

## EL PRECONTRATO DE TRABAJO: ALGUNOS PUNTOS CRÍTICOS

**LOURDES MELLA MÉNDEZ**

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de Santiago de Compostela*

Este trabajo ha obtenido el **Accésit Premio Estudios Financieros 2008** en la modalidad de **DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Luis Enrique DE LA VILLA GIL, doña Teresa DÍEZ MERIEL, don Ignacio GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, don Eugenio LANZADERA ARENCIBIA, doña Lourdes LÓPEZ CUMBRE y doña Rosa María VIROLÉS PIÑOL.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de la autora.

### **Extracto:**

**EL** objetivo de este estudio es el análisis de la importante figura del precontrato de trabajo, que genera un gran abanico de problemas en la práctica cotidiana, tal y como ponen de relieve múltiples sentencias. Así, tras abordar su configuración jurídica (concepto y requisitos), se procede a su distinción de figuras similares, como los tratos preliminares o el contrato de ejecución futura. También se repasa en sus efectos obligacionales y en las consecuencias de su incumplimiento y, en fin, en la competencia del orden jurisdiccional social para conocer y resolver las distintas cuestiones litigiosas.

**Palabras clave:** precontrato, contrato de trabajo, oferta de contrato y tratos preliminares.

# Sumario

- I. Introducción.
- II. Concepto.
- III. Requisitos.
  - 1. Oferta de trabajo.
  - 2. Aceptación de la oferta.
- IV. Distinción de figuras afines.
  - 1. Precontrato y meros tratos preliminares.
  - 2. Precontrato y contrato de trabajo *in facto esse* o en ejecución.
  - 3. Precontrato y contrato de trabajo *in fieri* o de ejecución futura.
- V. Competencia de la jurisdicción laboral.
  - 1. Relación con la jurisdicción civil.
  - 2. Relación con la jurisdicción contencioso-administrativa.
  - 3. Criterio determinante: la naturaleza del futuro contrato.
- VI. Efectos.
  - 1. Obligaciones recíprocas.
  - 2. Incumplimiento de las obligaciones recíprocas.
- VII. Acciones que no caben.
  - A) En general.
  - B) En especial, sobre la acción de despido.

## I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, el principal objetivo del Derecho del Trabajo es el de regular el régimen jurídico del contrato de trabajo en vigor, caracterizado por el intercambio de las prestaciones de ambas partes: la laboral y la salarial. De ahí que el protagonismo absoluto de la atención de la doctrina científica *iustlaboralista* lo acapare el desarrollo de la relación laboral y su extinción.

Ello choca con el relativo escaso interés que la mencionada doctrina ha venido mostrando respecto de los complejos problemas jurídicos que se presentan bien en el estadio previo al nacimiento del contrato de trabajo, bien entre este y el inicio efectivo de la prestación laboral, pues puede que ambas cosas no coincidan. Dicho desinterés quizás pueda relacionarse con la falsa creencia de que mientras que no hay trabajo efectivo no hay verdadero contrato y, por lo tanto, se está en una etapa previa sin demasiado valor jurídico. Desde luego, de ser esa la explicación, dicha posición resultaría criticable por ignorar la conocida tesis de que el contrato nace cuando concurre el mutuo consentimiento de las partes sobre el objeto de aquel, con independencia de que las recíprocas prestaciones de las partes se pospongan en el tiempo.

Sea como fuere, el comentado general desinterés doctrinal no deja de ser sorprendente si se repara en la extraordinaria importancia que esa fase previa –que transcurre entre las primeras conversaciones de las partes y el comienzo efectivo de la actividad laboral– tiene, dado que múltiples son los problemas y situaciones que ahí pueden presentarse, tal y como queda acreditado en la abrumadora cantidad de pleitos que llegan a los Tribunales laborales.

En consecuencia, cabe reivindicar la necesaria atención para este estadio previo o inicial, pues tan importante como la estancia y salida del trabajador de la empresa es la entrada e, incluso, puede que más. En efecto, si hay una fase en la que el contrato requiere de una mayor atención y cuidado es –al igual que en el caso del ser humano– la de la gestación, en orden a conseguir que el *nasciturus* pueda llegar a madurar y nacer a la vida.

Desde este punto de vista, conviene analizar con detalle los distintos tipos de tratos y acuerdos a los que las partes pueden llegar antes del comienzo real de la prestación de servicios, pues no todos

tienen los mismos efectos jurídicos. Así, el precontrato debe distinguirse de los meros tratos preliminares, el contrato de trabajo de ejecución futura y otras situaciones similares.

La figura del precontrato de trabajo «goza de una enorme variedad, porque constituyéndose en el *iter negocial* depende tanto de la naturaleza del negocio jurídico o contrato a que se ordena como de los diversos modos en que las partes encaucen y lleven a efecto la contratación». En general, en la rama social del Derecho, la relación jurídica precontractual o prenegocial, dirigida a un *contrahere* futuro, se estima equivalente a un precontrato, «que participa de su naturaleza laboral y tiene causa propia»<sup>1</sup>. Este precontrato tiene su origen en el *pactum contrahendo* del Derecho romano, entendido como una convención por la cual dos o más personas se comprometían a hacer efectiva *ad futurum* la conclusión de un determinado contrato que, por el momento, no se quería o no se podía celebrar como definitivo<sup>2</sup>.

Aunque esta figura jurídica no tiene reconocimiento en la legislación laboral, dicho silencio legislativo debe ser suplido, según el artículo 4.3 C.c., por lo previsto en las disposiciones de este. Así, su artículo 1.255 y concordantes admiten una amplia libertad contractual que permite que las partes se comprometan a un ulterior otorgamiento del contrato, mediante la aceptación de una oferta en tal sentido<sup>3</sup>. Aparte de su fundamento legislativo en el derecho civil, en el ámbito social la figura analizada también es admitida amplia y pacíficamente por la jurisprudencia desde hace tiempo. En este sentido, ya es posible encontrar sentencias del Tribunal Supremo de los años cincuenta<sup>4</sup> que resuelven sobre pretensiones relacionadas con el precontrato. Con todo, cabe reparar en que la práctica jurisprudencial presenta algunas peculiaridades propias del ordenamiento laboral que conviene destacar. En este sentido, resulta necesario adecuar la doctrina de los actos previos a la formación del contrato del derecho común a una rama del ordenamiento jurídico pensada más para regular la relación laboral en sí (la prestación de servicios de tracto sucesivo y personalísima) que la formación y nacimiento del contrato de trabajo<sup>5</sup>.

Como deriva de lo recién expuesto, el *fundamento* de este especial contrato se halla en la libertad contractual que consagra el artículo 1.255 C.c., al prever que los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tuvieren por convenientes, siempre que no fueren contrarios a la ley, la moral o el orden público, sin desconocer que dicho principio de la autonomía de la voluntad tiene muy especiales limitaciones en aquellos contratos que entran dentro de la esfera del derecho social<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> STSJ Cantabria de 23 febrero 2005 (AS 527). En iguales términos, STSJ Islas Canarias (Las Palmas) de 25 septiembre 2001 (AS 1261).

<sup>2</sup> STSJ Cataluña de 15 diciembre 2006 (AS 2007/1387).

<sup>3</sup> Reconoce la posibilidad de celebrar este contrato en base a la legislación civil la STS de 15 marzo 1991 (Ar. 4167). También de igual Tribunal, las de 21 julio 1992 y 30 marzo 1995 (Ar. 5645 y 2352).

<sup>4</sup> De 9 diciembre 1950 (Ar. 1712). En el ámbito civil, es fácil encontrar sentencias anteriores, como la del TS de 9 julio 1940 (Ar. 691), que, a su vez, remite a las de 12 noviembre 1892 y 6 diciembre 1904.

<sup>5</sup> LIMÓN LUQUE, M. A. y ESPÍN SÁEZ, M.: «La extinción del contrato de trabajo previa al inicio de la prestación efectiva de trabajo ¿constituye despido?», *AS*, 2003, núm. 12, pág. 3 (según impresión de Aranzadi Westlaw-Bibliografía).

<sup>6</sup> STSJ Cataluña de 15 diciembre 2006, cit. STS de 15 marzo 1991, también cit.

## II. CONCEPTO

Entre las múltiples denominaciones utilizadas para designar este tipo de acuerdo previo al contrato de trabajo propiamente dicho, cabe destacar las siguientes: promesa de contrato o contrato de promesa <sup>7</sup>, promesa de trabajo o empleo <sup>8</sup>, contrato preliminar <sup>9</sup>, oferta de contrato de trabajo, pacto preparatorio <sup>10</sup>, *pactum in contrahendo* <sup>11</sup> o compromiso de relación estable o contrato <sup>12</sup>. Con todo, la expresión más habitualmente utilizada por la doctrina y jurisprudencia es la de *precontrato*, quizás debido a su brevedad (un solo término) y claridad respecto de su significado, pues resulta indubitado que se está ante un contrato previo al contrato propiamente dicho, al que de verdad importa, aunque este previo también sea un contrato y de él deriven obligaciones jurídicas para las partes.

Dicho precontrato ha venido siendo definido por la jurisprudencia como «un verdadero contrato consensual no regulado, esto es, atípico, cuyo objeto es un *facere*, concretamente la formación de un contrato obligatorio, un *contrahere* futuro, teniendo como característica la conclusión de un contrato definitivo, extinguiendo a un tiempo la obligación nacida del contrato preliminar y creando otra nueva» <sup>13</sup>. En otras palabras, el precontrato también es definido como un pacto por el que «las partes dejan para el futuro la celebración del contrato definitivo», habiendo señalado ya «los elementos y circunstancias» de este y mostrado «una decidida voluntad de celebrar un auténtico contrato» <sup>14</sup>, que nacerá cuando venza el término o se cumpla la condición a la que se condiciona <sup>15</sup>; o, en términos similares, como «una declaración negocial recepticia de carácter firme e irrevocable por la que el promitente se compromete a dar trabajo a alguien, obligación que, por su propia naturaleza, no tiene carácter puro, sino condicional» <sup>16</sup>. Insistiendo en la idea, el precontrato es «un vínculo de carácter bilateral» por el que cada una de las partes «tiene derecho a exigir de la otra el otorgamiento del contrato definitivo» <sup>17</sup>.

De manera parecida, la doctrina ha considerado que se está ante «un negocio jurídico en sentido estricto, a través del cual el empresario se compromete, para un momento futuro, a contratar laboralmente al trabajador; este se compromete, consiguientemente, a prestar el trabajo correspondiente, también en este término acordado» <sup>18</sup>. Además, ese negocio jurídico es bilateral y complejo,

<sup>7</sup> STSJ Cataluña de 15 diciembre 2006, cit.

<sup>8</sup> STSJ Cataluña de 5 mayo 2006 (AS 2880).

<sup>9</sup> STS de 23 octubre 1986 (Ar. 5889) y STSJ Cataluña de 11 enero 1996 (AS 165).

<sup>10</sup> STSJ Madrid de 22 septiembre 1998 (AS 3362).

<sup>11</sup> STSJ Cantabria de 14 julio 2000 (JUR 287090). También STSJ Madrid de 22 septiembre 1998, cit.

<sup>12</sup> STSJ País Vasco de 20 diciembre 2005 (AS 1464).

<sup>13</sup> STS de 23 octubre 1986, cit. También STS de 30 octubre 1988 (Ar. 8183): el precontrato es «una relación atípica dirigida a un *contrahere* futuro».

<sup>14</sup> STS de 22 octubre 1987 (Ar. 7463). También, entre otras, sentencia de igual Tribunal de 11 mayo 1999 (Ar. 3104).

<sup>15</sup> STS de 3 junio 1994 (Ar. 4576).

<sup>16</sup> STSJ Cataluña de 11 enero 1996, cit.

<sup>17</sup> STCT de 6 noviembre 1982 (Ar. TCT 6085).

<sup>18</sup> MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, N. y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, 16.<sup>a</sup> edic. (Madrid, 2007), pág. 479.

en la medida en que se necesita el consentimiento de ambas partes y las obligaciones se proyectan para un momento futuro <sup>19</sup>. Más brevemente y en palabras de algún otro autor, el precontrato es «un acuerdo en el cual las partes celebrantes se obligan a concluir en un futuro un contrato de trabajo definitivo, cuya materialización, aunque demorada, queda comprometida» <sup>20</sup>.

Aunque con pequeños matices en su literalidad, todas estas definiciones dejan claros los principales elementos característicos del precontrato, como son el acuerdo de las partes (oferta y aceptación), el objeto del contrato (otro futuro contrato, con el que no se puede confundir <sup>21</sup>) y el nacimiento de obligaciones jurídicas para aquellas. A su estudio se dedican las siguientes páginas.

### III. REQUISITOS

#### 1. Oferta de trabajo.

##### A) Emisor:

El primer requisito determinante de la existencia de un precontrato es la realización de una oferta de trabajo. Lógicamente, esta oferta es realizada, en la mayoría de los casos, por el empresario, bien por el futuro, bien por el actual. En el primer caso, la oferta va dirigida a un trabajador ajeno a la empresa; en el segundo, a uno que ya forma parte de esta. Sucede así cuando, por ejemplo, la oferta implica la transformación de un contrato de temporal a fijo o, incluso, de la naturaleza del vínculo que une al trabajador con el empresario, que pasa de mercantil (autónomo) a laboral (dependiente) <sup>22</sup>.

En todo caso, en el supuesto de que la oferta provenga de la parte empresarial, resulta claro que tiene que efectuarse directamente por el empresario o por alguien en quien este delegue, si es persona física, o que tenga capacidad de representarlo, si se trata de persona jurídica. De hacerse así las cosas, es evidente que los actos del delegado o representante obligan directamente al empresario. Así, por ejemplo, el sujeto contratante tiene capacidad de representación del empresario-persona jurídica cuando en la escritura notarial de apoderamiento consta que el poder se otorga para el ejercicio, entre otras, de la facultad de contratar. No obsta a lo anterior, el matiz de que, «a efectos internos», el representante tenga que atenerse, a la hora de ejercer el poder, a la regla de que «la contratación de personas que desempeñen labores ejecutivas... deberá contar con el visto bueno del Consejo de Administración en cuanto a la persona y sus condiciones» <sup>23</sup>.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

<sup>20</sup> FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑOZ, J.: «¿Precontrato o contrato de trabajo? Una delimitación siempre difícil», *REDT*, 1999, núm. 95, pág. 445.

<sup>21</sup> STS de 23 octubre 1986, cit.

<sup>22</sup> STSJ Navarra de 6 septiembre 1996 (AS 2792), en el caso de autos, el trabajador tenía un contrato de comisión mercantil y se le ofrece integrarse como personal laboral pleno en la plantilla.

<sup>23</sup> STSJ Islas Canarias (Las Palmas) de 25 septiembre 2001, cit. Sobre un supuesto similar, STS de 15 marzo 1991, también cit.

En palabras del órgano jurisdiccional, en el caso aludido debe distinguirse entre «actos precontractuales –los encaminados a fijar los datos esenciales del contrato al que se ordena y las bases necesarias para determinar todos los elementos del futuro pacto– y la contratación propiamente dicha». Desde este punto de vista, parece pacífico que el representante tenía poder para elegir el candidato que iba a realizar las labores ejecutivas y fijar sus condiciones de trabajo, o sea, «determinar las bases de la futura contratación» y, además, «para contratar con autorización del Consejo de Administración». Más claramente, «el visto bueno para contratar no impide la existencia de unos actos preparatorios relevantes desde el punto de vista jurídico», porque para determinar si existe o no precontrato basta la concurrencia de oferta y aceptación sobre unas condiciones de trabajo y estas se dan en el supuesto estudiado. «El visto bueno pertenece al ámbito interno –no tiene por qué constarle al candidato– y solo es trascendente a efectos de validez del contrato en sí considerado»<sup>24</sup>. Por lo tanto, es indudable que el representante actuó dentro de los límites del poder otorgado y que los actos realizados (precontrato) generan responsabilidad indemnizatoria para la empresa representada e incumplidora de aquellos.

