedit*)⁹², pero no con arbitrariedad, ni de forma caprichosa o compulsiva, sin que ello entrañe su responsabilidad, pues, en el fondo, se habrá actuado incurriendo en abuso de derecho⁹³, comportamiento incorrecto y desleal, y se habrá incumplido con el deber de comportarse de acuerdo con la buena fe⁹⁴.

De esta forma, entiendo que la discrecionalidad legítima opera más que en el hecho de contratar o no contratar en el de decidir que se inicie un proceso de tratos preliminares para la contratación o no, pues una vez iniciados los tratos preliminares, la discrecionalidad, aunque siga existiendo, lo es de una forma mucho más matizada, ponderada por la incidencia de la exigencia de actuación conforme a la buena fe, que, en realidad, puede llegar a exigir el concierto del contrato hasta entonces solo en tratos preliminares, amén de la incidencia de otras limitaciones a esa libérrima capacidad de decisión del empresario previstas unas veces en las leyes, tales como la determinación del porcentaje de trabajadores minusválidos que deben contratarse o el fomento de la con-

En definitiva, el párrafo 311 *BGB* supone, en términos generales, la asunción legal de la configuración clásica de la responsabilidad precontractual de IHERING, como destaca GALLO, P., «Responsabilità... il quantum», ob. cit., pág. 499; más matizada es la posición de BUCHER, E., «La diversidad...», ob. cit., esp. págs. 19, 22 y 32, para quien aunque la intención del legislador alemán fue fijar en la ley la tradición jurídica surgida sobre la base de la *culpa in contrahendo*, ello no se desprende del texto de la ley, que dejó fuera algunos de los supuestos más característicos, como el de las relaciones contractuales de hecho o el de la responsabilidad basada en la confianza.

⁹⁰ Sobre tal supuesto, en nuestra doctrina, *vid.* ASÚA GONZÁLEZ, C.I. y HUALDE SÁNCHEZ, J.J., «Codificación...», ob. cit., págs. 1.425-1.427 y GARCÍA RUBIO, M.^a P. y OTERO CRESPO, M., «La responsabilidad...», ob. cit.

⁹¹ Al respecto, *vid.* GARCÍA RUBIO, M.^a P. y OTERO CRESPO, M., «La responsabilidad...», ob. cit.

⁹² En defensa de esta discrecionalidad, para evitar la espada de Damocles de la responsabilidad precontractual en un número excesivo de casos, GALLO, P., «Responsabilità...», ob. cit., págs. 308-309.

⁹³ Con GARCÍA RUBIO, M.^a P., *La responsabilidad...*, ob. cit., págs. 131-134. Especialmente *vid.* el análisis del paralelismo entre la aparición de la interdicción del abuso del derecho y de la indemnización por la ruptura injustificada de las negociaciones que se hace, en la doctrina italiana, por GALLO, P., «Responsabilità...», ob. cit., pág. 303.

⁹⁴ Como recuerda LUNA SERRANO, A., «El régimen...», ob. cit., pág. 309, que establece el artículo 6.1 del Proyecto de Código Europeo de los Contratos: «cada una de las partes es libre de emprender negociaciones con vistas a la conclusión de un contrato sin que se le pueda imputar la menor responsabilidad en el caso de que no llegue a estipularse, salvo que su comportamiento sea contrario a la buena fe».

tratación indefinida, y otras en los propios convenios colectivos, a través de cláusulas que exigen determinadas titulaciones en los candidatos o el que hayan desempeñado o desempeñen puestos de trabajo de carácter temporal en la empresa o cláusulas de mantenimiento del empleo o de erradicación del pluriempleo⁹⁵. Quedan excluidos de lo que acabo de decir aquellos procesos de selección en los que exista una auténtica oferta inicial de trabajo a favor de quienes superen el proceso de selección, en cuyo caso sí que podrá hablarse de la existencia de una obligación de contratar a cargo de la empresa empleadora⁹⁶.

Además, el citado proceso selectivo no debe tampoco convertirse en un juego de cartas marcadas en el que el destinatario del puesto de trabajo se encuentre predeterminado desde el comienzo del proceso de selección, de manera que se solapan dos negociaciones precontractuales, una de ellas con quien se quiere contratar y otra con quien se le exige la dedicación de tiempo y esfuerzo a la preparación de una prestación que de antemano se sabe que no se va a llegar a concertar⁹⁷. Y es que no resulta, por desgracia, nada extraño encontrar en la práctica procesos de selección de este tipo, en los que la empresa busca que la intervención de la empresa selectora sirva como escudo protector para cumplir solo formalmente lo que, por ejemplo, exige un convenio colectivo o de empresa o para dar una imagen exterior de rigurosidad y seriedad en la selección de personal, al margen de los clásicos canales del conocimiento y de las influencias, cuando, en realidad, de antemano tiene determinada la persona que va a ocupar el puesto de trabajo para el que aparentemente se selecciona personal⁹⁸. En este caso, es evidente que la empresa destinataria de la mano de obra habrá actuado de mala fe⁹⁹, en contra de sus deberes de comportamiento sincero y de formulación de una convocatoria no engañosa, que rigen los tratos preliminares en este ámbito, al objeto de que el proceso de selección sea real y verdadero, no una mera construcción artificiosa¹⁰⁰.

Es más, este supuesto que acabo de referir del inicio de tratos preliminares sin intención seria de contratar, es el que la doctrina pone como ejemplo en el que la responsabilidad contractual surge sin necesidad de que los tratos hayan llegado a un estado avanzado en el que se hayan definido los elementos esenciales del contrato proyectado, ya que se considera que concurre dolo en el comportamiento de quien así actúa, que ataca ilícitamente la esfera de libertad del otro contratante¹⁰¹. Todo

⁹⁵ Como destaca BURGOS GINER, M.^a A., «Facultades...», ob. cit., pág. 22, con diversos ejemplos tomados de la práctica de los convenios colectivos, que viene a enumerar.

⁹⁶ Vid. ALFONSO MELLADO, C.L., *Indemnizaciones...*, ob. cit., pág. 39.

⁹⁷ Como exponen con carácter general DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., ROCA TRÍAS, E. y MORALES MORENO, A.M., *Los principios...*, ob. cit., pág. 199.

⁹⁸ Vid. ALBIEZ DOHRMANN, K.J., «Un nuevo...», ob. cit., pág. 1.193.

⁹⁹ Así, RIERA VAYREDA, C. y THIBAUT ARANDA, J., «Tratos...», ob. cit., pág. 2.206 y DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., ROCA TRÍAS, E. y MORALES MORENO, A.M., *Los principios...*, ob. cit., pág. 198.

¹⁰⁰ Sobre tales deberes, GARMENDIA ARIGÓN, M., *Derecho...*, ob. cit., págs. 35 y 43.

¹⁰¹ Vid. GARCÍA RUBIO, M.^a P., «Responsabilidad por ruptura injustificada de negociaciones [A propósito de la STS (Sala I.^a) de 16 de mayo de 1988]», *La Ley*, 1989-4, pág. 1.112. En esa situación llegó a estarse, a mi juicio, en el supuesto de hecho resuelto por la Sentencia de la Corte de Casación italiana de 25 de febrero de 1994, que refiere BALDASSARI, A., *Il danno...*, ob. cit., págs. 483-486, pues allí el director de un Banco había acordado incluso con el futuro trabajador la asistencia de este último a un curso de especialización y la recepción por la entidad de la documentación del trabajador para confeccionar el allí denominado «libretto di lavoro»; para una síntesis de otros casos en los que la jurisprudencia italiana ha

ello, además, acentuado porque conviene no olvidar que las relaciones entre dichas empresas y los candidatos están afectadas por la posición de privilegio que ocupan las primeras, en cuanto que los demandantes de empleo por lo común están en una situación de debilidad, propensa a sufrir abusos, ya que necesitan con urgencia los ingresos procedentes de su trabajo para hacer frente a sus necesidades vitales ¹⁰².

En otras ocasiones incluso resulta que la empresa destinataria, participando de ello a la empresa selectora, ha decidido de antemano no contratar a ningún trabajador ¹⁰³. En este caso, el inicio del proceso de selección puede tener por motivo dar una imagen externa de dinamismo empresarial, con la aparente voluntad de contratar nuevos trabajadores, cara a mejorar su posición económica o social en el mercado ¹⁰⁴. En otras ocasiones incluso lo que se busca es presionar a su propio personal, máxime si se trata de personal eventual, al objeto de que mejore sus rendimientos por causa de la espada de Damocles de la existencia de un proceso de selección de nuevo personal en curso. Otras veces de lo que se trata es de tantear el mercado de trabajo, cuando no incluso de conocer interioridades de otros competidores a través del contacto que se mantiene con sus empleados ¹⁰⁵, o de evitar que un trabajador pueda ser contratado por un competidor ¹⁰⁶. También hay supuestos en los que una empresa incurre en la conocida como ocultación de hechos, de modo que sigue aparentando que trata de concertar un contrato de trabajo cuando en realidad ese contrato ya lo concertó ¹⁰⁷. Es evidente que en todos estos casos estamos ante el inicio de unas negociaciones precontractuales entre la empresa contratante y los candidatos fruto de una voluntad empresarial desleal ¹⁰⁸, viciada por la mala fe ¹⁰⁹,

estimado existente responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de las negociaciones, *vid.* GALLO, P., «Responsabilità...», *ob. cit.*, pág. 305, nota (35).