Frente a la posición recién expuesta, no falta alguna sentencia que, ante un supuesto de precontrato en el que se duda de la capacidad de representación de la persona que habla en nombre de la empresa, estima que las expectativas generadas para el trabajador «no pueden verse destruidas por tal déficit de representación, puesto que se estaría actuando de manera tan fraudulenta que, a la postre, las consecuencias podrían ser las mismas»<sup>25</sup>. En mi opinión, esta decisión hay que tomarla con su debida cautela, pues lo importante es ver cuál es el «déficit de representación», de modo que la posición cuestionada solo podrá seguirse cuando se esté ante un déficit meramente formal y la persona que actúe en nombre de la empresa la represente realmente. En el caso contrario, en el que la persona que hace la oferta no tiene capacidad de representar a la empresa, parece lógico que aquella no tenga validez, pues aunque aquí el trabajador también tenga derecho a una indemnización, es bien distinto que tenga que abonarla la empresa o esa otra persona que dice actuar en su nombre.

Aparte del frecuente supuesto de que la oferta parta del empresario, aun siendo menos frecuentes, también caben otras posibilidades, como la de que sea el propio trabajador el que voluntariamente ofrezca sus servicios a aquel<sup>26</sup> o la de que la iniciativa de la promesa de contrato provenga de un tercero ajeno a la futura relación laboral, como puede ser el empresario actual, pero que pronto dejará de serlo. Dos supuestos cabe tratar aquí. Uno el de la sucesión de empresa del artículo 44 ET. Así cuando, tras celebrarse el precontrato, se transmite la titularidad de la empresa a otro empresario, este último queda subrogado en todos los derechos y obligaciones del anterior y, por lo tanto, también debe asumir su compromiso precontractual, so pena de incurrir en incumplimiento de aquel contrato<sup>27</sup>. En este caso, la transmisión es automática y el efecto subrogatorio se produce *ope legis*.

El segundo supuesto de transmisión queda al margen del artículo 44 ET, dado que lo transmitido no es una entidad económica que mantenga su identidad, sino solamente la finca o algunos de

<sup>24</sup> STSJ Islas Canarias (Las Palmas) de 25 septiembre 2001, cit.

<sup>25</sup> Sentencia Juzgado de lo Social de 30 enero 2003 (AS 810).

<sup>26</sup> STSJ Cataluña de 15 diciembre 2006, cit. También STSJ Galicia de 28 febrero 2002 (AS 773): en el precontrato «normalmente es el empresario el que promete dar trabajo, pero también cabe el ofrecimiento del trabajador de prestar servicios».

<sup>27</sup> STSJ Madrid de 14 octubre 2004, cit.

sus elementos. Más claramente, se trata de supuestos en los que el empresario pretende transmitir a otro, aparte de la titularidad de la finca o local en el que se desarrollaba una determinada actividad empresarial, alguno o todos de los trabajadores que prestaban servicios en la empresa antes de ser transmitida.

Un ejemplo del curioso supuesto comentado es el tratado en la STSJ Cantabria de 28 de octubre de 1997<sup>28</sup>, en la que el empresario actual firma un contrato privado con otro empresario en el que, junto a la opción de compra de la finca, se incluye una estipulación a favor de terceros (un trabajador y el hijo del empresario actual) en virtud de la cual estos pasarán a trabajar con el nuevo empresario (persona física) en el caso de que este abra un negocio (gasolinera). La estipulación a favor de tercero permite exigir su cumplimiento siempre que no sea revocada y se cumplan unos determinados requisitos, que, en el caso de autos, son la existencia de una explotación y el previo ejercicio de la opción de compra por el nuevo empresario. Así las cosas, en el supuesto analizado el derecho de los terceros a ser contratados por el nuevo empresario depende de la observancia de los citados requisitos, resultando especialmente dudoso si aquel ha ejercitado o no la acción de compra, en la medida en que el posterior contrato de compraventa se formaliza con una persona jurídica distinta de la persona física (representante legal de aquella) que firmó el contrato privado de opción. Ciertamente, cabe concluir que la referida opción no se ejercita por la persona física que la suscribió, pues el posterior contrato de compraventa se formaliza con una persona jurídica distinta (sociedad anónima) y de la que forman parte socios que no conocen las estipulaciones del inicial contrato privado.

Además, para que se pudiese entender que la sociedad anónima estaba ejercitando la opción de compra sería necesario que lo dijese expresamente, pues «el ejercicio de la opción no significa solo la conclusión de la compraventa, sino también la operatividad de las estipulaciones a favor de los propios vendedores» y de los trabajadores de aquellos (sentencia citada), lo que conllevaría las correspondientes cargas para la referida sociedad. Desde luego, no hay manifestación expresa de la asunción de la previa opción de compra ni vinculación alguna entre esta y el nuevo contrato de compraventa, por lo que, al no cumplirse las condiciones del contrato privado, los trabajadores no pueden solicitar el cumplimiento de la promesa de trabajo ni a la persona física que firmó aquella opción ni a la persona jurídica que suscribió el posterior contrato.

Por el contrario, de darse las condiciones del contrato privado, los trabajadores sí podrían solicitar el cumplimiento de la promesa al nuevo empresario. En tal caso, cabe matizar que, aunque la iniciativa de la promesa de contrato la toma el empresario que va a dejar de serlo (al introducir la estipulación en el contrato de opción de compra), para el trabajador afectado es irrelevante, pues el nuevo empresario, al firmar ese contrato, también la asume como propia y solo a él resulta exigible.

## B) Características.

En relación con su *forma*, generalmente, la oferta de trabajo admite una gran flexibilidad, pues puede efectuarse de múltiples maneras en función de a quién se dirija, la forma en que se efectúa o

<sup>28</sup> AS 4145.

el medio utilizado para hacerla llegar a sus destinatarios<sup>29</sup>. En efecto, aquella puede tener carácter nominativo o genérico, según se envíe a un concreto trabajador o a cualquiera de ellos de manera indistinta; puede ser verbal o escrita y puede comunicarse directamente al destinatario o a través de diversos medios, como los audiovisuales (v. gr., radio<sup>30</sup>, televisión, Internet) o los escritos (v. gr., prensa) o, incluso, a través de intermediarios<sup>31</sup>.

Cuando la oferta es genérica, lo habitual es que se publicite a través de alguno de estos medios para que pueda llegar al conocimiento del mayor número posible de interesados. Ahora bien, en este caso, parece necesaria su ratificación posterior ante el concreto trabajador solicitante del puesto, pues al empresario (al menos al privado) no le resulta indiferente quién sea aquel. En tal sentido, puede afirmarse que la oferta genérica no es una verdadera oferta de trabajo, sino una mera información pública de la existencia de un puesto de trabajo, y que la verdadera oferta se produce cuando, ante un concreto trabajador interesado en aquel, la empresa ratifica el ofrecimiento del puesto. En estos casos de ofertas genéricas, también existe algún matiz respecto de la aceptación de la oferta, tal y como se indicará en el siguiente apartado.

En segundo lugar, y con independencia de su forma, para estar ante una verdadera oferta de trabajo la misma debe ser *seria* o *firme*<sup>32</sup>, esto es, debe hacerse con ánimo de obligarse<sup>33</sup> y con la intención de llegar a formalizar un próximo contrato de trabajo con el trabajador. A su vez, la seriedad de la oferta se relaciona con su irrevocabilidad unilateral por el empresario desde que llegue a conocimiento de su receptor. En efecto, el que la oferta tenga carácter recepticio significa que vincula al empresario desde el momento en que la misma sea conocida por su destinatario. Con todo, cabe matizar que aquí, a diferencia de otros actos que también gozan del referido carácter (v. gr., escrito de dimisión del trabajador), quizás resulte más correcto situar el nacimiento de los efectos vinculantes para el emisor en el instante de la aceptación de la oferta, más que en el de su mero conocimiento, pues es a partir de entonces cuando produce efectos jurídicos. Ciertamente, si el destinatario todavía no ha aceptado la oferta, el simple hecho de que la conozca parece que no puede impedir que el empresario la revoque o modifique.

En tercer lugar, la oferta empresarial debe tener un *contenido mínimo* integrado por la condición y el término a los que se somete su eficacia, así como por el objeto del contrato, o sea, la prestación laboral a realizar por el trabajador<sup>34</sup>. De no constar tales datos, es claro que este último no puede dar su consentimiento a un cheque en blanco y, por lo tanto, el precontrato no se perfecciona, estando ante meros tratos preliminares, como se verá *infra*.

<sup>29</sup> Según DE CASTO Y BRAVO, F. [*La promesa de contrato (algunas notas para su estudio)*], ADC, 1950, T. III, págs. 113 y ss.], la promesa de trabajo no exige forma especial alguna o un *iter* procedimental determinado.

<sup>30</sup> Cfr. supuesto analizado en la STSJ Andalucía (Granada) de 24 septiembre 2002 (AS 3950).

<sup>31</sup> Ocurre así en el supuesto de hecho de la STSJ Castilla y León (Valladolid) de 28 septiembre 1998 (AS 4483), en el que la empresa minera se compromete a contratar a cuatro trabajadores elegidos por la Junta Vecinal del pueblo a través de un sorteo público.

<sup>32</sup> En palabras de la STSJ Andalucía (Granada) de 24 septiembre 2002, cit. También STSJ Galicia de 28 febrero 2002, cit.

<sup>33</sup> STSJ Cataluña de 6 marzo 2006 (AS 2432). También STCT de 11 febrero 1986 (Ar. TCT 807).

<sup>34</sup> Así, FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J., *op. cit.*, pág. 446: «siempre debe existir una materia jurídica mínima a la que referir el variado, en formas y contenido, consentimiento prestado por las partes».

La descripción de la prestación laboral puede ser detallada y exhaustiva e, incluso, ir acompañada de la indicación de las condiciones relativas al salario, la categoría profesional, tiempo de trabajo y similares. Desde luego cuantos más datos se aporten mejor para ambas partes en la medida en que, desde el principio, ambas toman las decisiones de comprometerse o no sabiendo lo que hay. En este sentido, la jurisprudencia ha entendido que existe un verdadero precontrato cuando se está ante «una promesa firme y definitiva de que el trabajador va a formar parte de la plantilla de la empresa, ya que ha sido aceptado»; y de manera indubitada se concretan «cuáles van a ser las condiciones en que se desarrollará su contratación, desde luego laboral, con un contrato de los llamados de obra y servicio, el salario, la categoría profesional, así como la que se denomina jornada completa, aspectos todos inherentes y fundamentales en lo que es normativamente un contrato de esta naturaleza»<sup>35</sup>.

Ahora bien, la precisión de las concretas condiciones en las que se desarrollará –de llegar el caso– el futuro trabajo no resulta esencial, esto es, su ausencia no priva de validez y eficacia a la oferta contractual. La justificación se halla en el carácter imperativo de la legislación laboral en lo relativo a las condiciones mínimas de trabajo, lo que hace que siempre exista un contenido suficiente al que referir el consentimiento de las partes<sup>36</sup>. Además, el exigir la concreción de las referidas condiciones laborales en un momento tan distante al comienzo de la futura relación laboral –que puede que ni siquiera llegue a nacer– puede resultar excesivo. De hecho, la jurisprudencia ha ratificado la validez de supuestos de precontratos en los que la oferta contractual es genérica y solo se indica al trabajador el campo o ámbito en el que va a trabajar (v. *gr.*, como biólogo en un parque natural), pero sin concretar su específica tarea ni condiciones laborales, lo que se hace a posteriori, al cumplirse la condición suspensiva<sup>37</sup>.

En cuarto lugar, la oferta de trabajo puede calificarse de *no pura*, pues el puesto de trabajo se promete para un momento futuro<sup>38</sup>. Así se apunta que la promesa va dirigida a formalizar un contrato no inmediato, sino «preparatorio del futuro»<sup>39</sup> o «del definitivo»<sup>40</sup>. Generalmente, el momento futuro depende de la llegada de un término o del cumplimiento de una condición suspensiva, o de uno u otra<sup>41</sup>. Como ejemplo de condición suspensiva puede citarse la apertura de un centro de trabajo, la autorización de la contratación por un superior o el acceso del oferente a un puesto de dirección<sup>42</sup>, la regularización de la situación del trabajador extranjero en nuestro país<sup>43</sup>, la adjudicación de la explotación o mantenimiento de un determinado servicio a través de un concurso público<sup>44</sup>, la

<sup>35</sup> Sentencia Juzgado de lo Social de 30 enero 2003, cit.

<sup>36</sup> MARTÍNEZ GIRÓN, J.: «El precontrato de trabajo: límites normativos y práctica judicial», *AL*, 1994, núm. 42, pág. 659.

<sup>37</sup> STSJ Castilla-La Mancha de 14 febrero 2000 (AS 1206).

<sup>38</sup> STSJ Cantabria de 23 febrero 2005, cit.

<sup>39</sup> STSJ País Vasco de 9 noviembre 1999 (AS 3665).

<sup>40</sup> STSJ Andalucía (Málaga) de 23 enero 2004 (AS 880). También LIMÓN LUQUE, M. A. y ESPÍN SÁEZ, M., *op. cit.*, pág. 14.

<sup>41</sup> STSJ Cataluña de 6 marzo 2006, cit.

<sup>42</sup> STSJ País Vasco de 9 noviembre 1999, cit.: «nos hallamos ante el compromiso personal del señor O. de contratar a la actora si era, a su vez, designado director del centro que iba a abrirse en Hernani, condicionado ese compromiso a que desde Madrid se autorizaran las contrataciones, así como a que el citado centro fuese definitivamente abierto».

<sup>43</sup> STSJ Cataluña de 8 junio 2005 (AS 1598).

<sup>44</sup> Véase nota 37.

superación de unas determinadas pruebas<sup>45</sup>, la ruptura o extinción de un contrato anterior<sup>46</sup>, la existencia de autorización administrativa para la contratación (personal laboral de la Administración)<sup>47</sup> o la conclusión de los estudios<sup>48</sup> y otras similares.

Como matiz, cabe añadir que cuando la condición suspensiva consiste en la autorización de la contratación por un superior, ya en la empresa privada, ya en la Administración pública, tan pronto esa autorización se produce nace el derecho del trabajador a ser contratado, con independencia de que esa autorización sea posteriormente revocada y cuando todavía no se ha iniciado la prestación de servicios, pospuesta para un momento futuro<sup>49</sup>. Repárese en que en estos supuestos, a diferencia de lo que suele ser habitual, no existe coincidencia temporal entre el nacimiento del derecho a ser contratado (cumplimiento de la condición) y el del inicio de la actividad laboral, que es posterior. En todo caso, para que no genere perjuicios para el trabajador, tal retraso debe ser consentido por este o, en caso contrario, debe abonársele el salario siempre que el mismo se ponga a disposición del empresario.

Ahora bien, en todo caso, resulta necesario que el momento futuro de inicio de la contratación esté *determinado* o sea claramente *determinable*, pues, en caso contrario, el trabajador no conoce con certeza la fecha en la que debe cumplir con los compromisos adquiridos en el precontrato, fundamentalmente con el de ponerse a disposición de la empresa para el comienzo de la prestación de servicios, y, por lo tanto, de no hacerlo, no incurriría en un incumplimiento contractual generador de responsabilidad indemnizatoria<sup>50</sup>. Con todo, repárese en que la fecha de inicio de la relación laboral puede concretarse, tanto en el momento de la celebración del precontrato como con posterioridad, si bien en este último caso debe existir un nuevo acuerdo de voluntades entre las partes al respecto, pues la citada fecha no puede fijarse unilateralmente por la empresa, sin contar con el consentimiento del trabajador<sup>51</sup>. En tal caso, puede afirmarse que el verdadero precontrato nacería a partir de tal momento, en cuanto generador de obligaciones recíprocas para las partes. Correlativamente, el primer precontrato se configuraría, en realidad, como un mero trato preliminar, sin efectos obligacionales.

En este sentido, no falta alguna sentencia apuntando que cuando existe un precontrato en el que la fecha de inicio de la relación laboral no se concreta ni con un término ni con una condición suspensiva es imposible considerar que la no comparencia de los trabajadores en la sede de la empresa suponga un incumplimiento contractual culpable generador de obligación indemnizatoria<sup>52</sup>. La

<sup>45</sup> STSJ Madrid de 5 julio 2005 (AS 1979). También, en similar sentido, STSJ Cataluña de 11 enero 1996, cit., en el caso de autos, el aspirante al puesto no supera una de las fases del proceso selectivo-formativo.

<sup>46</sup> STSJ Galicia de 16 abril 2002 (AS 3386): en el caso de autos, se celebra un precontrato entre el club de fútbol «Deportivo de La Coruña» con un jugador de fútbol sometido a la condición de ruptura previa del contrato de opción celebrado entre la Asociación portuguesa de los deportes con el equipo del Real Madrid. En virtud de este contrato, la citada Asociación se obligaba a transferir los derechos federativos del jugador en cuestión al Real Madrid en el caso de que este decidiese adquirir los mencionados derechos sobre el jugador antes del 31 de diciembre de 1997 (día previo al previsto para la contratación).

<sup>47</sup> STSJ País Vasco de 9 julio 2002 (AS 2716).

<sup>48</sup> STSJ Madrid de 5 noviembre 2002 (JUR 2003/95508).

<sup>49</sup> Véase nota 47.

<sup>50</sup> *Vide infra*, apartado VI.2.C).

<sup>51</sup> STSJ Cataluña de 6 marzo 2006, cit..

<sup>52</sup> *Ibidem*.

idea recién expuesta se refuerza si se tiene en cuenta que la empresa no acredita, con posterioridad al otorgamiento del precontrato, un nuevo acuerdo de voluntades en orden a la fijación del momento a partir del cual los trabajadores debían ponerse a disposición de la empresa.

Queda claro que si, finalmente, ni el término ni la condición inicialmente previstos no llegan a cumplirse, el oferente no tiene obligación de dar el trabajo ofertado y, en consecuencia, tampoco responsabilidad indemnizatoria por ello <sup>53</sup>. Y, desde el punto de vista del trabajador, cabe añadir que la mera expectativa que este tiene a ser contratado no se convierte en derecho hasta que el referido cumplimiento acaece <sup>54</sup>.

## 2. Aceptación de la oferta.

El segundo requisito fundamental para que exista precontrato es el de la aceptación de la oferta o promesa de dar trabajo por el receptor de la misma. En otras palabras, es preciso que «exista acuerdo de voluntades» <sup>55</sup>, pues, como señala el artículo 1.258 C.c., el contrato de trabajo se «perfecciona por el mero consentimiento» <sup>56</sup>. En este sentido, se apunta que solo cuando la promesa de dar trabajo es recíprocamente aceptada tiene efectos de «verdadera contratación» <sup>57</sup>, siempre que, además, conste que esta es «la verdadera intención de las partes» <sup>58</sup>, por lo que la aceptación también tiene que ser seria y realizarse con ánimo de contratar con el oferente.

Aunque acaba de indicarse que el precontrato se perfecciona con la aceptación de la oferta de trabajo realizada por el trabajador, cabe matizar que ello es así cuando la oferta es nominativa y/o se realiza directamente a un concreto trabajador, lo que será lo habitual. Ahora bien, cuando la oferta es genérica y se le da gran difusión, resulta necesario un posterior y detenido estudio por la empresa de las solicitudes recibidas o, incluso, una ulterior conversación o entrevista entre el empresario y cada uno de los interesados para que pueda perfeccionarse el precontrato, sin que para ello sea suficiente la aceptación unilateral de la oferta por cualquiera de aquellos, ni siquiera del primero <sup>59</sup>. Ciertamente, la necesidad de esa adicional entrevista entre ambas partes viene determinada por el carácter personalísimo de la prestación laboral del trabajador, de modo que al empresario no le resulta indiferente quién sea este. Por lo tanto, aunque un trabajador cumpla con todos los requisitos objetivos exigidos en la publicación de la oferta de trabajo, su aceptación unilateral no perfecciona automáticamente el precontrato, para ello es necesario que exista también consentimiento del empresario sobre la persona del trabajador. En este sentido, se entiende lo ya apuntado en el apartado pre-

<sup>53</sup> STSJ País Vasco de 9 noviembre 1999, cit..

<sup>54</sup> STSJ País Vasco de 9 julio 2002, cit.

<sup>55</sup> *Ibidem*. También STSJ Andalucía (Málaga) de 23 enero 2004, cit.

<sup>56</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 19 febrero 2003 (AS 1155).

<sup>57</sup> STSJ País Vasco de 20 diciembre 2005, cit.

<sup>58</sup> *Ibidem*. También STS de 16 julio 2003 (Ar. 5144).

<sup>59</sup> En el caso de autos de la STSJ Castilla-La Mancha de 8 julio 2004 (AS 2542), la empresa oferta públicamente un puesto de trabajo, el trabajador entrega su currículum y cuatro días después la empresa le comunica que ha sido elegido para cubrir aquel.

cedente sobre la identificación de la oferta genérica con una mera información pública de la existencia de un puesto de trabajo, y no con una verdadera oferta.

Dado que la aceptación de la oferta se concreta en una declaración de voluntad de carácter *recepticio*, es evidente que la misma solo surte efectos cuando llega a conocimiento del empresario, por lo que el trabajador debe efectuar aquella de una manera clara e indubitada. Así, cabe admitir que en algún caso pueden existir *dudas* sobre la misma, sobre todo cuando se realiza de manera confusa o indirecta o el empresario la niega con el fin de no tener que abonar daños y perjuicios. Podría suceder lo primero, cuando el trabajador, tras conocer la nueva oferta, se limita a abandonar el puesto de trabajo que venía desempeñando hasta el momento en otra empresa, pero sin dejar clara su aceptación de aquella al nuevo empresario. Desde luego que tal conducta puede ser una manifestación concreta de la voluntad del trabajador de aceptar el nuevo puesto, pero, por sí sola, aquella no basta para que el empresario tenga conocimiento indubitado de tal voluntad. En efecto, puede que la conducta en cuestión responda a un abandono voluntario del puesto de trabajo por causas ajenas a la nueva oferta. Por lo tanto, aunque ese abandono puede tomarse como un indicio de la voluntad del trabajador de aceptar aquella, queda claro que solo surtirá los efectos de perfección del precontrato cuando vaya acompañada de otros actos que, de manera clara, pongan en conocimiento del empresario aquella voluntad <sup>60</sup>.

Frente a los recién expuestos, en otros casos la existencia de la aceptación de la oferta resulta *indubitada*, como sucede cuando el trabajador pone aquella en conocimiento del empresario de una manera directa y clara, bien verbalmente, bien por escrito. Tiene lugar esto último cuando el trabajador redacta un escrito, a iniciativa propia o a petición de la empresa, en el que manifiesta su voluntad de aceptar la oferta de trabajo <sup>61</sup>. Un caso en que ocurre así es aquel en que, tras ofrecer el empresario al trabajador prestar servicios para él «en la impartición de un curso subvencionado por la Junta de Andalucía, incluyendo en tal oferta de empleo las condiciones objeto de la prestación (lugar, jornada, retribución)», tal oferta es aceptada por este último mediante la cobertura y entrega de la «oportuna solicitud» para tal puesto, a su vez aceptada por la empresa al remitir a la referida Junta «la ficha técnica del curso con la inclusión del actor como monitor». Evidentemente, tales datos revelan ya «el concurso de oferta y aceptación sobre el objeto del contrato», que «se perfecciona por el mero consentimiento» (art. 1.258 C.c.) <sup>62</sup>.

De manera similar, también resulta indudable la aceptación de la oferta cuando el trabajador solicita –y se le concede– el disfrute anticipado de derechos propios de la relación laboral en vigor, como, por ejemplo, «un anticipo a cuenta de sus salarios futuros», aunque si después el contrato no se llega a formalizar habrá que devolverlo según las condiciones pactadas <sup>63</sup>. Más dificultades presenta la devolución si el salario anticipado era en especie, como sucede con el disfrute de la vivienda facilitada por la empresa o el consumo de ciertos productos o materiales fabricados por esta. De ser imposible la devolución del bien disfrutado, parece claro que el trabajador tendrá que reparar

<sup>60</sup> Así sucede en el caso analizado en la STSJ Andalucía (Granada) de 24 septiembre 2002, cit.

<sup>61</sup> En alguna ocasión, la aceptación de la oferta, o sea, el precontrato, puede quedar formalizado en un documento privado firmado por ambas partes (STSJ Galicia de 3 mayo 2001; AS 1748).

<sup>62</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 19 febrero 2003, cit.

<sup>63</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 7 diciembre 1999 (AS 2000/537).

económicamente al empresario, debiendo ser el órgano jurisdiccional el que fije la cuantía de la indemnización si las partes no se ponen de acuerdo.

Por lo demás, otro ejemplo de clara aceptación de la oferta de trabajo se produce cuando el trabajador colabora con el empresario para conseguir el cumplimiento de la condición suspensiva a la que aquella se somete. Un ejemplo de esto tiene lugar cuando el empresario condiciona la promesa de trabajo al éxito en un concurso público en el que se pretende conseguir un contrato administrativo con la Administración, para lo que resulta fundamental poder aportar el título de biólogo que posee el trabajador. Es evidente que si este facilita su título a la empresa con el fin de que pueda aportarlo voluntariamente a los efectos indicados, no solo acepta la promesa de trabajo sino que colabora con el empresario en que aquella pueda llegar a materializarse. Dicha colaboración, aunque no siempre es necesaria ni exigible, resulta lógica en la medida que el trabajador también se ve favorecido por ella <sup>64</sup>.

#### IV. DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES

##### 1. Precontrato y meros tratos preliminares.

###### A) General.

Dado que tanto en el precontrato como en los simples tratos preliminares las relaciones entre las partes se sitúan en un momento previo al comienzo de la efectiva prestación de servicios, resulta clara su analogía y posible confusión. Ahora bien, el que no se está ante figuras iguales es evidente porque sus efectos son bien distintos, en la medida en que solo el precontrato genera obligaciones recíprocas para ambas partes. En efecto, como ya se apuntó, el precontrato de trabajo determina que, de una manera recíproca, el empresario quede obligado a dar el trabajo prometido en las condiciones acordadas y el trabajador a ponerse a disposición de aquel. Sin embargo, los meros tratos preliminares a nada comprometen porque nada se pacta en ellos. Se trata de actividades que tienen «el carácter de preparatorias y que, en modo alguno, su realización prueba el comienzo de la relación laboral» <sup>65</sup>.

Así, en el caso de que con posterioridad se celebre un verdadero contrato de trabajo entre las partes, a él –y solo a él– habrá que estar para fijar las obligaciones de estas, sin que los tratos puedan ya significar otra cosa que «un elemento coadyuvante para la interpretación de la intención de las partes a tenor del artículo 1.282 del Código civil» <sup>66</sup>. Por consiguiente, cuando los tratos previos consistan, por ejemplo, en una carta enviada por el empresario al trabajador en el que se pone a su dis-

<sup>64</sup> STSJ Castilla-La Mancha de 14 febrero 2000, cit.

<sup>65</sup> STCT de 26 julio 1986 (Ar. TCT 5104).

<sup>66</sup> STS de 19 junio 1990 (Ar. 5490). En sentido similar, LIMÓN LUQUE, M. A. y ESPÍN SÁEZ, M., *op. cit.*, pág. 6.

posición un vehículo de la empresa, este no tendrá derecho a reclamar dicho vehículo si no se prevé en el posterior contrato de trabajo <sup>67</sup>.

Los tratos preliminares pueden concluir o no con el nacimiento de una relación contractual entre las partes negociadoras. En el primer caso, aquella puede concretarse en un precontrato o en un contrato de trabajo propiamente dicho, ya de ejecución simultánea a su celebración, ya de ejecución diferida. Por lo que entre las primeras conversaciones y el inicio de la prestación laboral del trabajador puede haber un largo trecho representado por situaciones jurídicas distintas y con muy diversos efectos.

Por lo demás, los tratos preliminares no exigen exclusividad a los interlocutores, por lo que, durante los mismos, y salvo pacto en contrario, el empresario puede negociar con otros empresarios y el empresario con otros trabajadores.

### *B) Supuestos de tratos preliminares.*

Por lo que se refiere a los distintos supuestos de tratos preliminares, cabría hacer una doble distinción, según su finalidad. Por un lado, los casos de tratos preliminares en los que la finalidad perseguida por la parte que toma la iniciativa –generalmente el empresario– es la de establecer, simplemente, unos contactos previos con otro sujeto (posible y futuro trabajador), poder obtener información mutua y recíproca sobre características personales e intereses y proyectos profesionales y establecer unos criterios o reglas para la negociación contractual. Desde luego que también puede llegar a ofrecerse un puesto de trabajo, incluso con indicación de sus condiciones laborales, pero esa oferta carece de firmeza y de intención de contratar laboralmente a su destinatario, al menos de momento. En este supuesto, la diferencia con el precontrato es clara porque este siempre requiere una oferta de trabajo firme y con la intención de contratar laboralmente.

Junto a los supuestos anteriores, cabe aludir a otros en los que la existencia de los tratos preliminares viene determinada por la no concurrencia de los requisitos que, acumulativamente, se exigen para poder estar ante un precontrato. Más claramente, la intención de la parte que hace la oferta de trabajo puede ser seria y firme, la finalidad puede ser la de concluir un precontrato, pero concurre alguna circunstancia (defecto) que impide que aquel llegue a nacer, como puede ser la ausencia de precisión del objeto de la oferta, la no aceptación de esta o su realización o aceptación por quien no tiene poder para ello.

Más detalladamente, en primer lugar, los citados tratos preliminares pueden consistir en la comunicación al trabajador de una posible oferta de trabajo que *carece de objeto*, por lo que no puede existir conformidad del trabajador respecto de este, y, por lo tanto, el compromiso formal (precontrato) entre las partes no llega a nacer. Así se pone de relieve en diversos supuestos analizados por la jurisprudencia, por ejemplo, en el de una trabajadora que, tras recibir el día anterior una llamada telefónica de la empresa comunicándole la posible formalización de un contrato de sustitución,

<sup>67</sup> STS de 19 junio 1990, cit.

sin especificar las condiciones básicas de trabajo (tipo de contrato, persona sustituida, retribución, jornada, etc.), al día siguiente recibe otra haciéndole saber que, finalmente, ha sido contratada una persona diferente para cubrir temporalmente el puesto vacante.

Está claro que, en el supuesto recién comentado, la oferta empresarial no llegó a perfeccionarse, pues, al no precisar el objeto del contrato (ni otras condiciones laborales, como el salario), no hay consentimiento del trabajador al respecto y, por lo tanto, no hay aceptación de la oferta de trabajo. En estos casos, sí está permitido «el abandono (que no desvinculación obligacional) de la efectiva contratación al no existir arbitrariedad porque nada se pactó». En definitiva, la nueva llamada telefónica haciendo saber que ha sido contratada otra persona «no significa la quiebra de algo convenido el día anterior, sino tan solo la manifestación de que los criterios de mérito y capacidad ponderados en el caso concreto no permitían hacer efectiva la eventualidad» (que no promesa ni precontrato) aludida <sup>68</sup>.

Un segundo supuesto de tratos preliminares puede ser aquel en el que la oferta empresarial, a pesar de ser completa y aludir a todas las condiciones de trabajo, *no ha sido aceptada por parte del trabajador*, bien porque este tiene que pensárselo durante un tiempo, bien porque algunas condiciones le parecen injustas o abusivas o por cualquier otra causa similar. En algún caso, la no aceptación de las condiciones laborales propuestas incluso puede ir acompañada de una contraoferta por parte del trabajador. Resulta evidente que, en este estado de cosas, todavía no hay acuerdo contractual o precontrato, por lo que si el trabajador finalmente comenzase a prestar servicios para otro empresario, el que realizó la primera oferta no tendría derecho a solicitar indemnización de daños y perjuicios <sup>69</sup>. De igual manera, si el empresario decidiese no contratar al trabajador, este no podría reclamarle la referida indemnización, pues no existiría «mala fe o engaño» en tanto en cuanto la promesa de contrato no habría llegado a materializarse <sup>70</sup>.

Como tercer supuesto de tratos preliminares podría comentarse aquel en el que las conversaciones previas encaminadas a la contratación del trabajador *no se celebran con este directamente, sino con otras personas de su entorno*, a través de las que se intenta un acercamiento al primero, siempre que aquellas no tengan capacidad legal de representarlo <sup>71</sup> y no se haga llegar al trabajador la oferta de trabajo. Lógicamente, no hay contrato cuando la oferta se realiza y es aceptada por persona distinta del trabajador, dado el carácter personalísimo de la prestación laboral.