- ¹⁰² Con FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A., «Tratamiento...», *ob. cit.*, pág. 10 y CAVAS MARTÍNEZ, F., «El nuevo...», *ob. cit.*, quien únicamente discrimina, en «El Convenio...», *ob. cit.*, la situación de los altos cargos y directivos de empresa, porque considera su situación diferente a la del resto de los trabajadores, lo que hace que corran menor riesgo de padecimiento de abusos y explotación.
- ¹⁰³ BUCHER, E., «La diversidad...», *ob. cit.*, pág. 27, refiere que este es el típico supuesto, difícil de probar, de negociaciones que han quedado en un «puro blabláblá».
- ¹⁰⁴ Nótese que incluso desde el marketing se recomienda utilizar los anuncios de selección de personal como elemento publicitario; así *vid.* MARTÍNEZ SELVA, J. M.^a, «Publicidad de abogados. La publicidad en el conjunto de actividades de marketing», *La Ley*, núm. 6.965, 11 de junio de 2008, consultado en www.laley.es, cuando enumera entre los medios de publicidad indirecta de los abogados los «anuncios que ofertan empleo en el bufete, en los que de paso puede caber el logotipo, las señas de identificación y las especialidades».
- ¹⁰⁵ En similar sentido, VIGURI PEREA, A., «Análisis de Derecho comparado...», *ob. cit.*, pág. 81, a propósito de las relaciones precontractuales sostenidas, con mala fe, para conocer determinadas interioridades de los negocios de la otra parte; en similar sentido, MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., «El deber...», *ob. cit.*, pág. 161.
- ¹⁰⁶ Con carácter más general, BENATTI, F., «Culpa in contrahendo», *CI*, 1987, pág. 290.
- ¹⁰⁷ *Vid.* VIGURI PEREA, A., «Análisis de Derecho comparado...», *ob. cit.*, págs. 83-84, a la hora de analizar el estado de la cuestión en el *Common Law*, que, como destaca más recientemente BANAKAS, S., «Liability for contractual negotiations in English Law: looking for the litmus test», www.indret.com, se resiste a reconocer la *culpa in contrahendo* y ello lo utiliza como instrumento de mejora de la competitividad de su sistema jurídico.
- ¹⁰⁸ Como dice GÓMEZ CALLE, E., «Responsabilidad...», *ob. cit.*, pág. 5.959, es un ejemplo prototípico de la deslealtad el iniciar unas negociaciones con el propósito de no concluir las.
- ¹⁰⁹ Como advierten CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «El ámbito de la responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo*», *RCDI*, núm. 628, 1995, pág. 764 y RUIZ JIMÉNEZ, J., «La ruptura...», *ob. cit.*, pág. 2.199. En la doctrina italiana, en el mismo sentido DE MAURO, A., «Violazione...», *ob. cit.*, págs. 132-134.

contraria al deber de lealtad que rige en los tratos preliminares, manifestado aquí en su vertiente de actuar sería y consecuentemente ¹¹⁰.

Tales conductas desviadas juegan en beneficio propio de la empresa destinataria y, en su caso, también de la selectora y en perjuicio, siempre, del candidato.

La ruptura que, al final y en todos los casos que acabo de enunciar, se produce en el proceso selectivo encaja perfectamente en la doctrinalmente denominada «ruptura intencional» ¹¹¹ o «ruptura abusiva» ¹¹², motivada por el conocimiento de antemano de que no se celebrará el contrato o bien por el conocimiento que de tal situación se alcanzó a lo largo de las negociaciones precontractuales sin poner fin inmediatamente a las mismas una vez que se hubiera alcanzado tal conocimiento ¹¹³. Es claro que en este caso dicha conducta es generadora para la supuesta empresa empleadora de una responsabilidad ya extracontractual por aplicación del artículo 1.902 del CC ¹¹⁴, o mejor precontractual ¹¹⁵ –en todo caso no contractual, o sea, extracontractual ¹¹⁶, utilizando aquí el concepto de precontractual para destacar que la responsabilidad surge en el *iter* contractual, no totalmente desconexiónada del contrato, como ocurre en la responsabilidad extracontractual en sentido estricto–, pues dicha empresa, como acabo de indicar, habrá dado inicio (lo mismo ocurre si la decisión de no contratar se toma durante el curso del proceso de selección y pese a ello no se pone fin al

¹¹⁰ Vid. GARCÍA RUBIO, M.ª P., *La responsabilidad...*, ob. cit., pág. 53, donde también liga este deber con el de información, criterio que comparto porque es claro que la empresa que abre o, en su caso, continúa un proceso de selección de personal en el que el personal ya está seleccionado tampoco cumple con su deber de informar a los candidatos de que no habrá contrato de trabajo al final del proceso.

¹¹¹ Vid. GARCÍA RUBIO, M.ª P., *La responsabilidad...*, ob. cit., pág. 130.

¹¹² Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., «La unificación del derecho conflictual en Europa: el Reglamento sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales ("Roma II")», *La Ley*, núm. 6.811, 31 de octubre de 2007, pág. 7, a la vista del considerando (30) del Reglamento (CE) núm. 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, que, a su vez, en su artículo 12 determina como ley aplicable «a una obligación extracontractual que se derive de los tratos previos a la celebración de un contrato... la ley aplicable al contrato o la que se habría aplicado al contrato si este se hubiera celebrado», lo que, a mi juicio, no deja de ser un motivo más para dudar acerca de la naturaleza jurídica contractual o extracontractual de la responsabilidad precontractual, que la hace incardinarse en una de esas zonas grises o supuestos dudosos, como apunta en la doctrina DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «El ejercicio ante los Tribunales de las acciones de responsabilidad civil contractual y extracontractual: análisis de fronteras», Madrid, 2011, págs. 6-7.

¹¹³ ALONSO PÉREZ, M., «La responsabilidad precontractual», *RCDI*, núm. 485, julio-agosto 1971, pág. 912.

¹¹⁴ Con carácter general, vid. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos...*, ob. cit., pág. 277 y en contra CARRASCO PERERA, A., «Cartas de intenciones...», ob. cit., por considerar que con este argumento legal, sostenido en la primera ya mencionada Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1988 que afrontó la responsabilidad por *culpa in contrahendo*, se «renuncia a configurar la misma como un fundamento propio de responsabilidad, y simplemente se delimita el campo de aplicación del artículo 1.902 del CC».

¹¹⁵ Como destaca CUADRADO PÉREZ, C., *Oferta...*, ob. cit., pág. 51, la interrupción de los tratos preliminares sin justa causa es el paradigma de la responsabilidad precontractual.

¹¹⁶ Con GARCÍA RUBIO, M.ª P., «Responsabilidad...», ob. cit., págs. 1.114-1.116 y 1.119 y como insiste después DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J.L., «Responsabilidad...», ob. cit., págs. 182-185; también vid. LLODRA GRIMALT, F., «"Letter..."», ob. cit., págs. 140-141 y ASÚA GONZÁLEZ, C.I. y HUALDE SÁNCHEZ, J.J., «Codificación...», ob. cit., pág. 1.415. En Italia es también esta la concepción mayoritaria, doctrinal y jurisprudencialmente, según sintetiza BALDASSARI, A., *Il danno...*, ob. cit., págs. 467-470. Para una referencia recopilatoria a todas las teorías que se han defendido en España acerca de la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual vid. VALÉS DUQUE, P., «La responsabilidad...», ob. cit., págs. 731-738.

mismo de forma inmediata respecto del candidato desechado ¹¹⁷) a unos tratos preliminares sin intención de llegar a la celebración del contrato, esto es, faltos de una verdadera dirección hacia la contratación ¹¹⁸ –lo que el art. 51.3 CCom., en redacción dada por la PALMCC, tipifica como un ejemplo de presunción *iuris et de iure* de mala fe en las negociaciones precontractuales, causante, a su vez, de responsabilidad por los daños causados a la otra parte y que el art. 1.245.4 CC en redacción dada por la PALMDOC tipifica como actuación contraria a la buena fe que, según el número 5 de dicho precepto proyectado, da lugar a indemnización de daños y perjuicios consistente en «dejar a la otra parte en la situación que tendría si no hubiera iniciado las negociaciones»–.

Desde una perspectiva práctica, es importante que las responsabilidades de la empresa selectora y de la empresa destinataria del contrato de trabajo sean de naturaleza extracontractual, pues ello es justamente lo que permite que ambas empresas puedan ser condenadas solidaria y no mancomunadamente, como ocurriría en el caso de la responsabilidad contractual a la que sería de aplicación la presunción de mancomunidad que se deriva del artículo 1.137 del CC ¹¹⁹. Otra consecuencia más de índole práctica de la concurrencia de la citada responsabilidad extracontractual es que la imputación de la misma a las empresas por la actuación de sus empleados o representantes deviene de la aplicación del artículo 1.903.4 del CC ¹²⁰.

Centrándome en la posición de la empresa selectora, si concurriesen las circunstancias que acabo de referir en la conducta de la misma la situación estaría evidentemente viciada y la empresa selectora, al participar en el «juego», será responsable de los daños y perjuicios sufridos por el candidato como consecuencia de las expectativas de celebrar un contrato de trabajo y de la ruptura injustificada de los tratos preliminares, evaluables económicamente, conectados causalmente con la interrupción de esos tratos preliminares ¹²¹, y consistentes en –hago notar que estos mismos conceptos son indemnizables por cuenta y cargo de la empresa destinataria, encontrando en este caso además apoyo legal directo tal conclusión en lo previsto en el artículo 708.2 *in fine* de la LEC, cuando el mismo dispone que «Cuando la indeterminación afectase a elementos esenciales del negocio o contrato sobre el que debiere recaer la declaración de voluntad, si esta no se emitiera por el condenado procederá la ejecución por los daños y perjuicios causados al ejecutante, que se liquidarán

¹¹⁷ Así, PURGALLA BONILLA, M.A. y FERNÁNDEZ GARCÍA, A., «Tratos preliminares...», ob. cit., pág. 404.

¹¹⁸ Ello es justo la definición que de actuación contraria a la buena fe se da en el artículo 6.2 del Proyecto de Código Europeo de los Contratos, en sede de la regulación de los tratos precontractuales (*vid.* la traducción al castellano de GARCÍA CANTERO, G., «La traducción...», ob. cit.) y la interpretación que del mismo hizo en nuestra doctrina LUNA SERRANO, A., «El régimen...», ob. cit., pág. 309. Nótese que el citado texto prelegal va más allá, porque en su artículo 7 sostiene que la buena fe en los tratos preliminares exige también informar a la contraparte («sobre todas y cada una de las circunstancias de hecho y de derecho, que conoce o debe conocer, y que permitirían a la otra parte adquirir conciencia... del interés en su celebración»).

¹¹⁹ *Vid.* la condena solidaria al abono de 600.000 pesetas a la empresa destinataria y a la empresa selectora que en este ámbito concreto se contiene en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 10 de marzo de 1997 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Muñoz Jiménez; *AS* 1997/1007).

¹²⁰ Con GARCÍA RUBIO, M.^a P., «Responsabilidad...», ob. cit., págs. 1.118-1.119, quien, en todo caso, y con carácter más general, *La responsabilidad...*, ob. cit., pág. 223, razona que existiendo relación de dependencia o subordinación no hay ningún obstáculo para imputar la responsabilidad precontractual al *dominus*.

¹²¹ *Vid.* VIGURI PEREA, A., «Análisis de Derecho comparado...», ob. cit., pág. 82.

con arreglo a los artículos 712 y siguientes»¹²²⁻¹²³, siempre previa prueba de su existencia por parte del demandante¹²⁴:

- a) Esfuerzos y costes infructuosos, esto es, gastos asumidos por el candidato que no resulten innecesarios, inútiles o excesivos a los efectos de la conclusión del contrato y que sean no reutilizables, así como que hayan sido asumidos siguiendo una conducta diligente por el mismo¹²⁵.