En cuarto lugar y de manera similar al caso recién expuesto, también cabe aludir a la existencia de meros tratos preliminares cuando el trabajador recibe la información sobre un puesto de trabajo y negocia con personas de la empresa que, aun contando para ello con el consentimiento del empresario o persona en quien este delegue, *carecen del debido poder para realizar un oferta contractual en firme*. En efecto, puede que la persona que realiza un primer acercamiento al trabajador actúe con el consentimiento de aquellos, pero solo para indagar sobre sus intenciones de futuro o

<sup>68</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 19 febrero 2003, cit. También, sobre un caso similar, STSJ Galicia de 28 febrero 2002, cit.

<sup>69</sup> STSJ Cantabria de 23 febrero 2005, cit.

<sup>70</sup> STSJ Andalucía (Málaga) de 23 enero 2004, cit.

<sup>71</sup> Véase nota 69.

intereses laborales, sin estar capacitado para ofrecerle un puesto de trabajo en firme. Dicho ofrecimiento solo podrá efectuarlo el empresario o persona en quien este delegue expresamente, en función del resultado de las gestiones previas.

Un supuesto especialmente dudoso y conflictivo sobre la existencia de precontrato o tratos preliminares es aquel que se produce cuando la Administración pública oferta genéricamente, pero en firme, *un puesto de trabajo para cuya cobertura es necesario superar las correspondientes pruebas de oposición o concurso-oposición*. Para algunos autores, la superación de tales pruebas con vistas a la provisión definitiva no implica que se esté ante un precontrato, sino ante un mero trato preliminar, pues «la superación de dichas pruebas no supone el concurso de la oferta y la aceptación requeridos para el nacimiento de aquel»<sup>72</sup>. Ahora bien, discrepo de tal posición y considero que siempre que la oferta de las plazas haya sido en firme para aquellos que aprueben los exámenes de selección, el hecho de pasar estos implica la existencia de precontrato de trabajo<sup>73</sup>. Por el contrario, si la oferta carece de firmeza y tiene una finalidad meramente informativa se está ante tratos preliminares.

Es más, desde un punto de vista más preciso y estricto, cabría afirmar que el precontrato ya existe desde que el trabajador acepta la oferta y sus condiciones y decide presentarse a las correspondientes pruebas (exactamente, desde la inscripción en las mismas). Así pues, la superación de aquellas implica el cumplimiento de la condición suspensiva a que se somete el precontrato y permite al trabajador reclamar su derecho al puesto de trabajo ofertado y ganado. Más claramente y por analogía, se estaría ante un caso similar a aquel en que se oferta un puesto a un trabajador condicionado a la superación de las pruebas del permiso de conducir; aceptada la oferta hay precontrato y superado el correspondiente examen se tiene derecho al puesto ofertado por cumplimiento de la condición suspensiva.

Con todo, no parece ser esta última posición (que sitúa el nacimiento del precontrato en la inscripción de las pruebas) la seguida por la jurisprudencia, que, en un caso relacionado con el anterior, exige haber superado todo el proceso selectivo para poder hablar de precontrato, con lo que, en todo caso, sí se contrapone a la posición doctrinal expuesta inicialmente. De este modo, se considera que se está ante simples tratos preliminares cuando las pruebas del concurso-oposición a las que se somete el trabajador para acceder a un puesto de trabajo son debidamente anuladas (*v. gr.*, por vulnerarse el principio de igualdad de todos los aspirantes), y ello a pesar de que este ya haya superado –aun provisionalmente– algunas de ellas o, incluso, todas. Se insiste en que, para que pudiera afirmarse la existencia del precontrato, sería necesario haber superado la totalidad del proceso selectivo, que es precisamente lo que determinaría la existencia de una relación jurídica pre-negocial equivalente a una promesa de contrato de trabajo<sup>74</sup>.

<sup>72</sup> LIMÓN LUQUE, M. A. y ESPÍN SÁEZ, M., *op. cit.*, pág. 6.

<sup>73</sup> En similar sentido, ALFONSO MELLADO, C. L.: *Indemnizaciones entre empresarios y trabajadores antes y durante el desarrollo de la relación laboral* (Valencia, 1994), pág. 39.

<sup>74</sup> STSJ Galicia de 30 enero 2003 (AS 480). También de igual Tribunal, la de 30 abril 1996 (AS 1996) y ATS (Sala 3.ª) de 15 diciembre 1994 (Ar. 10590). En igual sentido, STS de 22 diciembre 1987 (Ar. 9018: sobre un caso en el que el Ayuntamiento anula las pruebas de selección y convoca otras nuevas; el TS entiende que se está ante simples tratos preliminares).

C) *Indemnización derivada de los tratos preliminares.*

Aunque en los tratos preliminares no existe acuerdo de voluntades ni obligaciones recíprocas, cabe preguntarse si puede existir algún tipo de responsabilidad indemnizatoria de una de las partes frente a la otra. En este sentido, debe repararse en que la libertad contractual de que gozan las partes les exime de la obligación de tener que concluir el contrato de trabajo aun cuando hayan existido tratos preliminares, por lo que cualquiera de ellas puede desistir del inicial proceso negociador sin tener que hacer frente a ninguna responsabilidad indemnizatoria. La negativa de cualquiera de las partes a contratar no puede ser, por sí misma, causa del deber de indemnizar. Ahora bien, conviene tener presente que, en esta negociación preliminar, como en cualquier otra, las partes quedan vinculadas por el deber general de negociar de buena fe. En consecuencia, es la infracción de este deber lo que puede generar la necesidad de indemnizar.

Un primer supuesto en el que se vulnera el referido deber se produce cuando cualquiera de las partes incumple un pacto específico de procedimiento. Ciertamente, aun siendo libres para contratar o no, puede que aquellas no lo sean para poner fin a los tratos previos de cualquier modo o en cualquier momento. En efecto, aun siendo excepcional, podría pensarse en algún caso en el que al inicio de las conversaciones los sujetos negociadores hayan pactado un calendario de negociación, con una duración mínima y una concreta forma de poner fin al mismo (v. gr., por escrito). De darse el caso, resulta claro que, de incumplirse lo pactado, el infractor debería indemnizar a la contraparte los daños causados.

Un segundo caso en el que también se viola el mencionado deber de buena fe es aquel en el que una de las partes produce daños a la otra como consecuencia de un comportamiento doloso o culposo, o sea, por actuar con intención torticera de engañar o dañar a la contraparte o con negligencia o imprudencia grave e inexcusable. En palabras de algunos autores, «aunque de los tratos preliminares no surge la obligación de concluir un contrato, sí pueden surgir expectativas de derecho que dan lugar a determinados comportamientos encaminados a satisfacerlas, que resultarían antijurídicas en caso de incumplimiento de la buena fe por una de las partes»<sup>75</sup>. En esta línea también se pronuncian los Tribunales laborales, para quienes el hecho de que el contrato todavía no haya nacido, por falta de sus elementos esenciales, no impide que una de las partes tenga que indemnizar a la otra. Así, «los tratos preliminares pueden ser y son frecuentemente fuente de obligaciones para quienes, con su conducta dolosa o culposa, producen 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»<sup>76</sup>.

En relación con la cuantificación de la indemnización, cabe señalar que –al igual que sucede en el caso del precontrato– no existe una cantidad fijada legalmente para el incumplimiento del deber de

<sup>75</sup> LIMÓN LUQUE, M. A. y ESPÍN SÁEZ, M., *op. cit.*, pág. 10. Dichos autores utilizan el término «antijuridicidad» como equivalente a imprudencia o dolo imputable al sujeto causante del daño; además, consideran esta responsabilidad como precontractual, reconducible al artículo 1.902 C.c., salvo en el caso de que el incumplimiento derive de un pacto de negociación (pág. 11).

<sup>76</sup> STS de 2 mayo 1984 (Ar. 2950). También sentencia de igual Tribunal de 23 octubre 1986, cit. y STSJ Andalucía (Málaga) de 4 diciembre 1998 (AS 7675). En este sentido, y aun derogado, también cabe citar por su interés el artículo 15 Ley de contrato de trabajo de 1944, según el que, «si el empresario exigiese previamente a un trabajador que se le presente para ver si le conviene, en caso de duda deberá suplirle los gastos hechos justificadamente al efecto, y ello aunque no llegare a celebrarse el oportuno contrato de trabajo».

buena fe durante los tratos preliminares (dado que la normativa laboral ni siquiera alude a los tratos preliminares ni al precontrato), ni tampoco las partes suelen prever una cláusula indemnizatoria para estos casos –aquí a diferencia de lo que puede suceder en el precontrato–, por lo que aquella tarea corresponde a los órganos jurisdiccionales. Con todo, antes de la actuación del órgano en cuestión, la parte interesada debe probar la conducta vulneradora del deber de buena fe, así como la existencia de los daños y perjuicios causados<sup>77</sup>. Habitualmente, estos consisten en gastos de viajes o alojamiento y otros similares a los que el reclamante tuvo que hacer frente para asistir a las reuniones con la otra parte, o sea, lo que se entiende como «daño emergente». En otras palabras, se trata de restituir «la situación del dañado a la que hubiese tenido con anterioridad al inicio de los tratos preliminares, de no haberse producido estos»<sup>78</sup>. En general, no parece que existan razones de peso para indemnizar también el denominado «lucro cesante», pues el reclamante debe saber que no tenía derecho a esperar lucro de una situación que todavía no le vinculaba jurídicamente a la contraparte. De la misma manera, parece difícil que haya lugar a reclamar indemnización por daños morales, aunque habrá que estar a las circunstancias de cada caso<sup>79</sup>.

Por último, no cabe cerrar este apartado sin antes comentar las dudas planteadas en torno al orden jurisdiccional competente para conocer de los conflictos que suscitan los tratos preliminares. A favor de la competencia del orden jurisdiccional civil podría argumentarse que: 1) se está ante cuestiones ajenas a un contrato de trabajo, pues este todavía no existe; y 2) la general naturaleza extracontractual de las acciones ejercitadas. Sin embargo, la mayoría de los Tribunales del orden social entiende que son competentes para resolver sobre los citados conflictos en base a una interpretación flexible de lo dispuesto en el artículo 2 a) LPL, al fin y al cabo las negociaciones previas van dirigidas a concluir un precontrato o contrato de trabajo<sup>80</sup>. En igual sentido, se manifiesta la mayoría de la doctrina científica<sup>81</sup>.

Sea como fuere, resulta claro que la responsabilidad de fijar la cuantía de la indemnización corresponde al órgano de instancia, salvo posible revisión en vía de recurso en el caso de evidente extralimitación.

## 2. Precontrato y contrato de trabajo *in facto esse* o en ejecución.

La distinción del precontrato del contrato de trabajo *in facto esse* o en ejecución es clara en la medida en que en este último se da y recibe trabajo, o sea, se está ante un contrato en plena vigencia o desarrollo, lo que no sucede en el primer contrato<sup>82</sup>. En este sentido, el artículo 8.1 ET exige, para que juegue la presunción de la existencia de contrato de trabajo, que se dé una prestación de servicios por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro a cambio de una remuneración.

<sup>77</sup> Cfr. sentencias TS de 2 mayo 1984, cit. y 13 marzo 1986 (Ar. 1312).

<sup>78</sup> ALFONSO MELLADO, C. L., *op. cit.*, pág. 41.

<sup>79</sup> LIMÓN LUQUE, M. A. y ESPÍN SÁEZ, M. (*op. cit.*, pág. 12) defienden tal posibilidad.

<sup>80</sup> Cfr. sentencias TS de 2 mayo 1984 y 13 marzo 1986, ya citadas.

<sup>81</sup> Cfr. ALFONSO MELLADO, C. L., *op. cit.*, pág. 107. También, aún sin clarificar su postura final, LIMÓN LUQUE, M. A. y ESPÍN SÁEZ, M. *op. cit.*, p.13.

<sup>82</sup> Así, STCT de 11 febrero 1986, cit.

Además, el objeto y causa es diferente en ambos contratos. Así, mientras que el objeto del contrato de trabajo consiste en las recíprocas prestaciones laboral y salarial, según se mire desde el punto de vista del empresario o del trabajador, el objeto directo e inmediato del precontrato es la «ulterior y efectiva celebración del contrato de trabajo entre las partes que ahora se comprometen»<sup>83</sup>. No obsta a lo recién expuesto, el que se pueda reconocer que el objeto último del precontrato también consiste en la consecución de las mencionadas prestaciones. Por lo que respecta a la causa, la del contrato de trabajo se identifica con la voluntad de cambio entre trabajo y salario, ordenada a la producción de bienes y servicios, y la del precontrato con la voluntad de cumplir en el futuro las obligaciones de dar el trabajo ofertado al trabajador y ponerse a disposición del empresario<sup>84</sup> o, más brevemente, «el intercambio de promesas»<sup>85</sup>. Con todo, también aquí podría admitirse que la causa última del precontrato es el intercambio futuro entre trabajo y salario, pues a ello se dirige aquel. Por lo tanto, podría concluirse que el contrato de trabajo tiene un objeto y causa únicos y que el precontrato tiene un objeto y causa dobles, unos inmediatos o directos y otros mediatos o indirectos. La diferencia entre el contrato y el precontrato se halla en los primeros, los inmediatos o directos.

De manera similar, la diferencia entre el precontrato y el verdadero contrato de trabajo también se aprecia en sus efectos, pues aunque ambos contratos generan verdaderas obligaciones jurídicas recíprocas para las partes, estas son diferentes. En el caso del contrato de trabajo, el intercambio de las prestaciones es exigible ya; en el precontrato, solo en un momento futuro, determinado o determinable. Por lo tanto, en el primer supuesto, el trabajador tiene derecho a la ocupación efectiva y, en todo caso, a la percepción de los salarios si el empresario se retrasare en dársela por causa no imputable a aquel (art. 30 ET). De igual forma, una vez vigente el contrato, el trabajador podría ejercer las acciones de resolución del mismo en base a un incumplimiento grave de las obligaciones del empresario (art. 50 ET) o de despido. Desde luego, dichas acciones no proceden en caso de incumplimiento del precontrato, pues el verdadero contrato de trabajo no llegó a nacer.

A pesar de sus diferencias, la necesidad de distinción entre ambas figuras puede surgir cuando el verdadero contrato de trabajo va precedido de un ofrecimiento (verbal o escrito) al trabajador de las condiciones de trabajo, pues entonces puede dudarse de la naturaleza de ese ofrecimiento previo, o sea, de si forma parte del verdadero contrato de trabajo, es un simple precontrato o, incluso, un mero trato preliminar. Un ejemplo de este supuesto dudoso es el resuelto en la STSJ Madrid de 22 de septiembre de 1998, ya citada. En el caso de autos, la empresa envía a la trabajadora una carta notificándole que había sido seleccionada para ocupar un puesto de jefe de marketing, expresándole a continuación las condiciones del trabajo que se le ofrecían, que consistían, entre otras, en un contrato temporal de un año, un salario bruto anual de cinco millones de pesetas, una prima anual en función de objetivos de un millón más y un complemento adicional por comida de novecientas pesetas día. La oferta tenía una vigencia de quince días, transcurridos los cuales sin noticias de la trabajadora, la oferta quedaba sin valor. Finalmente, la relación laboral comienza dentro del indicado

<sup>83</sup> Cfr. SEMPERE NAVARRO, A. V.: «La preparación del contrato de trabajo», *DL*, 1991-II, núm. 34, pág. 58. También LIMÓN LUQUE, M. A. y ESPÍN SÁEZ, M. *op. cit.*, pág. 14.

<sup>84</sup> Cfr. MARTÍNEZ GIRÓN, J., *op. cit.*, pág. 661; ALARCÓN CASTELLANOS, M.<sup>a</sup> M.: «La difícil delimitación entre el precontrato y el contrato de trabajo de ejecución futura», *AS*, 2000, pág. 4. (impreso de Aranzadi Westlaw-Bibliografía). También SSTCT de 5 abril 1967 (*JS*, 1967, núm. 22, ref. 204) y 6 diciembre 1974 (Ar. TCT 5257).

<sup>85</sup> LIMÓN LUQUE, M. A. y ESPÍN SÁEZ, M., *op. cit.*, pág. 16.

plazo y se formaliza el contrato de trabajo en el que no se incluye la prima por objetivos ni el complemento por comida. Sin embargo, la empresa cumple con el segundo, pero no con la primera.

Ante tal situación, es necesario resolver sobre la naturaleza y efectos del escrito inicial y su relación con el posterior contrato. A priori, parece claro que no se está ante un caso de simple trato preliminar, pues el escrito incluye, detalladamente, todas las condiciones de trabajo y, además, se hace con ánimo de obligarse. Tampoco parece que se esté ante un precontrato (a pesar del *animus obligandi*), dado que el escrito no tiene mero valor de negociación previa o preparatoria respecto a un ulterior contrato de trabajo. En efecto, el escrito en cuestión ya contiene todas las condiciones laborales de un puesto de trabajo que se ofrece con carácter inmediato, de ahí el breve plazo que se concede para la aceptación de la oferta. Así las cosas, debe concluirse que el referido escrito forma parte del verdadero y único contrato de trabajo que se celebra entre las partes.

Ahora bien, cuestión importante que aún queda por determinar respecto del caso analizado es la de cuáles son los efectos de que en el posterior documento contractual no se reflejen algunas de las condiciones ofertadas inicialmente. La respuesta depende de en qué momento situemos el nacimiento del verdadero contrato de trabajo, bien inicialmente, tras la aceptación por la trabajadora del escrito de la empresa, bien posteriormente, tras la firma del documento contractual. Desde este punto de vista, resulta claro que el auténtico contrato de trabajo nace y queda perfeccionado cuando se produce el mutuo acuerdo de las partes sobre las condiciones laborales, o sea, en el momento inicial, siendo el posterior documento «un simple intento de plasmar por escrito las cláusulas previamente convenidas, sin que las omisiones discutidas puedan alterar las primitivas y vinculantes condiciones a cuyo tenor se logró el acuerdo de voluntades», correspondiendo, en todo caso, a la empresa probar la causa de las discrepancias<sup>86</sup>. Por lo tanto, a falta de tal prueba justificada (*v. gr.*, error), cabe concluir que hay que estar a lo acordado inicialmente y, en consecuencia, el trabajador tiene derecho a cobrar la prima por objetivos aunque esta no figure en el posterior documento contractual.

A favor de la posición recién expuesta, cabe alegar los siguientes argumentos: a) el artículo 8 ET establece que el contrato se podrá celebrar por escrito o de palabra e, incluso, cuando exige forma escrita, esta nunca tiene carácter constitutivo o *ad solemnitatem*; b) el artículo 1.258 C.c. prevé que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan al cumplimiento de lo pactado y de todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley; c) el artículo 1.091 C.c. dispone que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse a tenor de los mismos; d) de la interrelación de los artículos 1.261, 1.262 y 1.451 C.c. es obligado deducir que el contrato de trabajo plenamente eficaz (consentimiento, objeto y causa) ya existía desde que la trabajadora participó voluntariamente en el proceso selectivo convocado tras la aceptación del escrito inicial, por lo que las omisiones producidas al redactarlo por escrito carecen de todo valor y eficacia jurídica; y e), finalmente, la empresa abona voluntariamente el complemento diario para comida a pesar de que este no figuraba –al igual que la prima por objetivos– en el documento contractual, lo que evidencia que este no tenía plenos efectos vinculantes<sup>87</sup>.

<sup>86</sup> Sentencia citada en el texto.

<sup>87</sup> *Ibidem*.

Por último, debe advertirse que, en caso de discrepancia entre el precontrato y el futuro contrato, debe aplicarse una solución similar a la aquí expuesta respecto del propio contrato de trabajo y su posterior formalización.

### 3. Precontrato y contrato de trabajo *in fieri* o de ejecución futura.

La jurisprudencia define el contrato de trabajo *in fieri* o de ejecución futura como aquel que está sometido a término o condición suspensiva<sup>88</sup>, por lo tanto, se trata de un contrato que, aunque perfecto (nacido), no se halla consumado. Ciertamente, en cuanto la perfección deriva del mutuo y libre consentimiento de las partes, el nacimiento del contrato no se condiciona al comienzo de la actividad laboral<sup>89</sup>. En tales casos hay que distinguir entre el acto de celebración del contrato y los actos de cumplimiento o ejecución del mismo, que se posponen en el tiempo.

En cuanto a la distinción entre el precontrato y el contrato de trabajo *in fieri* o de ejecución futura, cabe destacar su dificultad, en cuanto en ninguno de ellos existe una prestación de servicios que dé vida real a los contratos<sup>90</sup>. En efecto, ambos contratos han nacido, existen, pero carecen de una ejecución continuada que se plasme en el desarrollo de las prestaciones recíprocas de las partes.

Con todo, existen sentencias que insisten expresamente en su distinción, señalando, por ejemplo, que el acuerdo de las partes existente en el caso de autos no se configura como un precontrato o promesa de contrato, sino como «un auténtico contrato, en la medida en que concurren ya los requisitos precisos para ello» (art. 1.261 C.c.), o sea, el consentimiento de los contratantes, el objeto cierto (los concretos servicios a prestar por el trabajador como pelotari y su concreta retribución, junto a las condiciones de esas prestaciones y la obligación indemnizatoria por la demora en el comienzo del trabajo) y la causa de esas obligaciones (mutuamente, los servicios y su remuneración; y en cuanto al pago hasta el inicio de aquellos, la citada demora)<sup>91</sup>. En otras palabras, «lo que las partes pactaron el 1 de noviembre de 1999 no fue que se iniciara en esa fecha la prestación de servicios, sino en otra posterior, pendiente de concretar», si bien fijando una fecha límite para su comienzo. «Tal circunstancia no obsta a la existencia del contrato de trabajo, ya que este es de naturaleza consensual y, por lo tanto, existe desde que se asume por ambas partes la realización de las obligaciones constitutivas del mismo», aunque estas se demoren para un momento posterior<sup>92</sup>.

De igual manera, una parte de la doctrina también considera que el precontrato y el contrato de trabajo *in fieri* son dos figuras diferentes, cada una con su propio régimen jurídico, y que, incluso, pueden presentarse de manera sucesiva en un mismo supuesto de hecho. Para algún autor, esto es lo que sucede en un caso concreto en el que un empresario ofrece un puesto a una trabajadora sometido

<sup>88</sup> Por ejemplo, la obtención del correspondiente permiso de trabajo en relación con un trabajador extranjero (STSJ Madrid de 15 noviembre 2002; JUR 2003/95681).

<sup>89</sup> STS de 17 noviembre 1987 (Ar. 8007). También STCT de 30 abril 1981 (Ar. TCT 2879).

<sup>90</sup> Sobre la dificultad de la distinción entre ambos contratos, STSJ Galicia de 16 abril 2002, cit.

<sup>91</sup> STSJ País Vasco de 21 diciembre 2004 (AS 210).

<sup>92</sup> *Ibidem*.

a la condición de que se gane el concurso público en el que se licita por un contrato administrativo para gestionar un parque natural<sup>93</sup>. Aun sin añadir más detalles sobre el puesto, la trabajadora acepta la oferta en la medida que facilita a la empresa copia de su título de bióloga del que depende el poder ganar el referido concurso. En este momento, hay un precontrato entre las partes. Con posterioridad, el empresario comunica a la trabajadora que se había conseguido el contrato administrativo y, a la vez, le informa de sus condiciones de trabajo, precisando con detalle su actividad laboral («enseñar el parque nacional, recibir a los visitantes en el centro de recepción y censar a las aves»), jornada y horario de trabajo, salario y término de su contrato temporal. A los pocos días, la trabajadora acepta expresamente todas las condiciones y, en ese instante, se fija fecha concreta para el comienzo efectivo de su actividad laboral (14 de mayo), lo que supone posponer esta aún un tiempo. Para el mencionado autor, en el momento de la aceptación de esas condiciones por la trabajadora acaba el precontrato y nace el contrato de trabajo *in fieri* o de ejecución futura sometido a un término cierto.

En mi opinión, aunque desde un punto de vista gráfico y de evolución de los hechos, parezca que la situación cambia a partir del momento en que el empresario precisa las condiciones laborales y fija nueva fecha para la incorporación del trabajador, lo relevante para saber si se está ante una única figura jurídica (precontrato) o dos (precontrato y contrato de trabajo *in fieri*) es atender a los efectos jurídicos que derivan de una u otra situación. Si estos son los mismos, la discusión carece de sentido.

Desde este punto de vista, cabe comenzar dejando constancia de la existencia de una posición jurisprudencial –si bien minoritaria– que estima que, de estarse ante el incumplimiento de un contrato de trabajo ya perfeccionado, con independencia de que se haya iniciado o no su ejecución, el régimen aplicable es el propio de la relación laboral en vigor y no el del precontrato. En consecuencia, se defiende que, ante el incumplimiento empresarial de dar el trabajo ofertado, el trabajador puede ejercer las mismas acciones que si el contrato estuviese en pleno desarrollo, como la de reclamación de salarios del artículo 30 ET o la de despido. Respecto de la primera, el Tribunal Supremo ha estimado que, para poder reclamar tales salarios, no es menester «que hubiese comenzado la realización efectiva de los trabajos, ya que basta con que el contrato empiece a producir efectos, es decir, con su vigencia, momento que se identifica con el instante en que se pusieron de acuerdo las partes y se señala una fecha para comenzar aquellos»<sup>94</sup>.

En cuanto a la aceptación de la acción de despido para impugnar un contrato de trabajo de ejecución futura<sup>95</sup>, se argumenta que «la promesa formal y eficaz de contrato de trabajo desatendida es un despido»<sup>96</sup>. Un caso particular en el que se aceptó dicha acción es el que se expone a continuación. El trabajador, tras estar vinculado a la empresa por diferentes contratos temporales (legales) de interinidad y obra y servicio, al término del último (31 de julio de 2002), firma un nuevo contrato temporal de obra y servicio con fecha de 1 de agosto, con el objeto de prestar servicios desde el 19 de septiembre

<sup>93</sup> ALARCÓN CASTELLANOS, M.<sup>a</sup> M., *op. cit.*, pág. 5.

<sup>94</sup> STS de 17 noviembre 1987, ya citada.

<sup>95</sup> En este mismo sentido, ALARCÓN CASTELLANOS, M.<sup>a</sup> M., *op. cit.*, pág. 8. También SEMPERE NAVARRO, A. V., *op. cit.*, págs. 53 y 65: «si se incumple un contrato ya perfeccionado, haya comenzado o no a desarrollarse efectivamente la prestación laboral, o a abonarse el salario, habrán de aplicarse las figuras e instituciones (despido incluido) genéricas del contrato de trabajo».

<sup>96</sup> STSJ Asturias de 20 noviembre 1998 (AS 6855).

hasta el 31 de julio del año siguiente. Llegado el día previsto para el comienzo de los nuevos servicios, el trabajador es rechazado en la empresa en base a que su anterior contrato de obra ya había finalizado el 31 de julio y no existía nuevo contrato. Ante tal situación, el trabajador reclama por despido en base a la existencia de «un acuerdo serio y cierto de reanudar la relación en septiembre de 2002», ante lo cual, los órganos jurisdiccionales le dan la razón, al considerar que existía algo más que una seria expectativa de contrato, o sea, un verdadero contrato<sup>97</sup>. Ahora bien, a mi parecer, o no se está ante un verdadero contrato de trabajo *in fieri*, o la admisión de la acción de despido resulta cuestionable.

A priori, resulta claro que el contrato de trabajo último y vigente entre las partes (firmado el 31 de julio de 2002) no va acompañado de una efectiva prestación de servicios, pues esta se pospone para el 18 de septiembre, por lo que parece que aquel cabe dentro de la categoría propuesta y la mencionada acción no debería proceder, al menos si el referido contrato se valora aisladamente. Ahora bien, el que los órganos jurisdiccionales hayan aceptado la acción de despido puede basarse en el hecho de la concatenación de sucesivos contratos temporales y, por lo tanto, en la existencia de una relación laboral previa. En este sentido, conocida es la posición jurisprudencial según la que la sucesión de contratos temporales fraudulentos convierte al trabajador en fijo y le permite accionar por despido ante la extinción del último contrato temporal. Además, en el caso de autos, tras la firma del último contrato y antes del comienzo de la prestación laboral, el trabajador pasa a disfrutar parte de las vacaciones pendientes del anterior contrato (del 2 al 15 de septiembre), lo que demuestra la interrelación entre ambos contratos y la permanencia de la relación laboral anterior.

En fin, frente a la posición minoritaria recién expuesta, la mayoría de la doctrina y jurisprudencia considera que los efectos jurídicos de las dos figuras contractuales examinadas son prácticamente iguales. Dicha igualdad se constata, además, en el tipo de acciones legales que los trabajadores pueden o no interponer frente a la contraparte incumplidora de la obligación de dar el trabajo prometido, pues, como se verá, son las mismas<sup>98</sup>. En este sentido, si las acciones son las mismas, las diferencias entre ambos contratos son más aparentes que reales. Centrándome en el contrato de trabajo *in fieri*, cabe destacar que, mayoritariamente, se ha negado la posibilidad de que puedan interponerse las acciones previstas para exigir el cumplimiento de las obligaciones típicas del contrato de trabajo, como la de reclamación de salarios (art. 30 ET), pues sin prestación de servicios no hay salario, o la de despido (art. 56 *ibíd.*)<sup>99</sup>. Respecto de esta, la jurisprudencia ha precisado que su ejercicio exige la extinción de un contrato de trabajo *in facto esse* o en ejecución, por lo que no puede referirse nunca a un contrato que no se hubiese comenzado a ejecutar<sup>100</sup>.

Por las mismas razones, tampoco cabe la acción de extinción del contrato por previo incumplimiento del empresario (art. 50 *ibíd.*). En relación con esta última, también es abundante la jurisprudencia que señala que dicha acción debe aplicarse al caso de una relación laboral ya consolidada, con efectiva y real prestación de servicios, por lo que no procede cuando esta no existe<sup>101</sup>. Más claramen-

<sup>97</sup> STSJ Madrid de 15 diciembre 2003 (AS 715).

<sup>98</sup> Cfr. STSJ Galicia de 16 abril 2002, cit.

<sup>99</sup> Así, STSJ Madrid de 15 noviembre 2002, cit. En el caso de autos, resulta doblemente claro que no procedía la acción de despido porque, tras cumplirse la condición suspensiva, el empresario había requerido al trabajador para su incorporación al puesto.

<sup>100</sup> STCT de 11 febrero 1986, cit.

<sup>101</sup> STS de 21 de febrero 1991 (Ar. 859).

te, «cuando el contrato está perfeccionado, pero no ha llegado a nacer (a modo de lo que sucede con la situación del feto durante el embarazo), puede ocurrir que se trunque ese nacimiento por un incumplimiento empresarial o, incluso, que el empresario pueda transgredir obligaciones complementarias pactadas para el período de gestación, pero en estos casos no cabe acudir a la acción resolutoria de un contrato de trabajo que no ha llegado a nacer, sin perjuicio de que puedan ejercitarse acciones destinadas a exigir el cumplimiento de esas obligaciones y/o reparar los daños y perjuicios causados»<sup>102</sup>.

En definitiva, lo único que existe en el caso de un contrato perfeccionado, pero no consumado, es la «obligación recíproca de poner en ejecución el contrato dando y prestando trabajo», por lo que el incumplimiento culpable de dichas obligaciones se resuelve con una indemnización de daños y perjuicios del artículo 1.101 C.c. Ciertamente, la primera alternativa del artículo 1.124 de igual texto legal, esto es, la de exigir el cumplimiento, es incoercible, al menos desde el punto de vista del trabajador, que «asume una obligación personalísima y puede dimitir en cualquier momento», a diferencia de lo que ocurre con otros contratos consensuales, como, por ejemplo, la promesa de venta, «en cuyo caso se puede exigir el cumplimiento de lo pactado y ejecutar el contrato mediante el otorgamiento de escritura pública, incluso sustituyendo la autoridad judicial la voluntad del contratante contumaz»<sup>103</sup>.

## V. COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN LABORAL

### 1. Relación con la jurisdicción civil.

Dado que los artículos 1 y 2 LPL (ni sus precedentes) no atribuyen expresamente las cuestiones litigiosas que suscitan los actos previos al contrato, como la propia promesa de celebrar este, a los órganos jurisdiccionales del orden social, quizás podría cuestionarse si aquellas deben resolverse en el citado orden jurisdiccional o en el civil.