En este caso se encuentran, por ejemplo, los gastos de desplazamiento y estancia para participar en el proceso selectivo¹²⁶ y, en su caso, de asesoramiento jurídico o técnico para participar en dicho proceso y sentar las bases de la futura contratación, que integran claramente el interés negativo o interés de confianza¹²⁷, daño a la confianza (*reliance damages*) o daño emergente sufrido por el candidato, en cuanto que interés de la confianza o resituación del mismo en las condiciones patrimoniales que hubiera tenido de no haber confiado en la celebración del contrato, que a la postre resultó no concertado¹²⁸. De hecho,

¹²² Con GARCÍA RUBIO, M.ª P., «La ejecución forzosa de la obligación derivada del precontrato en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Algunas cuestiones», *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, tomo II, *Derecho civil. Derecho de obligaciones*, Civitas, Madrid, 2003, págs. 1.901-1.902.

¹²³ Con carácter general, a propósito de los conceptos indemnizables por responsabilidad precontractual, *vid.* el artículo 6.4 del Proyecto de Código Europeo de Contratos (GARCÍA CANTERO, G., «La traducción...», *ob. cit.* y *Estudios...*, *ob. cit.*, pág. 101, donde destaca que estamos ante la reparación del daño contractual negativo) y el artículo 2:301.2 de los Principios de Derecho contractual europeo, así como *de lege ferenda* el artículo 1.245.5 del CC. En la doctrina española, por ejemplo GÓMEZ CALLE, E., «Responsabilidad...», *ob. cit.*, pág. 5.961, AZNAR GINER, E., «Estudio...», *ob. cit.* y VALÉS DUQUE, P., «La responsabilidad...», *ob. cit.*, págs. 745-746 y 747-748, destacando este último la concepción estricta de dichos textos prenormativos de indemnización solo del interés negativo, en la doctrina italiana, GALLO, P., «Responsabilidad... il quantum», *ob. cit.*, págs. 493 y ss., sistematizando las aportaciones de la jurisprudencia italiana, y en la doctrina francesa, DESHAYES, O., «Le dommage précontractuel», *RTDCom.*, abril-junio 2004, núm. 2, págs. 187-204, donde además de analizar críticamente las diversas soluciones aportadas por la jurisprudencia francesa, refiere la curiosa solución holandesa, adoptada en la Sentencia de la Corte Suprema de los Países Bajos de 18 de junio de 1982, que diferencia el contenido de la reparación en función del estadio de las negociaciones precontractuales: en el estadio menos avanzado, la ruptura de las negociaciones es libre para cualquiera de las partes, sin que ninguna de ellas incurra en responsabilidad; en el segundo estadio, quien rompe las negociaciones debe indemnizar los gastos sufridos por la contraparte; en el tercer y último estadio, la ruptura de las negociaciones está prohibida y quien las rompe es sancionado con la obligación de indemnizar a la contraparte de todos los daños sufridos y no solo del beneficio dejado de percibir por la ejecución del contrato.

¹²⁴ Como resalta GÓMEZ POMAR, F., «El incumplimiento contractual en el Derecho español», *www.indret.com*, julio de 2007, Barcelona, pág. 24, la carga de la prueba de los daños y perjuicios indemnizables en responsabilidad precontractual son por cuenta de quien los sufre; en el mismo sentido, AZNAR GINER, E., *Las negociaciones...*, *ob. cit.*, pág. 86.

¹²⁵ Con GALLO, P., «Responsabilidad... il quantum», *ob. cit.*, págs. 507-508 y la Sentencia de la Corte de Casación, Sección Civil, de 18 de junio de 2005, en Italia, BUCHER, E., «La diversidad...», *ob. cit.*, pág. 28, en la doctrina germana y CUADRADO PÉREZ, C., *Oferta...*, *ob. cit.*, pág. 60 y GARCÍA RUBIO, M.ª P., «La responsabilidad...», *ob. cit.*, pág. 1.630, en la doctrina española. En la práctica, en general, *vid.* la Sentencia de la Sección 25.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 24 de marzo de 2009 (Ponente: Iltmo. Sr. D. Ángel Luis Sobrino Blanco; Id Cendoj: 28079370252009100151) cuando razona la no indemnizabilidad de «los gastos que (se) han denominado especulativos o que constituyen un riesgo implícito de todo negocio, ni los gastos que, de todas formas, habría que realizar para iniciar las negociaciones».

¹²⁶ MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Tratado...*, *ob. cit.*, pág. 499 y con carácter más general también CUADRADO PÉREZ, C., *Oferta...*, *ob. cit.*, pág. 61 y PURGALLA BONILLA, M.A. y FERNÁNDEZ GARCÍA, A., «Tratos preliminares...», *ob. cit.*, págs. 397 y 404.

¹²⁷ Como explicita Díez-Picazo y Ponce de León, L., *Fundamentos...*, 2008, *ob. cit.*, pág. 325.

¹²⁸ Sigue defendiendo nuestra doctrina la clásica concepción de IHERING relativa a la indemnización únicamente del interés negativo en los casos de *culpa in contrahendo*; por ejemplo, ALONSO PÉREZ, M., «La responsabilidad...», *ob.*

todos los demás conceptos indemnizatorios que a continuación relaciono quedan, a mi juicio, enclavados en la concepción estricta del interés negativo, pues todos ellos tienen como finalidad restaurar la situación del candidato y son consecuencia directa e inmediata de la rescisión injustificada de los tratos preliminares, de modo que el mismo quede en la misma situación en la que estaría si no se hubiere verificado el comportamiento causante del daño de modo que recupere todos aquellos gastos inútilmente sufragados con vistas a la conclusión del futuro contrato de trabajo¹²⁹. No se abarca, por tanto, una pretendida obtención, por vía indemnizatoria, de las ventajas patrimoniales del contrato de trabajo proyectado¹³⁰, ni tampoco un resarcimiento a aquel que pudiera derivar del caso de incumplimiento contractual, puesto que en realidad no se llegaron a adquirir los derechos que hubieran nacido del contrato y que, por tanto, no pueden haberse visto lesionados al romperse los tratos precontractuales¹³¹.

b) Pérdida de retribuciones percibidas en otros trabajos como consecuencia del tiempo ocupado en dicha participación.

cit., págs. 905-906, MANZANARES SECADES, A., «La responsabilidad precontractual...», ob. cit., págs. 716 y ss., RIERA VAYREDA, C. y THIBAUT ARANDA, J., «Tratos...», ob. cit., pág. 2.206, VIGURI PEREA, A., «En pro del estudio...», ob. cit., pág. 1.864 y «Análisis de Derecho comparado...», ob. cit., pág. 81, ARROYO y AMAYUELAS, E., «Formación...», ob. cit., pág. 341, ASÚA GONZÁLEZ, C.I. y HUALDE SÁNCHEZ, J.J., «Codificación...», ob. cit., págs. 1.429-1.430, REGLERO CAMPOS, L.F., *Responsabilidad por ruptura...*, ob. cit., págs. 41, GÓMEZ POMAR, F., «El incumplimiento...», ob. cit., pág. 23 –este último advirtiendo la tendencia del Tribunal Supremo al todo o nada, esto es, o a considerar que hay verdadero precontrato o contrato definitivo, en cuyo caso se indemniza daño emergente y lucro cesante, o no lo hay y en ese caso no hay indemnización–, VICENT CHULIÀ, F., «Reforma del régimen de la fusión y otras modificaciones estructurales (ante la Directiva 22005/56/CE sobre fusión transfronteriza y el Anteproyecto de Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles de 14 de junio de 2007)», *RdP*, núm. 20, 2008-1, pág. 70 y AZNAR GINER, E., *Las negociaciones...*, ob. cit., pág. 99, así como ALFONSO MELLADO, C.L., *Indemnizaciones...*, ob. cit., pág. 41, en la doctrina laboralista; en el mismo sentido, con detallada referencia de la doctrina y jurisprudencia italianas, FORTINGUERRA, F., «Le conseguenze della violazione del dovere precontrattuale di buona fede», *La responsabilità contrattuale*, Cedam, Padova, 2002, esp. págs. 298-301 y también GALLO, P., «Responsabilità...», ob. cit., pág. 305, aunque más adelante en «Responsabilità... il quantum», ob. cit., págs. 488 y ss., tras hacer un detalladísimo recorrido por las aportaciones doctrinales italianas al respecto –desde TOSCANO hasta FORTINGUERRA– muestra, al final, *loc. ult. cit.*, pág. 520, una postura favorable hacia la apertura a la indemnización de ciertos aspectos que exceden del puro interés negativo y especialmente en síntesis reciente de jurisprudencia italiana la Sentencia de la Corte de Casación, Sección Civil, de 18 de junio de 2005 –de nuevo en la doctrina italiana sobre el citado interés negativo, *vid.* TURCO, C., «L'interesse negativo nella culpa in contrahendo (verità e distorsioni della teoria di Jhering nel sistema tedesco e italiano)», *Rivista di Diritto Civile*, marzo-abril 2007, págs. 165-195–. Tímidamente, a favor de la indemnización del interés positivo, ya GARCÍA RUBIO, M.^a P., «La ejecución...», ob. cit., pág. 1.902.

De lege ferenda, cfr. la plasmación de la indemnización por interés contractual negativo exclusivamente en el artículo 6.4 del Proyecto de Código Europeo de los Contratos: «la parte que obra contra la buena fe viene obligada a reparar como máximo el daño sufrido por la otra parte en la medida de los gastos a que esta última se ha obligado en el curso de las negociaciones emprendidas en vista de la estipulación de un contrato, así como de la pérdida de ocasiones similares causada por los tratos preliminares», como indican LUNA SERRANO, A., «El régimen...», ob. cit., pág. 315 y MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., «El deber...», ob. cit., pág. 168, así como en el artículo 2:301.2 («Sin embargo, la parte que hubiera negociado o roto las negociaciones de forma contraria a la buena fe y a la lealtad, es responsable de las pérdidas causadas a la otra parte») de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos, como entienden DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., ROCA TRÍAS, E. y MORALES MORENO, A.M., *Los principios...*, ob. cit., pág. 199.

¹²⁹ *Vid.* BALDASSARI, A., *Il danno...*, ob. cit., pág. 475 y FORTINGUERRA, F., «Le conseguenze...», ob. cit., pág. 304.

¹³⁰ Siguiendo la noción de interés negativo que en este ámbito exponen ASÚA GONZÁLEZ, C.I. y HUALDE SÁNCHEZ, J.J., «Codificación...», ob. cit., pág. 1.430. En contra, ARROYO y AMAYUELAS, E., «Formación...», ob. cit., pág. 338, sí considera insertado en el interés negativo la reparación de las ganancias dejadas de obtener por la no celebración del contrato.

¹³¹ Como bien razona la Sentencia de la Corte de Casación, Sección Civil, de 18 de junio de 2005.