Sin embargo, ya desde antiguo la jurisprudencia ha venido entendiendo que, dado que el precontrato supone «el nacimiento en potencia de un contrato laboral indiscutible», resulta evidente que «el conflicto surgido del mismo cae de lleno dentro de la competencia de esta jurisdicción» social<sup>104</sup>. En otras palabras, las «situaciones previas a la celebración de un contrato tienen la naturaleza de este y, por lo tanto, la calificación que ha de hacerse a un precontrato de trabajo es la de laboral y no civil»<sup>105</sup>. Así pues, cualquiera que sea el grado de perfección del contrato, precontrato o actos preparatorios y su trascendencia en orden a la llamada culpa *in contrahendo*, al hallarse tales actos enderezados a la finalización de un contrato de trabajo participan de la naturaleza de este. En otras palabras, caen dentro de la competencia de la jurisdicción social, «por razón de congruencia e identidad de naturaleza, no solo las relaciones surgidas en y con posterioridad al nacimiento del contrato de trabajo, sino los estadios previos al mismo, que forman con él un todo inseparable informado del

<sup>102</sup> STSJ País Vasco de 21 diciembre 2004, cit.

<sup>103</sup> STSJ Cataluña de 15 diciembre 2006, cit.

<sup>104</sup> STCT de 5 abril 1967 (JS, 1967, núm. 22, ref. 204). Citada por MARTÍNEZ GIRÓN, J., *op. cit.*, pág. 663, como la primera que conoce sobre el particular.

<sup>105</sup> STS de 9 marzo 1984 (Ar. 1544). También, entre otras muchas, sentencia de igual Tribunal y año de 2 mayo, ya citada.

mismo carácter laboral»<sup>106</sup>. En fin, se insiste nuevamente en que «la relación jurídica precontractual o prenegocial, equivalente a un precontrato de trabajo, tiene naturaleza laboral» y no civil<sup>107</sup>.

Más recientemente, abundante y reiterada jurisprudencia se pronuncia en similar sentido. Así se añade, por ejemplo, que es «indudable» que las cuestiones que surjan de la ejecución del acuerdo precontractual son de la competencia del orden jurisdiccional social<sup>108</sup>. Más ampliamente, la acción solicitando el cumplimiento de la promesa de contrato «reviste una indudable naturaleza laboral», pues, aunque en el momento de formularse la demanda no existe relación laboral viva, sí existe «un *legítimo interés* e, incluso, un *presunto derecho del actor a ser contratado laboralmente*, y esos actos previos o antecedentes preparatorios del eventual y futuro contrato de trabajo participan de la misma naturaleza de este, constituyendo la repetida expectativa de derecho a ser contratado el presupuesto de una relación que solo queda por formalizar, de suerte que todas las incidencias surgidas con ocasión de tales actos preparatorios quedan sometidos al conocimiento del orden jurisdiccional social», por estricta aplicación del artículo 2 a) LPL<sup>109</sup>. En base al razonamiento expuesto, resulta claro que también es competente el orden jurisdiccional social para conocer de la acción que solicita el abono de la indemnización pactada para el caso de incumplimiento del precontrato<sup>110</sup>.

## 2. Relación con la jurisdicción contencioso-administrativa.

Con todo, las mayores dudas sobre el orden jurisdiccional competente se presentan en aquellos casos en los que la expectativa de ser contratado se ostenta en procesos de contratación dentro del ámbito de la *Administración pública*, dudando entonces entre la competencia del orden social o del contencioso-administrativo.

Sobre el particular existe abundante jurisprudencia que ha venido declarando la competencia del orden social cuando se pide el cumplimiento de una expectativa a ser contratado por parte de la Administración, siempre que esta derive de un precontrato de trabajo. Así, se ha considerado que «el contrato de trabajo, como cualquier negocio jurídico, tiene una fase previa que se inicia» con una oferta, como puede ser «una oferta pública de empleo» dirigida a terceras personas, que, una vez aceptada por las personas que figuraban en las listas de contratación, es equivalente a un precontrato de trabajo<sup>111</sup>. Así, si la Administración propició la obtención de una plaza laboral convocada al efecto y exigió cuantos requisitos estimó necesarios, resulta claro que «todas las incidencias que surjan, una vez superado el proceso selectivo, son de naturaleza laboral», a diferencia de las impugnaciones que se planteen antes de la finalización de dicho proceso<sup>112</sup>. Un ejemplo de reclamación laboral sería aquella en que se solicita el reconocimiento del derecho a ser contratado y, subsidiariamente, indemnización de daños y perjuicios, por hallarse en una lista definitiva de admitidos de la Administración, pues entonces los

<sup>106</sup> STCT de 5 enero 1988 (Ar. TCT 658).

<sup>107</sup> STS de 30 octubre 1988, cit. También STSJ Cataluña de 15 julio 2003 (AS 2900).

<sup>108</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 3 mayo 1994 (AS 2223).

<sup>109</sup> STSJ Castilla y León (Valladolid) de 28 septiembre 1998, cit.

<sup>110</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 6 marzo 2001 (AS 2787).

<sup>111</sup> STSJ Castilla y León (Valladolid) de 27 abril 1993 (AS 2115).

<sup>112</sup> Auto Tribunal Supremo (Sala de Conflictos de Competencia) de 15 diciembre 1994, cit.

incluidos tienen «una situación expectante jurídicamente protegible», que ha de calificarse de precontractual y de la misma naturaleza que la contratación a la que atiende <sup>113</sup>. En efecto, la inclusión en las bolsas de trabajo o listas de espera de los diferentes organismos públicos, una vez superada la fase de selección, «constituye una propuesta de contratación o, más aun, equivale a un precontrato que genera entre las partes el deber fundamental de concluir el contrato de trabajo» <sup>114</sup>.

Aunque no se habla expresamente de la existencia de precontrato, la posible aplicación del razonamiento recién expuesto lleva a los Tribunales a declarar la competencia del orden jurisdiccional social en muchos otros supuestos similares. Como, por ejemplo, cuando se trata de resolver sobre la impugnación de una contratación laboral temporal efectuada por el Organismo autónomo de Correos y Telégrafos para cubrir vacantes y sustituciones de personal fijo y cuando aquella se efectúa por una persona incluida en la lista definitiva de admitidos que se considera con derecho preferente respecto de la que finalmente fue contratada <sup>115</sup> o cuando lo que se impugna es la contratación laboral también efectuada por el mencionado Organismo de una persona que no figura en la lista frente a otra que sí figura <sup>116</sup>. Ciertamente, en ambos casos, a pesar de que no se menciona el precontrato, sí se alude a que las demandantes ostentan unas expectativas de derecho a ser contratadas, las cuales deben ser protegidas.

Sin embargo, frente a los supuestos anteriores, también es posible encontrar otros similares en los que la competencia se declara a favor del orden contencioso-administrativo. Sirva como ejemplo la STSJ País Vasco de 14 de julio de 1998 <sup>117</sup>, respecto de la demanda de una trabajadora de nuevo ingreso en la que solicita el reconocimiento de su derecho a ser contratada por el Servicio Vasco de Salud frente a otra persona, así como una indemnización de daños y perjuicios.

Por lo demás, no faltan algunas sentencias que introducen un matiz en la competencia del orden jurisdiccional social, pues la limitan al conocimiento de cuestiones relacionadas con el derecho a ser contratado. Así, la citada jurisdicción resulta competente para resolver sobre la reclamación de un trabajador a ser contratado con preferencia respecto de otro que está posterior en la lista de espera, pero no a la hora de decidir sobre la reclamación de una indemnización de daños y perjuicios exigida a la Administración <sup>118</sup>. En este segundo caso, se entiende competente el orden contencioso-administrativo, pues el derecho a la indemnización dimana del anormal funcionamiento de la Administración en cuanto tal <sup>119</sup>.

En fin, con el objeto de clarificar la situación precedente, la importante Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2000 <sup>120</sup>, que resuelve un recurso de casación para unificación de doctrina,

<sup>113</sup> STSJ Principado de Asturias de 21 junio 1996 (AS 1699). También STS de 17 noviembre 1997 (AS 8315).

<sup>114</sup> STSJ Islas Canarias (Las Palmas) de 19 diciembre 1996 (AS 107). En igual sentido, STSJ Principado de Asturias de 8 mayo 1998 (AS 1595).

<sup>115</sup> STS de 12 diciembre 1997 (Ar. 9167), resolviendo recurso de casación para unificación de doctrina.

<sup>116</sup> STS de 19 enero 1999 (Ar. 1020), resolviendo recurso de casación para unificación de doctrina.

<sup>117</sup> AS 6987.

<sup>118</sup> STSJ Madrid de 21 julio 2000 (AS 3887).

<sup>119</sup> También Sentencias TSJ Castilla y León (Burgos) de 10 noviembre 1994 (AS 4222) y Extremadura de 29 abril 2003 (AS 2960) y STS de 14 julio 1998 (Ar. 7016), en este supuesto, la reclamación derivaba de una resolución administrativa por la que se dejaba vacante una plaza una vez concluido el proceso selectivo.

<sup>120</sup> Ar. 8661, dictada en recurso de casación para unificación de doctrina. También Sentencias de igual Tribunal de 21 julio 1992 (Ar. 5641) y 11 marzo 1993 (Ar. 8677).

se pronuncia en el sentido que se expone a continuación. Por un lado, resulta competente el orden jurisdiccional *contencioso-administrativo* cuando, a pesar de tratarse de la cobertura de puestos de trabajo de naturaleza laboral, se está ante una contratación «externa» o convocatoria «de nuevo ingreso», dado que entonces el órgano público correspondiente «está actuando una potestad administrativa en orden a la selección de personal conforme a parámetros de normas administrativas». Además, la «actuación de la Administración es previa al vínculo laboral y predomina en ella el carácter de poder público, pues está obligada a seguir lo dispuesto en los artículos 18 y 19 Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública», y preceptos concordantes de la normativa posterior sobre la materia <sup>121</sup>. Como se aprecia, la referida contratación está regida por el Derecho administrativo, que intenta garantizar los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad debido a la presencia de un interés general a proteger.

Así las cosas, resulta clara la competencia del citado orden jurisdiccional cuando el objeto de la demanda se concreta en la impugnación de la convocatoria, las bases de selección, la actuación del órgano juzgador, una fase o incidencia del proceso selectivo o, en fin, el orden de prelación establecido en las listas definitivas de admitidos para la cobertura de vacantes y sustituciones del personal fijo <sup>122</sup> o de la contratación laboral de una persona que no figura en la lista frente a otra que sí figura <sup>123</sup>. Como argumento adicional, el Tribunal Supremo estima que, en estos casos, los trabajadores demandantes carecen de «verdaderos derechos adquiridos a los puestos de trabajo» cuestionados, ostentando «unas meras expectativas a los mismos», que en el común de los casos no gozan de la protección del orden jurisdiccional social <sup>124</sup>.

Ahora bien, el mismo órgano jurisdiccional considera que la competencia del *orden jurisdiccional social* resulta indudable en dos supuestos: 1) cuando esas meras expectativas de los trabajadores a ser contratados se fundan en la existencia de un precontrato, dado que este queda comprendido en el ámbito del orden social de la jurisdicción <sup>125</sup>, salvo lo que se dirá *in fine*; y 2) cuando se está ante supuestos de promoción interna o de cobertura de vacantes del personal laboral que no sea de nuevo ingreso a los que se aplica normativa de carácter laboral. Ciertamente, en tales casos, la Administración actúa claramente como empresario dentro del marco de un contrato de trabajo propiamente dicho o de un precontrato laboral, por lo que no cabe duda sobre la jurisdicción competente.

### 3. Criterio determinante: la naturaleza del futuro contrato.

Por último, como colofón a este apartado, quiero comentar algunos curiosos supuestos en los que la idea que se tenga sobre la competencia jurisdiccional para conocer de los litigios que surgen de los acuerdos previos puede cambiar con las circunstancias y el tiempo, vinculándose la decisión final sobre la referida competencia a la naturaleza del futuro contrato. Me explico. En uno de los

<sup>121</sup> Como el Real Decreto 364/1995, de 10 marzo, por el que se aprueba el reglamento general del personal al servicio de la Administración general del Estado y provisión de puestos de trabajo.

<sup>122</sup> Cfr., en sentido contrario, la previa STS de 12 diciembre 1997, ya cit.

<sup>123</sup> Cfr., en sentido contrario, la previa STS de 19 enero 1999, ya cit.

<sup>124</sup> Sentencia citada de 4 octubre 2000, fundamento de derecho tercero *in fine*.

<sup>125</sup> En igual sentido, STSJ País Vasco de 9 julio 2002, cit.

casos objeto de estudio las partes acuerdan celebrar un próximo contrato de trabajo en virtud del cual el trabajador va a prestar servicios como director comercial de la empresa sujeto a una relación laboral de alta dirección. Antes de iniciarse la mencionada relación laboral especial, el trabajador percibe un importante anticipo a cuenta de sus salarios futuros (cinco millones de pesetas). Con posterioridad, la relación fracasa y el trabajador no es contratado, por lo que la empresa solicita la devolución de la cantidad anticipada a cuenta de los salarios. Denegada la referida devolución por el trabajador, la empresa interpone la correspondiente demanda por reclamación de cantidad <sup>126</sup>.

Aunque, a priori, con los datos expuestos, este parece ser un caso más de precontrato laboral, el órgano jurisdiccional de lo social a la hora de aclarar tal extremo, y, por lo tanto, su competencia o no, atiende a la naturaleza del futuro contrato. Desde luego, para que dicha naturaleza sea laboral, es imprescindible que aquel tenga retribución. En el caso estudiado, el precontrato inicial hace referencia a una retribución mínima, sin embargo, con posterioridad se establece «como condición ineludible para recibir la retribución convenida la consecución de determinados objetivos» por parte del trabajador. Resulta evidente que tal condición es «incompatible con el contrato de trabajo, porque faltaría uno de sus elementos esenciales, que es la retribución» <sup>127</sup>. Ciertamente, para que haya contrato de trabajo, siempre tiene que haber salario, que es objeto y causa de aquel, sin que su percepción pueda condicionarse a ninguna condición suspensiva. Sin retribución no hay trabajo objeto del Derecho del trabajo, sino trabajo esclavo o trabajo amistoso, benévolo o de buena vecindad; trabajos que quedan excluidos del ámbito de aplicación del citado Derecho. Así las cosas, en el caso descrito no sería competente el orden social, sino el civil.

De manera similar, también hay que atender a la naturaleza del futuro contrato para resolver con acierto sobre el orden jurisdiccional competente en algún otro caso. Más claramente, antes se ha indicado que el TS declara la competencia del orden jurisdiccional social cuando, dentro del ámbito de la Administración pública, la expectativa de un trabajador a ser contratado se funda en la existencia de un precontrato, dado que este queda comprendido dentro de los límites del orden social de la jurisdicción. Ahora bien, ello es así siempre que el futuro contrato que se celebre sea de naturaleza laboral, porque si esta fuese administrativa, el competente sería el orden contencioso-administrativo <sup>128</sup>. Como se aprecia, lo que es verdaderamente determinante a la hora de valorar la competencia de uno u otro orden jurisdiccional no es la existencia del precontrato en sí, sino la naturaleza del futuro contrato, lo que implica vincular directamente ambos contratos y hacer al primero dependiente del segundo, que, al fin y al cabo, es el más importante <sup>129</sup>.

En fin, en el supuesto de que la sentencia declare –erróneamente– la incompetencia del orden jurisdiccional social para conocer de la cuestión de fondo planteada, procede decretar su nulidad y reponer las actuaciones al momento inmediatamente posterior a la celebración del juicio, a fin de que el juzgador *a quo*, con plena libertad de criterio y jurisdicción propia, entre a resolver sobre aquella cuestión <sup>130</sup>.

<sup>126</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 7 diciembre 1999, cit.

<sup>127</sup> *Ibidem*.

<sup>128</sup> STSJ Extremadura de 29 abril 2003, ya citada.

<sup>129</sup> En similar sentido, LIMÓN LUQUE, M. A. y ESPÍN SÁEZ, M. (*op. cit.*, pág. 22).