- c) Pérdida de oportunidades de empleo por la renuncia a aceptar otros trabajos alternativos durante el tiempo que dure el proceso de selección o incluso abandono de otras actividades o trabajos ya contratados ante las expectativas creadas ¹³², algo que puede considerarse integrante de un resarcimiento por un cierto interés positivo ¹³³ (o interés de cumplimiento o de la ejecución de un contrato ¹³⁴), aunque también encuentro razones para entender que seguimos dentro del interés negativo, en cuanto que lucro cesante conformador, en su máximo extremo, del mismo ¹³⁵. En este punto es muy importante que la empresa consultora haya de comunicar expresa e inmediatamente al candidato la finalización del proceso, evitando el mantenimiento de una absurda situación de impasse que hace creer a este último que el proceso sigue abierto cuando, en realidad, está cerrado. En su caso, este mismo deber recae sobre la empresa demandante de empleo, pues conviene no olvidar que uno de los deberes fundamentales que recae en el marco de los tratos preliminares es el de informar a la contraparte acerca de las circunstancias de las que tenga o debiera tener conocimiento y que, de ser conocidas por la otra parte, la llevarían a no contratar o a no hacerlo en los mismos términos, donde, a mi juicio, debe incluirse como el ejemplo de la más simple y necesaria información el de comunicar al trabajador que el contrato de trabajo ya no se va a celebrar ¹³⁶; también dentro de este deber de información debe incluirse el de que el candidato conozca si existen otros candidatos con los que, al mismo tiempo, se están man-

¹³² En este sentido, recogiendo la práctica italiana, BENATTI, F., «Culpa...», ob. cit., pág. 291 y GALLO, P., «Responsabilità...», ob. cit., pág. 306, en la jurisprudencia italiana la síntesis de doctrina que contiene la Sentencia de la Corte de Casación, Sección Civil, de 18 de junio de 2005, en la doctrina germana BUCHER, E., «La diversidad...», ob. cit., pág. 28 y en la doctrina española CUADRADO PÉREZ, C., *Oferta...*, ob. cit., pág. 62-63, GÓMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M., «Cuestiones...», ob. cit., pág. 22 y GARCÍA RUBIO, M.^a P., «La responsabilidad...», ob. cit., pág. 1.631.

¹³³ *Vid.* ARROYO Y AMAYUELAS, E., «Formación...», ob. cit., pág. 338. En todo caso, es de advertir que en Italia, por ejemplo, la práctica jurisprudencial, en aplicación del artículo 1.337 *Codice civile*, ya está admitiendo también la indemnización por lucro cesante, como interés positivo, en el ámbito de la responsabilidad precontractual, tal y como destaca PELLECCIA, E., «La correttezza precontrattuale fra tradizione e innovazione», *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli*, vol. 1, Giuffrè, Milán, 2009, pág. 504.

¹³⁴ Como aclara DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos...*, 2008, ob. cit., pág. 325.

¹³⁵ Fue el caso de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 10 de marzo de 1997 (Ponente: Iltmo. Sr. D. Francisco Javier Muñoz Jiménez; *AS* 1997/1007), que indemniza las pérdidas sufridas por el candidato como consecuencia de la liquidación apresurada del negocio de venta al por menor de ropa infantil que venía explotando personalmente. En la doctrina, a favor de este concepto indemnizatorio como lucro cesante indemnizable integrante del interés negativo, *vid.* GARCÍA RUBIO, M.^a P., *La responsabilidad...*, ob. cit., págs. 239-242 y «La responsabilidad...», ob. cit., pág. 1631, VIGURI PEREA, A., «En pro del estudio...», ob. cit., pág. 1.864, LUNA SERRANO, A., «El régimen...», ob. cit., pág. 315 y de nuevo GARCÍA RUBIO, M.^a P. y OTERO CRESPO, M., «La responsabilidad...», ob. cit.; en contra de la indemnización del lucro cesante, por exceder del interés negativo, MANZANARES SECADES, A., «La responsabilidad precontractual...», ob. cit., págs. 747-748 y CUADRADO PÉREZ, C., *Oferta...*, ob. cit., pág. 62, aunque este último sí admite el deber de indemnizar, como interés negativo, la pérdida de oportunidad de celebrar un nuevo contrato incluso aunque su importe sea superior al beneficio esperado de obtener en el contrato cuyos tratos preliminares fueron rotos. Por su parte, FORTINGUERRA, F., «Le conseguenze...», ob. cit., págs. 302-303, frente a la concepción anterior por ejemplo de BENATTI, F., «Culpa...», ob. cit., págs. 304-307, considera que se está ya más ante una indemnización del interés positivo, en todo caso acogida mayoritariamente por la doctrina y jurisprudencia italianas que resume, aunque rechazada en la Sentencia de la Corte de Casación, Sección Civil, de 18 de junio de 2005.

¹³⁶ Acerca del citado deber de información, resumidamente GÓMEZ CALLE, E., «Responsabilidad...», ob. cit., pág. 5.959 y anteriormente más en extenso GARCÍA RUBIO, M.^a P., *La responsabilidad...*, ob. cit., págs. 44-52, así como en la doctrina italiana MERUZZI, G., «La responsabilità...», ob. cit., esp. págs. 959-962. En la práctica, *vid.* la tantas veces citada Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 10 de marzo de 1997 (Ponente: Iltmo. Sr. D. Francisco Javier Muñoz Jiménez; *AS* 1997/1007).

teniendo los tratos preliminares ¹³⁷. El problema, cara a la materialización de este aspecto concreto de la indemnización, con el que se enfrenta el candidato es el de la acreditación y cuantificación de la misma ¹³⁸.

- d) Asunción de otros gastos por parte del candidato, tales como la contratación de cursos adicionales de formación para completar la misma de acuerdo con los requerimientos del puesto de trabajo en cuyo proceso de selección esté participando ¹³⁹. Nuevamente estamos ante otro supuesto en el que la diligente comunicación por parte de la empresa consultora de la finalización del proceso selectivo juega un papel muy importante.
- e) Costes de las medidas anticipatorias adoptadas en consideración a la esperada conclusión del contrato ¹⁴⁰, tales como gastos de mudanza al lugar en que se suponía se iba a trabajar.
- f) Daño moral sufrido por el candidato ¹⁴¹. Por un lado concurre ese daño moral indemnizable en los casos en que el candidato haya sido objeto de un comportamiento discriminatorio –expresamente prohibido por los arts. 4.2 c), 16.2 y 17.1 ET y 9.2 y 14 CE, amén de por el art. 5.1 Convenio 181 OIT, relativo a las agencias de colocación, donde se detallan los ejemplos de discriminación por razones de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional, origen social, edad o discapacidad, y por la normativa comunitaria, constituida por las Directivas 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976, del Consejo, sobre aplicación del principio de igualdad de trato de hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y promoción profesionales y a las condiciones de trabajo, 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, del Consejo, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato a las personas independientemente de su origen racial o étnico y la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, del Consejo, sobre el establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, así como *de lege ferenda* por el Anteproyecto de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación de 2010– ¹⁴² o contrario a cualesquiera de sus derechos fundamentales ¹⁴³, especialmente en

¹³⁷ Con carácter general, *vid.* GARCÍA RUBIO, M.^a P., «Responsabilidad...», *ob. cit.*, pág. 1.113 y *La responsabilidad...*, *ob. cit.*, pág. 55.

¹³⁸ *Vid.* GÓMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M., «Cuestiones...», *ob. cit.*, pág. 22.

¹³⁹ En la doctrina laboralista, a propósito de esta posibilidad, *cfr.* LIMÓN DUQUE, M.A. y ESPÍN SÁEZ, M., «La extinción...», *ob. cit.*

¹⁴⁰ BUCHER, E., «La diversidad...», *ob. cit.*, pág. 28.

¹⁴¹ En la doctrina relativiza su importancia, por su escasa cuantía, RODRÍGUEZ CARDO, I. A., *Poder de dirección...*, *ob. cit.*, pág. 140.

¹⁴² *Vid.* CRUZ VILLALÓN, J., «El nuevo...», *ob. cit.*, pág. 42, ALFONSO MELLADO, C. L., *Indemnizaciones...*, *ob. cit.*, pág. 41, CAVAS MARTÍNEZ, F., «El nuevo...», *ob. cit.*, BURGOS GINER, M.^a A., «Facultades...», *ob. cit.*, págs. 21-22 y 23, MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R., «Dificultades...», *ob. cit.* y PURGALLA BONILLA, M.A. y A. FERNÁNDEZ GARCÍA, «Tratos preliminares...», *ob. cit.*, pág. 381. Incluso, con carácter previo, *vid.* FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A., «Tratamiento...», *ob. cit.*, págs. 9-10 y 12-13, a propósito de las restricciones al conocimiento de los datos personales de los candidatos que no influyan en la valoración de su capacidad personal para el puesto que pretenden ocupar, cuyo apoyo lo fundó en el artículo 14 de la CE y en el entonces artículo 17.1 del ET vigente.

¹⁴³ *Vid.* CRUZ VILLALÓN, J., «El nuevo...», *ob. cit.*, pág. 42, donde echa en falta la exigencia legal expresa del respeto a tales derechos por los que llama gabinetes de selección. Con carácter más general, destaca MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., «El deber...», *ob. cit.*, pág. 164, que durante los tratos preliminares debe cuidarse especialmente la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) y el respeto a los derechos de los demás como fundamento de la paz social, cuestiones que, a mi juicio, tienen especial importancia en los tratos preliminares para la selección de trabajadores.

violación de su derecho a la intimidad¹⁴⁴. Son supuestos en bastantes ocasiones de difícil apreciación, pero de frecuente concurrencia en la práctica¹⁴⁵, pues estamos en un ámbito en el que la empresa tratará de hacer valer su decisión fundándose en el derecho a la libertad de empresa (art. 38 CE), e incluso en la libertad individual (art. 17 CE), así como en la libertad contractual, que también debe ser respetado¹⁴⁶.

De otro lado, también concurrirá ese daño moral en el candidato, cuando este compara sus condiciones con las exigidas en el proceso de selección y se hace a la idea de sus posibilidades ciertas de contratación, pero el proceso se encuentra predeterminado, generando su no selección un sufrimiento o perturbación psíquica en el ámbito de las relaciones precontractuales cuyo final es un contrato de trabajo, que afecta al derecho al trabajo del candidato, situación que, a mi juicio, encaja incluso en las nociones más estrictas del daño moral susceptible de reparación proyectadas sobre la responsabilidad contractual¹⁴⁷. Por supuesto que también se puede encajar esta situación en el padecimiento por parte del candidato de «sufrimiento, tristeza, desazón o inquietud»¹⁴⁸. Es más, entiendo que también debe ser reparable el daño moral consistente en el padecimiento psíquico y, en determinados casos también físico (para el supuesto de que el proceso selectivo incluyese la superación de pruebas físicas; pensemos en el caso de monitores deportivos, agentes de seguridad, etc.), que sufre el candidato durante el propio proceso de selección, al margen, por supuesto, de la responsabilidad derivada de la infracción del deber precontractual de protección, esto es, de no producción de

¹⁴⁴ MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Tratado...*, ob. cit., pág. 499, PURGALLA BONILLA, M.A. y FERNÁNDEZ GARCÍA, A., «Tratos preliminares...», ob. cit., págs. 391-395, CONDE MARÍN, E., *La buena fe...*, ob. cit., págs. 177-178 y RODRÍGUEZ CARDO, I.A., *Poder de dirección...*, ob. cit., págs. 41, 151 y 154, refiriendo además este último el derecho a mentir del candidato para salvaguardar su intimidad en la fase de selección.