<sup>130</sup> Cfr. STSJ Castilla y León (Valladolid) de 28 septiembre 1998, ya citada.

## VI. EFECTOS

### 1. Obligaciones recíprocas.

El precontrato de trabajo, esto es, la aceptación de la oferta de trabajo, genera *obligaciones recíprocas* para ambas partes, en la medida en que el empresario queda obligado a dar el trabajo prometido y el trabajador a ponerse a disposición de aquel. En otras palabras, a partir del concurso de la oferta y la aceptación sobre el objeto del contrato, este obliga a todas las consecuencias que de él se deriven, «siempre que sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley»<sup>131</sup>. Ciertamente, el precontrato es «un contrato del que se derivan obligaciones jurídicas concretas que no deben equipararse con meros tratos o contactos preliminares, ya que todo precontrato es un estadio en fase previa al contrato definitivo del que no pueden desvincularse caprichosa y unilateralmente las partes, salvo incurriendo en manifiesta arbitrariedad por infringir todas las normas esenciales del Código civil en materia de obligaciones»<sup>132</sup>.

Más detalladamente, se prevé que la existencia de una promesa de contrato a favor del trabajador determina «el nacimiento para la patronal de una serie de obligaciones, todas ellas encaminadas a la efectiva formalización del contrato de trabajo» que permitirá a aquel «iniciar la prestación de sus servicios, aparejándose a ello todos los efectos prestacionales, retributivos, etc., propios» del citado contrato<sup>133</sup>. Y, viceversa, el precontrato genera para el trabajador la obligación principal de ponerse a disposición del empresario cuando llegue el momento señalado para el inicio de la prestación de servicios.

Ahora bien, con carácter general y como ya se ha apuntado, las principales obligaciones que nacen para las partes son de futuro, pues han de cumplirse en un momento que todavía no ha llegado, pero que ya está determinado o es fácilmente determinable. Con todo, ello no impide que alguna de las partes, o ambas, asuma ya ciertas obligaciones desde el mismo momento en que nace el precontrato. Como ejemplo de ello, el empresario puede quedar obligado a abonar al trabajador determinados anticipos a cuenta y el trabajador a realizar concretas gestiones preparatorias de cara a la futura prestación laboral. Todo ello dependerá de lo pactado entre las partes y del interés de una de ellas en hacer que el futuro contrato de trabajo llegue a nacer.

En relación con las obligaciones que asume el *empresario*, principalmente la de proporcionar al trabajador el puesto de trabajo prometido, resulta claro que su incumplimiento permite al trabajador interponer las correspondientes acciones, pues aquel incurre en «culpa *in contrahendo*»<sup>134</sup>. Se está ante el referido incumplimiento cuando el empresario, en vez de propiciar la contratación en las

<sup>131</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 19 febrero 2003, cit.

<sup>132</sup> STSJ Madrid de 22 septiembre 1998, cit.

<sup>133</sup> STSJ Castilla-La Mancha de 8 julio 2004, cit.

<sup>134</sup> STSJ La Rioja de 23 noviembre 2000 (JUR 2001/31599). También sentencias TSJ Madrid (dos) de 14 octubre 2004 (AS 2845) y de 5 julio 2005, cit. y Cantabria de 4 marzo 2004 (AS 899: «con independencia de la calificación o denominación que se le dé al acuerdo» precontractual, resulta claro que «de él nace la obligación para la empresa, cuyo incumplimiento autoriza a la indemnización de daños y perjuicios»).

condiciones acordadas, cambia estas por otras, por ejemplo, el lugar de trabajo <sup>135</sup>; o cuando procede a formalizar contrato con otro trabajador para el cargo que le había ofertado a aquel <sup>136</sup> o, simplemente, deja este vacante alegando circunstancias nuevas no mencionadas en el precontrato. Ocurre esto último cuando, por ejemplo, el empresario se niega a contratar al trabajador en base a que aquel no ha conseguido cerrar un negocio o perfeccionar un contrato de obra o servicio con otra empresa en la que se supone iba a prestar servicios el trabajador, cuando el puesto ofertado en el precontrato era de duración indefinida y no de carácter temporal <sup>137</sup>.

En todo caso, cabe precisar que el éxito de la acción del trabajador queda supeditado al cumplimiento previo de su principal obligación, cual es el de *haberse puesto a disposición del empresario*. En efecto, el trabajador debe cumplir con su principal obligación, derivada de la aceptación de la oferta precontractual, o sea, «debe mostrar su declaración de voluntad de cumplir con su obligación de trabajar» <sup>138</sup>. Así las cosas, se ha precisado que cuando el trabajador no aporta prueba de que, tras cumplirse la condición suspensiva a la que se sometía el precontrato, había solicitado de la empresa el cumplimiento del mismo, dirigiéndose a ella y poniéndose a su disposición, resulta claro que no procede interponer frente aquella ninguna acción por incumplimiento de la relación precontractual <sup>139</sup>.

A favor de la exigencia de puesta a disposición por parte del trabajador, puede alegarse, por analogía, el carácter sinalagmático de la obligación salarial del contrato de trabajo ordinario, tal y como deriva de los artículos 26 y 30 ET <sup>140</sup>. En efecto, el contrato de trabajo se caracteriza por el principio de reciprocidad, de tal manera que las posiciones jurídicas de las partes se corresponden de forma sinalagmática, a la vez que por la equivalencia entre las prestaciones de aquellas. De este modo, según el primer precepto citado, el salario se debe «por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena» y, según el segundo, «si el trabajador no pudiera prestar sus servicios una vez vigente el contrato porque el empresario se retrasare en darle trabajo por impedimentos imputables al mismo y no al trabajador, este conservará el derecho a su salario, sin que pueda hacersele compensar el que perdió con otro trabajo realizado en otro tiempo». En otras palabras, cuando el trabajador cumple con las obligaciones que para él derivan del contrato de trabajo, principalmente la de ponerse a disposición del empresario, tiene derecho a salario o, en su lugar –si todavía no hay contrato efectivo, como sucede en la figura analizada–, a una indemnización sustitutiva por los daños causados. En caso contrario, resulta evidente el claro perjuicio o desventaja que sufriría el trabajador, que de buena fe cumple con lo pactado.

<sup>135</sup> Así ocurre en el supuesto de hecho de la STSJ Galicia de 3 mayo 2001, cit., en el que el emisor de la oferta precontractual había prometido el trabajo en un centro de A Coruña y el día anterior al comienzo de la prestación de servicios le comunicó al trabajador que debe incorporarse a otro en Madrid. Por cierto, repárese en que en tal supuesto no cabe el ejercicio de la acción impugnatoria de la movilidad geográfica, pues dicho cambio de centro se produce antes de comenzar a trabajar.

<sup>136</sup> Así, sentencias TSJ Islas Baleares de 9 noviembre 2002 (AS 336), Castilla-La Mancha de 8 julio 2004, cit. (la empresa, «de forma torticera, desconocedora de los derechos y obligaciones generadas, negó toda efectividad a las consecuencias derivables del precontrato, colocando al actor en una situación realmente complicada..., y ello sin que a la patronal le asista la más mínima justificación, puesto que el puesto ofertado, y para el que resultó seleccionado, fue posteriormente ocupado por otra persona»).

<sup>137</sup> STSJ Madrid de 1 octubre 2002 (JUR 2003/77762).

<sup>138</sup> STSJ La Rioja de 23 noviembre 2000, cit. También sentencias TSJ Madrid de 14 octubre 2004 y Castilla-La Mancha de 8 julio 2004, ambas citadas.

<sup>139</sup> STSJ Cataluña de 8 junio 2005, cit.

<sup>140</sup> STS de 21 julio 1992, ya citada.

## 2. Incumplimiento de las obligaciones recíprocas.

### A) Posibles acciones.

En el caso de que una de las partes del precontrato incumpla su obligación, la perjudicada tiene distintas posibilidades de acción. En este sentido, el artículo 1.124, párrafo segundo, C.c. prevé que «el perjudicado puede escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos». Las dos primeras posibilidades son alternativas y la tercera subsidiaria, pudiendo ejercitarse junto con cualquiera de aquellas.

Así, en primer lugar, cabe señalar que, en cuanto los efectos del precontrato se traducen en recíprocas obligaciones de hacer, el incumplimiento de estas puede dar lugar al ejercicio de las *correspondientes acciones tendentes a exigir su cumplimiento*. Por ejemplo, si el trabajador se pone a disposición del empresario y este no cumple con su obligación de dar el trabajo pactado, aquel dispone de la correspondiente acción declarativa para exigir el cumplimiento de la citada obligación <sup>141</sup> (acción de reconocimiento de derechos). A través de dicha acción, el trabajador solicita que se reconozca su derecho a ser contratado por la empresa desde el mismo momento en que dicha contratación debió hacerse efectiva <sup>142</sup>. Como ya se apuntó, a dicha acción puede acumularse la de la reclamación de daños y perjuicios por el cumplimiento tardío del precontrato.

Como argumentos a favor del ejercicio de la acción que exige el cumplimiento *in natura* de la promesa contractual, cabe aludir al interés social existente en el nacimiento del contrato de trabajo, en cuanto fuente de beneficios para el trabajador, lo que permite extremar al máximo la exigencia de eficacia del mismo, o la general concreción de los elementos esenciales del futuro contrato, lo que facilitará la petición de su cumplimiento sin necesidad de grandes negociaciones posteriores. Sin embargo, en contra de la acción en cuestión también podría alegarse algún argumento, como el de la libertad contractual del empresario, en virtud de la cual no se le puede obligar a tener de trabajador a quien no quiere <sup>143</sup>. En este sentido, repárese que incluso en el caso del despido improcedente aquel siempre tiene la posibilidad de extinguir su relación laboral con el trabajador al optar por la indemnización sustitutoria. Además, de solicitar el cumplimiento del precontrato, puede ocurrir que en el momento en que el juez tenga que resolver sobre tal petición la necesidad empresarial de celebrar el contrato ya haya desaparecido. Ocurre así en el supuesto analizado en alguna sentencia en la que se desestima la demanda de cumplimiento específico del precontrato en base a que los trabajadores que habían sido contratados indebidamente en lugar de los demandantes ya habían finalizado sus servicios, pues el contrato era de seis meses <sup>144</sup>.

Sea como fuere, cuando se opta por el ejercicio de la acción de que se trata, debe tenerse presente que la misma está sometida al plazo de prescripción de un año del artículo 59.1 ET, según el que «las acciones derivadas del contrato que no tengan señalado plazo especial prescriben al año de

<sup>141</sup> STS de 30 abril 1991 (Ar. 3396).

<sup>142</sup> STSJ Galicia de 13 enero 1998 (AS 5159).

<sup>143</sup> Cfr. ALFONSO MELLADO, C. L., *op. cit.*, pág. 47.

<sup>144</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 12 marzo 1990 (AS 3815).

su terminación». En efecto, la aplicación del citado precepto laboral se justifica desde el momento en que se está ante una oferta de contrato, o sea, ante un acto previo o preparatorio del futuro contrato laboral, que participa de la naturaleza y caracteres propios del mismo y que está totalmente inmerso en el área del Derecho del Trabajo. Esta conclusión no queda desvirtuada por el hecho de que el mencionado precepto laboral aluda a «las acciones derivadas del contrato de trabajo», pues el término «derivadas» no puede ser interpretado con un rigor extremo, sino con un mínimo de flexibilidad y sentido racional, debiendo considerarse «como equivalente a acciones relativas o que guarden alguna conexión con el contrato de trabajo»<sup>145</sup>.

Así las cosas, el *dies a quo* del mencionado plazo de prescripción comienza en el instante en que el trabajador conoce, de manera fehaciente, la decisión empresarial de no cumplir con la promesa de contrato. Ahora bien, desde el punto de vista legal surgen dudas sobre la regla a aplicar al citado *dies a quo*. Según alguna sentencia, aunque en principio parece que podría estarse al núm. 1 del artículo 59 ET, pues la decisión empresarial de no contratar al trabajador es «asimilable... a una terminación contractual», resulta más correcto optar por el núm. 2 del referido precepto<sup>146</sup>. La razón es evidente en cuanto este número señala, más flexiblemente, que el plazo de prescripción de un año comienza a computar «desde el día en que la acción pudiera ejercitarse».

En segundo lugar, en el caso de que el trabajador ya no quiera incorporarse a la empresa o técnicamente ya no resulte factible por haber desaparecido la causa que justificaría su contratación, cabe la posibilidad –al menos teóricamente, según lo dispuesto en el párrafo segundo del citado art. 1.124 C.c.– de solicitar la *resolución del contrato*, también acompañada o no de indemnización. Otro tanto debe aplicarse para el caso de que el perjudicado con el incumplimiento del precontrato sea el empresario, lo que sucederá cuando el trabajador no se ponga a su disposición en el momento fijado. Ciertamente, en este caso, resulta difícil admitir que aquel pueda exigir el cumplimiento de lo pactado, dada la libertad contractual del trabajador y el carácter personalísimo de su obligación, generalmente incoercible<sup>147</sup>.

Con todo, la posibilidad de interponer la mencionada acción resulta más bien innecesaria, en cuanto dicha resolución ya suele producirse *de facto* con el incumplimiento de una de las partes, pues si una no cumple su obligación la otra hace otro tanto. En esta línea, el párrafo primero del citado artículo 1.124 C.c. señala que «la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe».

Así y en tercer lugar, lo más habitual es que la parte perjudicada pida, únicamente, *una indemnización de daños y perjuicios*<sup>148</sup>, a tenor de lo dispuesto en los artículos 1.101 y siguientes.

<sup>145</sup> Sentencias TS de 21 y 28 junio 1996 (Ar. 5223 y 5394).

<sup>146</sup> STSJ Galicia de 13 enero 1998, cit., en el caso de autos, «la demanda viene motivada por una decisión empresarial expresa, comunicada a la actora, mediante la cual se le privaba de la contratación en trance ya de materialización, pues se le comunicaba que la plaza que había obtenido en el proceso de selección le correspondía a otra persona».

<sup>147</sup> El artículo 35.1 Constitución garantiza la libertad de trabajo y la libre elección de profesión u oficio.

<sup>148</sup> Así, STSJ Islas Canarias (Las Palmas) de 25 septiembre 2001, cit.: «accionándose en reclamación de indemnización de daños y perjuicios derivados del incumplimiento de un precontrato, obvio es que quien esperaba firmemente ser contratado está legitimado activamente frente a quien/quienes no dieron cumplimiento a lo convenido».

tes C.c. <sup>149</sup>. Quede claro que esta indemnización es diferente a la que pueda pactarse para el incumplimiento del contrato de trabajo propiamente dicho <sup>150</sup>.

En la mayoría de los casos, el incumplidor es el empresario y, por lo tanto, el que solicita la indemnización es el trabajador. Ahora bien, aun siendo menos frecuente, también cabe lo contrario, que sea el trabajador el que omite ponerse a disposición del empresario en la fecha fijada para el inicio de la relación laboral; en tal caso, este último también podrá ejercitar la correspondiente acción indemnizatoria, siempre que se cumplan los requisitos de prueba que se exponen a continuación. Sin embargo, cabe precisar que la responsabilidad indemnizatoria del trabajador es residual, al limitarse a aquellos casos en que aquel no preavisa sobre el incumplimiento del precontrato y, por lo tanto, causa un grave perjuicio al empresario <sup>151</sup>.

## B) Indemnización de daños y perjuicios.

### a) General.

La condena al pago de daños y perjuicios a cargo de la parte incumplidora exige –tal y como señala inveterada jurisprudencia– que se pruebe la existencia de los daños en cuestión, pues ni estos se presumen ni la indemnización es automática a partir de la constatación del incumplimiento de la parte deudora. En palabras de algunas sentencias, los daños deben quedar «completamente acreditados», pues no basta con su mera alegación <sup>152</sup> o con la alegación del incumplimiento contractual de una de las partes. Más claramente, «la obligación de indemnizar daños y perjuicios no es consecuencia obligada del incumplimiento por uno de los contratantes, ya que para que nazca y sea exigible precisa que se demuestre la realidad de haberse producido aquellos, sin que pueda derivarse la misma de supuestos meramente posibles, pero de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre, pues, en tal caso, perdería la indemnización su natural carácter, adquiriendo el de una sanción penal» <sup>153</sup>.