¹⁴⁵ Baste pensar en la no contratación de mujeres embarazadas o con cargas familiares, que analiza, entre otros muchos, MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R., «Dificultades...», ob. cit., reconociendo su derecho a ser indemnizadas por el daño ocasionado en la fase precontractual.

¹⁴⁶ Así, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 15 de julio de 2003 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Gregorio Ruiz Ruiz; AS 2003/2900) y en la doctrina MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Tratado práctico de Derecho del trabajo*, volumen II, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pág. 1.149, refiriendo la libertad de empresa tanto en cuanto a la facultad de contratar o no, como de decidir a cuántas y a cuáles personas contratar, y en cuanto a la libertad contractual, GARCÍA CANTERO, G., *Estudios...*, ob. cit., págs. 99-100.

¹⁴⁷ Es, por ejemplo, la tesis de DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, págs. 324-329, cuando concluye que «no hay, en línea de principio daño indemnizable por las perturbaciones psicofísicas que una persona pueda experimentar como consecuencia de incumplimientos contractuales salvo en aquellos casos en que la prestación contractual comprometida por el incumplidor afectara a derechos subjetivos de la personalidad del acreedor». En esa misma línea está justamente la Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2002 (Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz; RJA 2002/9736) y compartiéndola, en la doctrina, RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.ª, «La indemnización por daño moral derivado del incumplimiento contractual (A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2002)», *ADC*, tomo LVI, fascículo II, abril-junio 2003, págs. 829-848, esp. págs. 834-848; en la misma doctrina también ESPIAU ESPIAU, S., «La indemnización del daño moral en los supuestos de incumplimiento contractual», *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, tomo II, *Derecho civil. Derecho de obligaciones*, Civitas, Madrid, 2003, págs. 1.789-1.798, al tiempo que, *loc. ult. cit.*, págs. 1.790-1.792, reconoce la mayor amplitud del daño moral en el ámbito de la responsabilidad extracontractual que, recuerdo, es justamente en el que me muevo en este estudio.

¹⁴⁸ Son los supuestos de sustantivización del daño moral, según se encarga de fijar como doctrina jurisprudencial, la Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2003 (Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil; *Jur.* 2004/10308).

daños al candidato, cuya integridad personal debe ser salvaguardada, que recae sobre la empresa destinataria y/o la selectora durante el proceso de selección ¹⁴⁹.

Y, por último, también debe repararse el daño moral sufrido como consecuencia de la pérdida de imagen y autoestima que puede sufrir el candidato, rechazado en un proceso de selección, cuando su participación en el mismo sea conocido por terceros con los que tenga una especial vinculación (amistad, parentesco o trabajo, por ejemplo) y frente a los que, por causa de su no selección, vea menoscabado su prestigio profesional o intelectual o incluso cuando la empresa de selección pueda lesionar su reputación profesional o laboral al difundir frente a terceros y, en su caso, frente a la empresa destinataria, falsas causas de no selección (lagunas de formación, perfiles técnicos o psicológicos inadecuados, ausencia de experiencia, etc.). Es más, en este caso, puede entenderse incluso cometido un ilícito autónomo por parte de la empresa selectora, consistente en la difamación del candidato, generador de la correspondiente responsabilidad extracontractual o incluso de una responsabilidad por lesión al derecho fundamental al honor y a la propia imagen del mismo ¹⁵⁰.

Queda al margen de lo que hasta ahora he expuesto la posibilidad de que el trabajador intente también el resarcimiento de su interés contractual positivo ¹⁵¹, tratando de percibir los beneficios que habría obtenido del contrato de trabajo en tratos preliminares. Para ello es necesario abandonar ya el ámbito de la responsabilidad precontractual para situarse claramente en el marco de la responsabilidad extracontractual ¹⁵². Y en este último, el problema estará fundamentalmente en cuantificar tal lucro cesante, lo que dificulta, a mi juicio, la susceptibilidad de defender el posible éxito de dicha pretensión.

La reparación de todos esos perjuicios por los señalados conceptos entiendo que queda eliminada en el caso de que la empresa destinataria acepte celebrar el contrato de trabajo cuyos tratos preliminares se vieron injustificadamente rotos. A estos efectos, es de aplicación el artículo 708.2 *in fine* de la LEC, cuando contempla la indemnización de daños y perjuicios como última instancia reparadora ante la no celebración del contrato parcamente determinado, al faltar la determinación de sus elementos esenciales.

En todos estos casos el problema fundamental será de prueba, a cargo del candidato pues no existe presunción de culpa de la empresa selectora ¹⁵³, en una doble vertiente:

¹⁴⁹ Por todos, en síntesis de doctrina, CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «Introducción al estudio de los deberes de protección en el Derecho de obligaciones», *Homenaje a Luis Rojo Ajuria. Escritos jurídicos*, Universidad de Cantabria, Santander, 2002, esp. págs. 175-180.

¹⁵⁰ Con carácter más general, en Italia, cfr. GALLO, P., «Responsabilità... il quantum», ob. cit., pág. 516.

¹⁵¹ Ello resultaría favorecido de triunfar una previsión como la del artículo II.-3:301.3 del *Draft Common Frame of Reference*, donde se contempla la indemnización de *any loss*, expresión lo suficientemente genérica como para impedir la restricción a la indemnización de todo tipo de daños o de un criterio jurisprudencial como el holandés, que en la tercera fase de las negociaciones precontractuales (cuando la otra parte ha llegado a creer razonablemente que el contrato se celebrará) hace responder del interés contractual positivo por la ruptura injustificada e incluso el Tribunal puede obligarle a continuar las negociaciones y, según parte de la doctrina científica holandesa, también a celebrar el contrato *–vid.* al respecto, en nuestra doctrina, GARCÍA RUBIO, M.ª P. y OTERO CRESPO, M., «La responsabilidad...», ob. cit.–.

¹⁵² Con carácter general, *vid.* LUNA SERRANO, A., «El régimen...», ob. cit., pág. 315.

¹⁵³ En el mismo sentido, la doctrina y jurisprudencia italianas, así FORTINGUERRA, F., «Le conseguenze...», ob. cit., pág. 305; también, pero respecto de la prueba de los daños sufridos por *culpa in contrahendo* respecto de la propia empresa que

- a) Para poder acreditar que, efectivamente, existió una conducta negligente por parte de la empresa selectora.
- b) Para poder cuantificar los daños y perjuicios sufridos por el candidato.

Esta dificultad probatoria es la que, a mi juicio, conduce a que sean escasos los supuestos que en la jurisprudencia española hayan resuelto acciones de este tipo ¹⁵⁴. Ello no es obstáculo para que por mi parte anime a los candidatos a protegerse frente a estos procesos de selección viciados, así como a las empresas selectoras de personal a que no se presten a tan tristes conductas.

La citada protección deberá efectuarse a través del ejercicio de la oportuna acción de reparación de daños y perjuicios, que, a mi juicio, es de naturaleza civil y debe ejercitarse ante la jurisdicción civil, ya que se trata de un estadio previo no solo al contrato de trabajo sino incluso también a los estadios previos a la formalización del contrato de trabajo, donde se vienen incluyendo por la doctrina laboralista los supuestos de promesa de trabajo, contrato de promesa de trabajo, promesa de contrato de trabajo, contrato preliminar, pacto preparatorio *de contrahendo* y precontrato de trabajo y respecto de los que se viene atribuyendo su conocimiento a la jurisdicción social, para incluso extender la misma a estos estadios previos del proceso selectivo y superación sin ser contratado por decisión arbitraria de la empresa destinataria ¹⁵⁵. A mi juicio, la jurisdicción debe ser civil porque:

pretendía contratar al trabajador, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de julio de 2005 (Ponente: Iltma. Sra. D.^a Concepción Morales Vázquez; *AS* 2005/1979).

- ¹⁵⁴ La situación no ha variado desde que en las décadas de los setenta y de los noventa del pasado siglo, VALDÉS DAL-RÉ, «Tratos...», ob. cit., pág. 112 y SEMPERE NAVARRO, A.V., «La preparación...», ob. cit., pág. 38, respectivamente, advirtieran tal situación, como posteriormente volvió a reiterar, ya en las proximidades del nuevo siglo, LASAOSA IRIGOYEN, E., «Competencia...», ob. cit., pág. 908.
- ¹⁵⁵ Por todos, *vid.* la doctrina y jurisprudencia sociales, partidarias firmes de atribuir el conocimiento de estos litigios a la jurisdicción social: SEMPERE NAVARRO, A.V., «La preparación...», ob. cit., pág. 41, ALFONSO MELLADO, C.L., *Indemnizaciones...*, ob. cit., págs. 107-108, CARDENAL CARRO, M., «Incumplimiento de precontrato por "deportista aficionado" y jurisdicción competente. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial (Secc. 5.^a) de Alicante de 28 de mayo de 1996», *AC*, 1996, volumen III, consultado en su versión electrónica en www.westlaw.es, LASAOSA IRIGOYEN, E., «Competencia jurisdiccional en las reclamaciones por ausencia de la contratación pactada (Comentario a la STSJ Castilla y León/Valladolid de 19 de septiembre de 1998)», *AS*, volumen IV, 1998, consultado en su versión electrónica www.westlaw.es, con referencia a la ya veterana Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 5 de enero de 1988, ALZAGA RUIZ, I., «Los tratos...», ob. cit., págs. 84-85, ALONSO OLEA, M. y CASAS BAHAMONDE, M.^a E., *Derecho...*, ob. cit., pág. 234, y especialmente LUJÁN ALCARAZ, J., «La responsabilidad civil del empresario frente al trabajador en supuestos atípicos», *AS*, volumen V, 1999, consultado en su versión electrónica www.westlaw.es, con especial atención a las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 2 de mayo de 1984 y de 25 de enero de 1994 y de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de julio de 1994 (Ponente: Iltmo. Sr. D. Antonio Peral Ballesteros; *AS* 1994/3162) –seguida esta última, entre otras, por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 14 de julio de 2000 (Ponente: Iltmo. Sr. D. Francisco Martínez Cimiano; *Jur.* 2000/287086); en el mismo sentido pueden consultarse también las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 10 de marzo de 1997 (Ponente: Iltmo. Sr. D. Francisco Javier Muñoz Jiménez; *AS* 1997/1007), de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 15 de julio de 2003 (Ponente: Iltmo. Sr. D. Gregorio Ruiz Ruiz; *AS* 2003/2900), de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de julio de 2005 (Ponente: Iltma. Sra. D.^a Concepción Morales Vázquez; *AS* 2005/1979) y la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1983 (Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Hernández Gil; *RJA* 1983/3003)–, atinente la primera de ellas a la reparación de los daños sufridos por la conducta dolosa o culpable en infracción de la relación de confianza que causa daños y perjuicios al candidato, y las dos últimas a la reparación de los perjuicios derivados de la no contratación de quien hubiera superado el proceso de selección de personal. Mayores dudas encuentran LIMÓN DUQUE, M.A. y ESPÍN SÁEZ, M., «La extinción...», ob. cit.

- a) No existe aún un contrato de trabajo.
- b) Ni tan siquiera se está en uno de los estadios previos al contrato de trabajo antes citado, en los que incluso existe doctrina jurisprudencial civil que atribuye el conocimiento de los litigios surgidos en tal momento a la jurisdicción civil ¹⁵⁶.
- c) No se va aplicar para la resolución de la controversia ningún precepto del Derecho del trabajo, sino que, como he venido exponiendo a lo largo de este trabajo, los problemas suscitados deben ser resueltos aplicando el Derecho civil ¹⁵⁷. Por ello, dicho sea de paso, considero que es un contrasentido decir que el ejercicio de las acciones contra el empresario empleador están sujetas al plazo de prescripción anual del artículo 59 del ET, ya que la acción ejercitada es de naturaleza civil y extracontractual y por ello hay que estar a la aplicación del plazo de prescripción anual pero del artículo 1.968.2 del CC ¹⁵⁸.
- d) Es más que forzado entender que estos litigios son subsumibles en el artículo 2.1 del Texto refundido de la Ley del Procedimiento Laboral por entender que se trata de cuestiones promovidas entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo, máxime si se tiene en cuenta que aquí estoy planteando el ejercicio de una acción de reparación de daños y perjuicios ejercitada contra la empresa consultora, con la que el candidato nunca va a concertar un contrato de trabajo ¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Es clásica, en este sentido, la Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1994 (Ponente: Excmo. Sr. D. Teófilo Ortega Torres; *RJA* 1994/1316), a propósito de las controversias surgidas por el incumplimiento por parte de un futbolista de un compromiso previo o precontrato de trabajo. En el mismo sentido, posteriormente, la Sentencia de la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Alicante de 28 de mayo de 1996 (Ponente: Ilmo. Sra. D.ª Visitación Pérez Serra; *AC* 1996/1419), confirmada por la de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2001 (Ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón Vázquez Sandes; *RJA* 2001/9917); en la jurisdicción social, *vid.* en igual sentido la Sentencia de la Sección 1.ª del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 de diciembre de 2003 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan José Navarro Fajardo; *AS* 2003/1709). A favor también de la jurisdicción civil en lo que sea estrictamente *culpa in contrahendo* respecto de un tratos preliminares para la concertación de un contrato de trabajo, en la doctrina científica ASÚA GONZÁLEZ, C.I., «Comentario...», *ob. cit.*, pág. 526, al tiempo que critica la Sentencia que comenta porque en el caso resuelto por la misma es cierto que el contrato de trabajo ya existía y la reparación de los perjuicios se conectó a una inexistencia de cambio de destino que se había negociado entre trabajador y empresa.

¹⁵⁷ Reconocen dicha aplicación del Derecho civil, RIERA VAYREDA, C. y THIBAUT ARANDA, J., «Tratos...», *ob. cit.*, pág. 2.206.

¹⁵⁸ Contra lo que sostiene ALZAGA RUIZ, I., «Los tratos...», *ob. cit.*, pág. 87 –más recientemente, también PURGALLA BONILLA, M.A. y FERNÁNDEZ GARCÍA, A., «Tratos preliminares...», *ob. cit.*, pág. 409–, y la doctrina jurisprudencial que allí cita, acudiendo a una interpretación extensiva del artículo 59 del ET, cuando se refiere a las «acciones derivadas del contrato de trabajo», innecesaria y contradictoria con la propia posición asumida sin contestación por la doctrina laboralista de que la responsabilidad en materia de tratos preliminares debe resolverse acudiendo al Derecho civil. En todo caso, *cfr.* a favor de la prescripción quinquenal de la responsabilidad precontractual, entre otras, la Sentencia de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 24 de marzo de 2009 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Ramón Recio Córdova; *Jur.* 2009/384466).

¹⁵⁹ A mi juicio, puede efectuarse una lectura *sensu contrario*, de la remisión que a la jurisdicción social ha realizado la Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2009 (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta; *RJA* 2009/3031) –confirmando la Sentencia de la Sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 2 de abril de 2004 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Delgado Rodríguez; *AC* 2004/1168)–, cuando a propósito de la demanda formulada contra «Altadis» por quien había participado en un proceso de selección que seguía la misma citada empresa, razonó que «El artículo 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye al orden jurisdiccional social el conocimiento de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho, tanto en conflictos individuales como colectivos, así como las reclamaciones en materia de Seguridad Social o contra el Estado cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral. Para integrar, por tanto, cuáles son las materias que deben ser sometidas a la jurisdicción social, ha de acudirse al artículo 2 de la Ley de Procedimiento Laboral, que establece que serán del conocimiento de los tribunales

Queda a salvo de todo lo que hasta ahora he expuesto la posibilidad de que expresamente se pacte entre la empresa empleadora o la empresa selectora y los candidatos la asunción por cualquiera de las dos primeras de una indemnización a los candidatos por su participación en el proceso de selección o, en su caso, el abono de los gastos que tal participación les pudiese acarrear. En este caso, la asunción de tales obligaciones de pago deriva directamente del acuerdo entre las partes ¹⁶⁰.

Por otra parte, debe dejarse constancia de que el candidato también tiene el deber de participar en el proceso de selección de buena fe, de modo que habrá de indemnizar a la empresa selectora y, en su caso, a la empresa destinataria, cuando habiendo concluido el proceso selectivo con su selección se niegue injustificadamente a la firma del contrato de trabajo ¹⁶¹.

Y ya por último, cabe también la posibilidad de que el trabajador que participa en el proceso de selección reclame también la responsabilidad del tercero que haya sido finalmente contratado, siempre que dicho tercero tenga conocimiento de la negociación paralela con el perjudicado y haya actuado con intención de dañarle o haya realizado maniobras fraudulentas de consuno con la empre-

del orden social, entre otras, "las cuestiones litigiosas que se promuevan: a. Entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo", según la redacción vigente en el momento de interposición de la demanda. Por tanto, visto el régimen legal aplicable, sería competente para conocer del asunto la jurisdicción civil si la relación jurídica objeto del litigio no fuese propia de "la rama social del Derecho" y, en concreto, no estuviésemos ante un contrato de trabajo o figura asimilable, pues, de lo contrario, la falta de jurisdicción del orden civil vendría determinada por la atribución legal que se hace a la social en el artículo 2 de la Ley de Procedimiento Laboral en relación con el artículo 9, apartados 1, 2 y 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Llegados a este punto, es necesario destacar que el demandante, ahora recurrente, se esforzó en argumentar en su demanda que la oferta de trabajo que le efectuó la demandada no era parte de unos simples pactos preliminares, sino un precontrato de trabajo, llegando a afirmar que incluso podría distinguirse entre la figura del "precontrato" y la figura del "contrato definitivo" y considerarse que con la aceptación efectuada por él estaríamos ya ante un auténtico contrato de trabajo. Pero ahora, tras haberse acogido la excepción de falta de jurisdicción en ambas instancias, la parte recurrente cambia su discurso, para considerar que los pactos adoptados eran tratos preliminares que no gozaban de la misma naturaleza que el contrato de trabajo, por lo que la jurisdicción competente para el conocimiento de las reclamaciones basadas en ellos era la civil.

Pero, sea cual fuere la naturaleza del pacto celebrado entre las partes, no puede negarse su contenido social. Tanto si estamos ante un precontrato, también llamado contrato preliminar o preparatorio, o "*pactum de contrahendo*", por el cual las partes se obligan a celebrar posteriormente un nuevo contrato (el llamado contrato definitivo) que, de momento, no quieren o no pueden celebrar –Sentencias de 8 de mayo y de 16 de diciembre de 2008–, como si nos hallamos ante unos pactos preliminares, por los que las partes únicamente están negociando las condiciones de un contrato futuro, los elementos personales y reales de dicho pacto se hallan regulados por la legislación laboral. Y ello aún con mayor razón si se llegase a considerar la oferta y posterior aceptación como un contrato perfeccionado, puesto que nos hallaríamos sin duda ante un contrato de trabajo. Lo que es innegable es que, en este pleito, la acción es ejercitada por quien en dicha relación comercial estaba en la posición de empleado o persona susceptible de ser empleada, frente a un empleador o posible empleador, en reclamación de una cantidad a establecer en ejecución de sentencia cuya determinación del importe se hallaría ligada a la expectativa del salario o remuneración que se le había ofrecido a cambio de la prestación de sus servicios profesionales. De ahí que deba aplicarse el artículo 2 a) de la Ley de Procedimiento Laboral, por el que se establece que deben someterse a la jurisdicción social las cuestiones que se debatan entre los trabajadores y empresarios con ocasión del contrato de trabajo, pues por "cuestiones relativas al contrato de trabajo" no se entienden únicamente las que se refieran al cumplimiento del ya perfeccionado, sino a todas las cuestiones relacionadas directamente con dicha modalidad contractual».

¹⁶⁰ Como resalta SEMPERE NAVARRO, A.V., «La preparación...», ob. cit., pág. 39, a quien literalmente siguen LASAOSA RIGROYEN E., «Competencia...», ob. cit., pág. 908 y ALZAGA RUIZ, I., «Los tratos...», ob. cit., pág. 69.

¹⁶¹ Así, PURGALLA BONILLA, M.A. y FERNÁNDEZ GARCÍA, A., «Tratos preliminares...», ob. cit., pág. 404.

sa contratante y/o con la empresa selectora ¹⁶². En tal caso la responsabilidad de dicho tercero, tratante desleal, será extracontractual (art. 1.902 CC) y lo más normal es que solidaria con el empresario contratante, por aplicación del mismo criterio de solidaridad de responsables que mantiene la jurisprudencia española en supuestos en que no es posible discernir el grado de participación en los daños de cada uno de los causantes ¹⁶³.

Abreviaturas

AC	Aranzadi Civil.
ADC	Anuario de Derecho Civil.
AL	Actualidad Laboral.
AS	Aranzadi Social.
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil.
CE	Constitución Española.
CI	Contratto e Impresa.
DL	Documentación Laboral.
Jur.	Base de datos de jurisprudencia westlaw.
PALMCC	Propuesta de Anteproyecto de Ley de modificación del Código de comercio.
PALMDOC	Propuesta de Anteproyecto de Ley de modernización del derecho de obligaciones y contratos.
RAE	Revista Asturiana de Economía.
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.
RDCE	Revista de Derecho Comunitario Europeo.
RDP	Revista de Derecho Privado.
RdP	Revista de Derecho Patrimonial.
REDT	Revista Española de Derecho del Trabajo.
RJCV	Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana.
RRL	Relaciones Laborales.
RPS	Revista de Política Social.
RTDCom.	Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique.
TS	Tribuna Social.

¹⁶² GARCÍA RUBIO, M.^a P. y OTERO CRESPO, M., «La responsabilidad...», ob. cit., al referir la doctrina francesa que critica la Sentencia de la *Cour de Cassation* de 26 de noviembre de 2003, en la que se denegó tal responsabilidad de un tercero.

¹⁶³ GARCÍA RUBIO, M.^a P. y OTERO CRESPO, M., «La responsabilidad...», ob. cit.

Bibliografía

- AGUILERA IZQUIERDO, R., «El ingreso en la empresa: técnicas de selección y límites impuestos por la negociación colectiva», *AS*, núm. 1/2003, consultado en su versión electrónica www.westlaw.es
- ALARCÓN CASTELLANOS, M.^a del M., *La intermediación laboral como un instrumento eficaz en tiempos de crisis: servicios públicos de empleo y entidades afines*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
- ALBIEZ DOHRMANN, K.J., «Un nuevo Derecho de obligaciones. La reforma 2002 del BGB», *ADC*, tomo LV, fascículo III, julio-septiembre 2002.
- ALFONSO MELLADO, C.L., *Indemnizaciones entre empresarios y trabajadores antes y durante el desarrollo de la relación laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- ALONSO OLEA, M. y CASAS BAHAMONDE, M.^a E., *Derecho del trabajo*, 21.^a edición, Civitas, Madrid, 2003.
- ALONSO PÉREZ, M., «La responsabilidad precontractual», *RCDI*, núm. 485, julio-agosto 1971.
- ALZAGA RUIZ, I., «Los tratos preliminares y el precontrato de trabajo: un estudio sobre su concepto, las consecuencias derivadas de su incumplimiento y la jurisdicción competente para conocer de los litigios nacidos de las actividades preparatorias del contrato de trabajo», *DL*, núm. 65, 2001.
- ARROYO Y AMAYUELAS, E., «Formación y perfección del contrato», *Derecho Privado Europeo*, CÁMARA LAPUENTE, S. (coordinador), Colex, Madrid, 2003.
- ASÚA GONZÁLEZ, C.I., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1988», *CCJC*, núm. 17, abril-agosto 1988.
- ASÚA GONZÁLEZ, C.I. y HUALDE SÁNCHEZ, J.J., «Codificación de la culpa in contrahendo en el Derecho alemán», *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, tomo II, *Derecho Civil. Derecho de obligaciones*, Civitas, Madrid, 2003.
- AZNAR GINER, E., «Estudio de los llamados tratos preliminares en la formación del contrato», *RJCV*, núm. 20, 20006, www.tirantonline.com
- *Las negociaciones o tratos preliminares al contrato. Doctrina y jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- BALDASSARI, A., *Il danno patrimoniale*, Cedam, Padova, 2001.
- BANAKAS, S., «Liability for contractual negotiations in English Law: looking for the litmus test», www.indret.com
- BENATTI, F., «Culpa in contrahendo», *CI*, 1987.
- BONILLA, M.A. y FERNÁNDEZ GARCÍA, A., «Tratos preliminares y precontrato de trabajo: estado de la cuestión», *REDT*, núm. 142, abril-junio 2009.
- BUCHER, E., «La diversidad de significados de *Schuldverhältnis* (relación obligatoria) en el Código civil alemán y las tradicionales fuentes extralegales de las obligaciones», núm. 383, octubre de 2006, Barcelona, www.indret.com

- BURGOS GINER, M.^a A., «Facultades empresariales de control en la fase de acceso al empleo y la formalización del contrato de trabajo», *TS*, núm. 59, marzo 2004.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «El ámbito de la responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo*», *RCDI*, núm. 628, 1995.
- «Introducción al estudio de los deberes de protección en el Derecho de obligaciones», *Homenaje a Luis Rojo Ajuria. Escritos jurídicos*, Universidad de Cantabria, Santander, 2002.
- CAMPS RUIZ, L.M., *La reforma del mercado de trabajo: el nuevo régimen jurídico de la colocación, de los contratos de aprendizaje, de trabajo en prácticas, a tiempo parcial y de relevo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- CARDENAL CARRO, M., «Incumplimiento de precontrato por "deportista aficionado" y jurisdicción competente. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial (Sección 5.^a) de Alicante de 28 de mayo de 1996», *AC*, 1996, volumen III, consultado en su versión electrónica en www.westlaw.es
- CARRASCO PERERA, A., «Cartas de intenciones, precontratos, responsabilidad *in contrahendo* y obligatoriedad de los tratos en la jurisprudencia española», *AC*, núm. 21, abril 2006, consultado en su versión electrónica en www.westlaw.es
- CAVANILLAS MÚGICA, S., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1999», *CCJC*, núm. 51, septiembre-diciembre 1999.
- CAVAS MARTÍNEZ, F., «El Convenio núm. 181 de la OIT sobre las agencias de empleo privadas y su incidencia en el sistema español de colocación», *AS*, núm. 7/2000, en su versión electrónica en www.westlaw.es
- «El nuevo Derecho del empleo. A propósito de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de empleo», *AS*, núm. 19/2003, consultado en su versión electrónica en www.westlaw.es
- «El "nuevo" Derecho del trabajo», *AS*, núm. 5, julio 2004, consultado en su versión electrónica en www.westlaw.es
- CONDE MARÍN, E., *La buena fe en el contrato de trabajo. Un estudio de la buena fe como elemento de integración del contrato de trabajo*, La Ley, Madrid, 2007.
- CRESPO MORA, M.^a del C., *La responsabilidad del abogado en el Derecho civil*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005.
- CRUZ VILLALÓN, J., «El nuevo régimen de la colocación de trabajadores», *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 32.
- CUADRADO PÉREZ, C., *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2002.
- DELEBECQUE, Ph. y MAZEAUD, D., «Formation du contrat», *Avant-projet de reforma du droit des obligations (articles 1.101 à 1.386 du Code civil) et du droit de la prescription (articles 2.234 à 2.281 du Code civil)*.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «Lealtad en el periodo precontractual (La conducta de las partes en las negociaciones preliminares, según proyectos de Derecho contractual europeo y conforme a otros trabajos prelegislativos)», *ADC*, abril-junio 2010.
- DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, J.L., «Responsabilidad en los "tratos preparatorios" del contrato», *Estudios de responsabilidad civil en homenaje a Roberto López Cabana*, Dykinson, Madrid, 2001; también en *Estudios sobre Derecho de contratos, integración europea y codificación*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2005.

- DE MAURO, A., «Violazione del dovere precontrattuale di buona fede nelle ipotesi di mancata conclusione del contratto», *La responsabilità contrattuale*, Cedam, Padova, 2002.
- DEL REY, S., «Marco legal de las agencias privadas de empleo», diario *Expansión*, 13 de marzo de 2007, pág. 6.
- DEL REY GUANTER, S. y LÁZARO SÁNCHEZ, J.L., «Nuevas tendencias de la intermediación en el mercado de trabajo», *Inserción laboral*, GALÁN GARCÍA, A. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C. (editores), Universidad de Huelva, Huelva, 1999.
- DESHAYES, O., «Le dommage précontractuel», *RTDCom.*, abril-junio 2004, núm. 2.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, volumen primero, *Introducción. Teoría del contrato*, cuarta edición, Civitas, Madrid, 1993.
- *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999.
- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, volumen I, *Introducción. Teoría del contrato*, 6.^a edición, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., ROCA TRÍAS, E. y MORALES MORENO, A.M., *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «El ejercicio ante los Tribunales de las acciones de responsabilidad civil contractual y extracontractual: análisis de fronteras», Madrid, 2011.
- DURÁN RIVACOBA, R., «Apunte sobre la propuesta de reforma del Derecho de obligaciones y contratos», *Homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2010.
- ESPIAU ESPIAU, S., «La indemnización del daño moral en los supuestos de incumplimiento contractual», *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, tomo II, *Derecho civil. Derecho de obligaciones*, Civitas, Madrid, 2003.
- FERNÁNDEZ ARÉVALO, A., «Indemnización por ruptura injustificada de tratos preliminares "ex" artículo (sic.) 1.902 CC (Comentario a la STS 14 junio 1999)», *RdP*, núm. 4/2000.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., *Tratado práctico de Derecho del trabajo y Seguridad Social*, MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J. (dirección y coordinación), Aranzadi, Pamplona, 2002.
- FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A., «Tratamiento automatizado de datos personales en los procesos de selección de trabajadores», *RRLL*, núm. 11, 1994.
- FORTINGUERRA, F., «Le conseguenze della violazione del dovere precontrattuale di buona fede», *La responsabilità contrattuale*, Cedam, Padova, 2002.
- GALLO, P., «Responsabilità precontrattuale: la fattispecie», *Rivista di Diritto Civile*, marzo-abril 2004.
- «Responsabilità precontrattuale: il quantum», *Rivista di Diritto Civile*, mayo-junio 2004.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., «La unificación del derecho conflictual en Europa: el Reglamento sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales ("Roma II")», *La Ley*, núm. 6811, 31 de octubre de 2007.
- GARCÍA CANTERO, G., «La traducción española de la parte general del Código Europeo de Contratos», www.unizar.es/derecho/nulidad/textos%20legales/TR-PAVIA.DOC
- *Estudios sobre el Proyecto de Código europeo de contratos de la Academia de Pavia*, Reus, Madrid, 2010.

- GARCÍA-PITA LASTRES, J.L., *Derecho mercantil de obligaciones. Parte general*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003.
- GARCÍA MURCIA, J., «Agencias de colocación y empresas de trabajo temporal (A propósito de las reformas legales de 1994)», *RAE*, núm. 2, 1995.
- «La Ley de contrato de trabajo en Alemania», *REDT*, 1994, mayo-junio.
- GARCÍA RUBIO, M.^a P., «Responsabilidad por ruptura injustificada de negociaciones [A propósito de la STS (Sala 1.^a) de 16 de mayo de 1988]», *La Ley*, 1989-4.
- *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991.
- «La ejecución forzosa de la obligación derivada del precontrato en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Algunas cuestiones», *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, tomo II, *Derecho civil. Derecho de obligaciones*, Civitas, Madrid, 2003.
- «La responsabilidad precontractual en la propuesta de modificación del derecho de obligaciones y contratos», *ADC*, tomo LXIII, octubre-diciembre 2010 –también accesible en *BMJ*, núm. 2130, abril 2011, www.mjusticia.es–.
- GARCÍA RUBIO, M.^a P. y OTERO CRESPO, M., «La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo», www.indret.com, abril 2010.
- GARMENDIA ARIGÓN, M., *Derecho del trabajo y formación*, www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/conterfor/publ/gar_dtra/pdf/ccp_ii.pdf
- GÓMEZ CALLE, E., «Responsabilidad precontractual», *Enciclopedia jurídica básica*, Civitas, Madrid, 1995.
- GÓMEZ POMAR, F., «El incumplimiento contractual en el Derecho español», www.indret.com, julio de 2007, Barcelona.
- GÓMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M., «Cuestiones de formación del contrato en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de contratos de distribución», www.indret.com, enero 2010.
- INFANTE RUIZ, F.J., «Apuntes sobre la reforma alemana del Derecho de obligaciones: la necesitada modernización del Derecho de obligaciones y la gran solución», *RdP*, núm. 8, 2002-1.
- JIMÉNEZ, J.I., «Especialización multidisciplinar en bufetes», diario *Expansión*, suplemento *Jurídico*, 23 de marzo de 2004.
- LAMARCA I MARQUÉS, A., «Entra en vigor la Ley de modernización del Derecho alemán de obligaciones», www.indret.com, enero 2002, *working paper*, núm. 78.
- LASAOSA IRIGOYEN, E., «Competencia jurisdiccional en las reclamaciones por ausencia de la contratación pactada (Comentario a la STSJ Castilla y León/Valladolid de 19 de septiembre de 1998)», *AS*, volumen IV, 1998, consultado en su versión electrónica www.westlaw.es
- «Competencia jurisdiccional en las cuestiones litigiosas derivadas de los estadios previos a la contratación laboral», *REDT*, núm. 98, noviembre-diciembre 1999.
- LIMÓN DUQUE, M. A. y ESPÍN SÁEZ, M., «La extinción del contrato de trabajo previa al inicio de la prestación efectiva de trabajo, ¿constituye despido?», *AS*, núm. 12/2003, consultado en su versión electrónica en www.westlaw.es

- LUJÁN ALCARAZ, J., «La responsabilidad civil del empresario frente al trabajador en supuestos atípicos», *AS*, volumen V, 1999, consultado en su versión electrónica www.westlaw.es
- LUNA SERRANO, A., «El régimen de los tratos preliminares en el Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos», *Estudios de Deusto. Homenaje al Profesor Don Pablo Lucas Verdú*, volumen 51/1, enero-junio 2003.
- LLODRA GRIMALT, F., «"Letter of intent". Carta de intenciones. Precontrato», *RdP*, núm. 8, 2002-2.
- MANZANARES SECADES, A., «La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares», *ADC*, tomo XXXVII, fascículo III, julio-septiembre 1984.
- «La naturaleza de la responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo*», *ADC*, tomo XXXVIII, fascículo IV, octubre-diciembre 1985.
- MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Tratado práctico de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social*, 2.ª edición, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005.
- *Tratado práctico de Derecho del trabajo*, volumen II, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del trabajo*, 17.ª edición, Tecnos, Madrid, 2008.
- MARTÍNEZ SELVA, J. M.ª, «Publicidad de abogados. La publicidad en el conjunto de actividades de marketing», *La Ley*, núm. 6.965, 11 de junio de 2008, consultado en www.laley.es
- MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., «El deber de información precontractual», *Código europeo de contratos. Academia de iusprivatistas europeos (Pavía)*, tomo I, *Comentarios en homenaje al Profesor José Luis de los Mozos y de los Mozos*, dirigidos por VATTIER, C., DE LA CUESTA, J.M.ª y CABALLERO, J.M.ª, Dykinson y Universidad de Burgos, Madrid, 2003.
- MEDINA ALCOZ, M.ª, «La ruptura injustificada de los tratos preliminares. Notas acerca de la naturaleza de la responsabilidad precontractual», *RDP*, mayo-junio 2005.
- MERUZZI, G., «La responsabilità precontrattuale tra regola di validità e regola di condotta», *CI*, núm. 4-5, julio-septiembre 2006.
- MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R., «Dificultades en el acceso al empleo de la mujer embarazada», *AS*, núm. 6/2004, consultado en su versión electrónica en www.westlaw.es
- MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.ª N., «Las Empresas de Trabajo Temporal en el marco de las nuevas formas de organización empresarial», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 48, 2004.
- MONTOYA MELGAR, A., *La buena fe en el Derecho del trabajo*, Tecnos, Madrid, 2001.
- *Derecho del trabajo*, trigésima edición, Tecnos, Madrid, 2009.
- MONTOYA MELGAR, A. y CRISTÓBAL RONCERO, R., *Comentario a la Ley de empleo (Ley 26/2003, de 16 de diciembre)*, Civitas, Madrid, 2004.
- MORILLO GONZALEZ, F., «El contrato de arrendamiento de servicios: su distinción de otras figuras afines en la doctrina reciente de nuestros tribunales», *AC*, 1999, en su versión electrónica en www.westlaw.es
- PELLECCHIA, E., «La correttezza precontrattuale fra tradizione e innovazione», *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli*, vol. I., Giuffrè, Milán, 2009.

- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., «La reforma laboral: *parturient montes*», *La Ley*, núm. 7.441, 8 de julio de 2010.
- «La reforma laboral: un nuevo marco legal para las empresas de trabajo temporal», *AL*, núm. 16, 16 a 30 de septiembre de 2010, www.laley.es
- PÉREZ DOMÍNGUEZ, F., «Servicios privados de empleo: razones para una reforma», *DL*, núm. 79, 2007, vol. 1.
- PROCCHI, F., *Della culpa in contrahendo ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti perfezione*, Jovene Editore, Nápoles, 2005.
- REGLERO CAMPOS, L.F., *Responsabilidad por ruptura injustificada de negociaciones precontractuales. Culpa in contrahendo e injerencia de terceros (tortius interference)*.
- RIERA VAYREDA, C. y THIBAUT ARANDA, J., «Tratos preliminares, precontrato e incumplimiento ab initio del contrato de trabajo», *La Ley*, 1997-1.
- RODRÍGUEZ CARDO, I.A., *Poder de dirección empresarial y esfera personal del trabajador*, Consejo Económico y Social del Principado de Asturias, Oviedo, 2009.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M.^a, «La indemnización por daño moral derivado del incumplimiento contractual (A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2002)», *ADC*, tomo LVI, fascículo II, abril-junio 2003.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., «La reforma del mercado de trabajo y el Real Decreto-Ley 10/2010», *La Ley*, núm. 7.441, 8 de julio de 2010.
- «El nuevo régimen de las agencias privadas de colocación», *RRL*, febrero 2011.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C., *Lecciones de Derecho del empleo*, Tecnos, Madrid, 2003.
- RUIZ JIMÉNEZ, J., «La ruptura de los tratos preliminares puede ocasionar responsabilidad si alguna de las partes ha actuado de mala fe», *RCDI*, núm. 709, septiembre-octubre 2008.
- SALA FRANCO, T., *La reforma del mercado de trabajo*, Ciss, Valencia, 1994.
- SAN MARTÍN MAZZUCONI, C., *Comentarios a las normas sobre empresas de trabajo temporal*, SEMPERE NAVARRO, A.V. (director), Civitas, Madrid, 2004.
- SARAGOSSÁ I SARAGOSSÁ, *Derecho del empleo*, 2.^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., «La preparación del contrato de trabajo», *DL*, núm. 34, 1991.
- SEMPERE NAVARRO, A.V. y LUJÁN ALCARAZ, J., «Estadios previos al contrato de trabajo (Comentario a la STSJ Cataluña 11 enero 1996)», *AS*, tomo I, 1996, consultado en su versión electrónica www.westlaw.es
- SEMPERE NAVARRO, A.V. y LASAOSA IRIGOYEN, E., «Los confines jurídicos de las ETTs (a propósito de un reciente libro)», *AS*, núm. 17, febrero 2005, consultado en su versión electrónica en www.westlaw.es
- SOBRINO GONZÁLEZ, G.M.^a, *La política de colocación*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2006.
- TABLADO RAMÓN, P., «Las agencias privadas de empleo: de la prohibición al reconocimiento», *La Ley*, núm. 7.582, 4 de marzo de 2011, págs. 1-4.
- TURCO, C., «L'interesse negativo nella culpa in contrahendo (verità e distorsioni della teoria di Jhering nel sistema tedesco e italiano)», *Rivista di Diritto Civile*, marzo-abril 2007.

- URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y VERGEZ, M., en URÍA-MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, 2001, tomo II.
- VALDÉS DAL-RÉ, F., «Tratos preliminares y condiciones del contrato de trabajo», *RPS*, núm. 111, julio-septiembre 1976.
- «Intermediación laboral: apuntes críticos de una reforma socialmente invisible y normativamente provisional», *RRL* núm. 19/2006.
- VALÉS DUQUE, P., «La responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo*», *Libro-homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*, tomo I, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2006.
- VICENT CHULIÀ, F., «Reforma del régimen de la fusión y otras modificaciones estructurales (ante la Directiva 22005/56/CE sobre fusión transfronteriza y el Anteproyecto de Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles de 14 de junio de 2007)», *RdP*, núm. 20, 2008-1.
- VIGURI PEREA, A., «En pro del estudio de un desconocido: los tratos preliminares», *Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada*, volumen III, Universidad de Almería. Servicio de Publicaciones, Almería, 2000.
- «Análisis de Derecho comparado sobre la *culpa in contrahendo*», *Bases de un Derecho contractual europeo. Bases of a European Contract Law*, ESPIAU ESPIAU, S. y VAQUER ALOY, A. (editores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- VINAIXA MIQUEL, M., «La calificación de la responsabilidad precontractual en el marco del Convenio de Bruselas de 1968 (STJCE de 17 de septiembre de 2002, As. C-334/00, Fonderie Officine Meccaniche Tacconi spa c. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH)», *RDCE*, núm. 13, septiembre-diciembre 2002.
- VV.AA., *Code Europeen des Contrats*, Giuffrè Editore, Milán, 2004.
- YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001.