Ahora bien, aparte de la mera existencia de los daños y perjuicios causados, también resulta necesario probar que los mismos responden «a una realidad evidente» <sup>154</sup>, esto es, que su origen se halla en el acto ejecutado u omitido por la parte incumplidora <sup>155</sup>. En otros términos, debe probarse la relación causa-efecto entre la conducta del sujeto incumplidor y el daño causado. Más ampliamente

<sup>149</sup> STCT de 11 febrero 1986, cit.: el incumplimiento del precontrato permite a los trabajadores «el ejercicio de acciones encaminadas a pedir su cumplimiento y junto a ellas, como complementarias y subsidiarias, el de las dirigidas a obtener las correspondientes indemnizaciones de daños y perjuicios».

<sup>150</sup> Así, STSJ Andalucía (Sevilla) de 3 mayo 1994, cit.: «es claro que quienes suscribieron el documento examinado (precontrato) distinguieron muy bien entre la promesa de prestación de servicios que en él se plasmaba y la sanción de su incumplimiento del contrato de prestación de servicios y las consecuencias de su incumplimiento».

<sup>151</sup> ALFONSO MELLADO, C. L., *op. cit.*, pág. 45.

<sup>152</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 24 septiembre 2002, cit.

<sup>153</sup> STSJ Madrid de 5 noviembre 2002, cit. También STCT de 25 mayo 1980 (Ar. TCT 2999): las consecuencias indemnizatorias «no surgen por el mero hecho del incumplimiento, ni, en definitiva, la existencia de este supone la del perjuicio, sino que es necesario acreditar la concurrencia real, positiva y actual del mismo».

<sup>154</sup> STSJ Madrid de 5 noviembre 2002, cit.

<sup>155</sup> STSJ Madrid de 5 julio 2005, ya cit.

te, el solicitante de la indemnización debe probar en su demanda las bases y elementos claves de aquella <sup>156</sup>, que justifiquen suficientemente que «la misma corresponde ser aplicada al supuesto concreto de que se trate», y a la vez aportar «las pertinentes razones que avalen y respalden dicha decisión» <sup>157</sup>. Desde luego, no puede aceptarse, sin más, la estimación subjetiva de un daño, pues ello supondría graves riesgos de arbitrariedad en la aplicación del Derecho <sup>158</sup>.

Así las cosas, la parte que se sienta defraudada por las expectativas generadas por la actuación de la contraparte y pida la correspondiente indemnización debe aceptar la carga de la prueba (art. 1.214 C.c.), tal y como rezan los brocardos latinos *incumbit probatio que dicit non qui negat, negativa non sunt probanda* y *actore non probante reus est absolvendus*.

Dado que toda indemnización de daños y perjuicios debe ser «justa, adecuada y proporcionada» <sup>159</sup>, resulta claro que deben analizarse todas las circunstancias concurrentes en cada supuesto. En este sentido, el propio TS se ha apurado a precisar que, a la hora de calcular la indemnización en cuestión, los efectos del incumplimiento de un verdadero contrato de trabajo deben tomarse como un mero «punto de referencia, meramente orientativo, para, en unión de otros factores de mayor relieve, determinar» aquellos al amparo de la legislación civil ya aludida <sup>160</sup>. Más concretamente, en relación con los efectos del incumplimiento empresarial del precontrato, se ha entendido que, en orden a la fijación de los cánones indemnizatorios, no se puede hacer una interpretación «simplista y mecánica» de lo establecido en los artículos 50 y 56 ET, pues el incumplimiento del citado precontrato puede producir «efectos mucho más onerosos» que el del propio contrato una vez iniciado, sobre todo cuando se ha abandonado el puesto anterior <sup>161</sup>.

En consecuencia, no cabe aceptar el argumento de que la indemnización por incumplimiento del precontrato no puede ser superior a la prevista para el incumplimiento del propio contrato, de haberse llegado a celebrar. Ciertamente, dado que ambos contratos son diferentes, al igual que sus incumplimientos y las consecuencias que puedan derivar de los mismos, no existe razón para vincular o supeditar la cuantía indemnizatoria del precontrato a la del contrato <sup>162</sup>.

## b) Daño emergente.

Respecto de los datos a tener en cuenta para el cálculo de la indemnización, el artículo 1.106 C.c. señala que la indemnización de daños y perjuicios derivados de incumplimiento doloso o negligente de tipo contractual «comprende, no solo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia dejada de obtener el acreedor», esto es, tanto el daño emergente como el lucro cesante <sup>163</sup>.

<sup>156</sup> STSJ Madrid de 14 octubre 2004, cit.

<sup>157</sup> STSJ Madrid de 5 julio 2005, cit.

<sup>158</sup> *Ibidem*.

<sup>159</sup> STSJ Madrid de 1 octubre 2002, cit.

<sup>160</sup> STS de 15 marzo 1991, ya citada. También STSJ Madrid de 5 julio 2005, cit.

<sup>161</sup> Sentencia Juzgado de lo Social de Madrid de 30 enero 2003, cit.

<sup>162</sup> La STSJ Islas Canarias (Las Palmas) de 25 septiembre 2001, cit., precisamente rechaza este argumento de la parte empresarial incumplidora.

<sup>163</sup> STSJ Castilla-La Mancha de 8 julio 2004, cit.: los daños materiales quedan integrados por el valor de las pérdidas sufridas y el de las ganancias no obtenidas.

Así las cosas, cuando es *el trabajador* el reclamante de la indemnización, el *daño emergente* está relacionado, en una buena parte de casos, con el *abandono del anterior puesto de trabajo* a raíz de la celebración del precontrato y la expectativa de un nuevo empleo. Por lo tanto, en tal supuesto, resulta pacífico que la indemnización tiene que compensar los daños económicos derivados de la pérdida del salario anterior desde que se abandona el puesto hasta que el nuevo y futuro empresario comunica al trabajador que no lo va a contratar <sup>164</sup>. Así, para una determinada posición jurisprudencial, la indemnización por este concepto debe ser equivalente al resultado de multiplicar el salario diario por el número de días transcurridos entre los términos mencionados. Repárese en que estos daños solo se producirán en los casos en los que el trabajador estuviese trabajando para otra empresa y, en la mayoría, serán de poca entidad, pues lo normal será que aquel abandone el puesto que venía ocupando el día o días anteriores a la fecha prevista para la incorporación a la nueva empresa. Con todo, puede que los referidos daños económicos se amplíen si, llegado el día previsto para la incorporación, esta se pospone a una ulterior fecha, que, finalmente, también se incumple. En tal caso, habría que abonar los salarios de los días que transcurran hasta el día en que el trabajador conozca con certeza que no va a ser contratado en la nueva empresa.

En relación con la idea recién expuesta, cabe matizar que si, en aras a la nueva expectativa de empleo, el trabajador abandonase voluntariamente el puesto que ocupaba con una antelación excesiva (*v. gr.*, uno o varios meses antes) y, finalmente, dicha expectativa resulta frustrada, parece injusto exigir al empresario incumplidor el daño emergente en los términos antes comentados. Ahora bien, quizás quepa alguna excepción cuando la referida antelación se justifique en la necesaria preparación para la ocupación del nuevo empleo. Con todo, no cabe ocultar la dificultad del cálculo de la indemnización en estos casos, sobre todo al dudar cuándo debe empezar a computarse el período indemnizable.

Quizás con la intención de huir de este tipo de problemas, otro sector jurisprudencial y doctrinal sigue un criterio distinto y calcula los daños derivados de la pérdida del anterior puesto de trabajo como si el trabajador hubiese sido despedido improcedentemente del mismo <sup>165</sup>. Como ejemplo de esta posición, la STSJ Islas Canarias (Las Palmas) de 25 de septiembre de 2001, ya citada, confirma la sentencia del juez *a quo*, que, a la hora de calcular la indemnización por incumplimiento empresarial del precontrato, incluyó una «indemnización por despido improcedente correspondiente» a la relación laboral del trabajador «con la empresa para la que prestaba servicios con anterioridad». No obsta a lo anterior, el que aquel hubiese abandonado voluntariamente la anterior empresa para incorporarse a la nueva <sup>166</sup>.

Téngase en cuenta que este segundo criterio es más favorable para el trabajador que el comentado en primer lugar, pues, según este —como ya se apuntó—, es posible que el trabajador vea compensado el daño de la pérdida del anterior puesto con una cantidad ínfima por haber transcurrido pocos o, incluso, ningún día entre el abandono de aquel y el rechazo en el nuevo puesto. Sin embargo, aplicando el segundo criterio, aun en casos como el mencionado, el trabajador va a percibir una indemnización importante, la equivalente al despido improcedente.

<sup>164</sup> *Ibidem*. También STSJ Andalucía (Granada) de 24 septiembre 2002, cit.

<sup>165</sup> En este sentido, ALFONSO MELLADO, C. L., *op. cit.*, pág. 52, para quien existe un criterio claro para calcular este daño emergente, cual es «la indemnización laboral que hubiese correspondido de no haberse producido el cese voluntariamente».

<sup>166</sup> En el caso de autos de la STSJ Islas Canarias (Las Palmas) de 25 septiembre 2001, cit., el trabajador deja su empresa un viernes para comenzar a trabajar en la nueva, según lo previsto, el lunes siguiente, día en que se entera de su rechazo.

En otro orden de cosas, aunque el daño emergente relacionado con la pérdida del anterior puesto de trabajo se produce, generalmente, en supuestos en los que aquella tiene lugar por iniciativa del trabajador, quien abandona voluntariamente la empresa (habitualmente preavisa y dimite), cabe señalar que también existen casos en los que la iniciativa no parte de aquel, sino del empresario (anterior). Sucede así, por ejemplo, en un supuesto en que, tras incumplirse el precontrato por el nuevo empresario (que un día antes de iniciarse el trabajo cambia el lugar del centro de trabajo), el trabajador sigue prestando servicios para el empresario habitual y, pasado un tiempo, este se entera de que el trabajador en cuestión estuvo negociando un contrato con otra empresa de la competencia y sin comunicárselo previamente ni contar con su consentimiento. Ante tal situación, el empresario estima que el trabajador vulneró la buena fe contractual y ya no se hace acreedor de su confianza, por lo que decide su despido disciplinario tras la instrucción de un expediente sancionador. Tras acordar el trabajador impugnar el despido, las partes llegan a acuerdo en el acto conciliatorio celebrado ante el correspondiente Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación. En dicho acuerdo, se pacta la rescisión del contrato, percibiendo el trabajador una indemnización de más de tres millones de pesetas <sup>167</sup>.

Repárese en que –en el caso analizado– el empresario incumplidor del precontrato tiene que indemnizar al trabajador el daño emergente derivado de la pérdida del anterior puesto, pero, sin duda, a efectos de reducir la cuantía, también se debe tener en cuenta que este último ya ha percibido de su empresario una determinada indemnización por extinción del contrato y, además, que su actuación no se ajustó a la buena fe contractual <sup>168</sup>.

De otro lado, también deben incluirse dentro de este concepto del daño emergente otros perjuicios económicos a los que el trabajador tiene que hacer frente a raíz del precontrato incumplido, como puede ser el gasto derivado del «traslado y mudanza al lugar» en el que radica el centro de trabajo en el que estaba previsto comenzar a prestar servicios <sup>169</sup> o la reducción o pérdida de ciertos beneficios económicos que el trabajador disfrutaba en la anterior empresa antes de abandonarla o ser despedido por enterarse el empresario de la negociación del precontrato fallido.

Ciertamente, por seguir con el caso ya expuesto en los párrafos anteriores, cabe aludir al perjuicio económico que el trabajador despedido sufre al reducirse en el tiempo la aplicación de unos tipos de interés privilegiados que venía disfrutando en relación con el préstamo hipotecario concedido por su empresa (un banco). Así, en el caso de que se trata, al trabajador se le limitó el disfrute de los tipos de interés bajos a un período máximo de tres años desde la fecha del acto conciliatorio ante el SMAC, lo que supuso un claro perjuicio, dado que el préstamo estaba concedido a veinticinco años <sup>170</sup>. En el supuesto en cuestión, el empresario incumplidor del precontrato tuvo que abonar una indemnización de más de seis millones de pesetas en concepto de diferencia de tipos de interés.

<sup>167</sup> STSJ Galicia de 3 mayo 2001, cit.

<sup>168</sup> *Ibidem*. En el caso de autos, el trabajador solicitaba una indemnización de más de catorce millones de pesetas por la pérdida del anterior puesto, equivalente a cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, tomando como módulos de cálculo el salario y la antigüedad reconocidos en el contrato incumplido. Para el órgano jurisdiccional, tal indemnización es excesiva, dado que, entre otras cosas, deriva de efectuar «una valoración subjetiva sobre los términos de un contrato que no llegó a tener efectividad», aparte de determinarla como si de un despido se tratara.

<sup>169</sup> STSJ Islas Canarias (Las Palmas) de 25 septiembre 2001, cit., en el caso de autos, el actor se trasladó de Tenerife a Las Palmas para comenzar a prestar servicios, lo que le originó unos gastos de 401.846 euros.

<sup>170</sup> Véase nota 167.

### c) Lucro cesante.

Por lo que respecta al *lucro cesante*, quizá el concepto del que más claramente deriva este sea *la retribución que se deja de percibir en el nuevo puesto de trabajo* que no se llega a ocupar. Por lo tanto, la indemnización tendrá que fijarse en atención a la cuantía salarial ofrecida al trabajador rechazado<sup>171</sup>, sin que pueda tomarse como referencia la distinta cuantía (ya mayor, ya menor) que perciba otro trabajador que, en su caso, llegue a ocupar el puesto inicialmente ofrecido al reclamante<sup>172</sup>. Por el contrario, sí debe tenerse en cuenta la duración del frustrado contrato, pues esta es una variable que influye directamente en la entidad del daño causado al trabajador. De hecho, alguna sentencia calcula la indemnización multiplicando el salario diario por el número de días de contratación perdidos, lo que resulta fácil cuando el contrato previsto tenga una duración determinada<sup>173</sup>.

Sin embargo, cuando el contrato en cuestión revista carácter indefinido, la referida operación aritmética resulta imposible, dado que no se puede conocer, a priori, cuánto podría haber durado aquel. Para tales supuestos, alguna sentencia limita el período indemnizable al transcurrido desde la fecha en que debió iniciarse la contratación hasta la de la celebración del juicio<sup>174</sup>. Ahora bien, de hacerse así, puede que en ocasiones se perciba más por la frustración de un contrato temporal (de duración importante) que por la de otro de duración indefinida (por celebrarse rápidamente el juicio), lo que, quizás, no sea del todo justo para el trabajador. Así las cosas, parece que el carácter indefinido del contrato debe ser un elemento a tener especialmente en cuenta por el órgano jurisdiccional, entre otros, a la hora de calcular el *quántum* indemnizatorio.

Con todo, frente a los anteriores, no falta algún otro criterio discrepante que considera que «ningún trabajador puede reclamar los perjuicios derivados» de su no incorporación al trabajo «en la cuantía equivalente al importe de los salarios que habría percibido de continuar trabajando durante el tiempo de previsible duración del contrato incumplido por el empresario»<sup>175</sup>. Dicho criterio resulta razonable en la medida en que, de haber trabajado, el trabajador seguramente también habría tenido que haber frente a algunos gastos (v. gr., desplazamiento) (aparte del propio coste personal del desarrollo del trabajo), por lo que el beneficio obtenido no se identificaría con la totalidad de los salarios percibidos. De no seguir esta tesis, incluso podría entenderse que se produciría un enriquecimiento injustificado del trabajador.

En consecuencia, para esta posición jurisprudencial, aquí hay que atender al criterio indemnizatorio del despido improcedente, actuando como si el nuevo empresario hubiese despedido al trabajador al no darle el puesto prometido. En palabras de alguna sentencia, la indemnización solicitada por despido improcedente hay que entenderla referida al puesto que no se ha podido ocupar en la nueva empresa y no en la anterior, simulando «como si hubiera trabajado en la misma»<sup>176</sup>.

<sup>171</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 24 septiembre 2002, cit. También STSJ Castilla-León (Burgos) de 17 mayo 1999 (AS 2459), Sentencia Juzgado de lo Social de Madrid de 30 enero 2003, cit. (el salario prometido es «un punto de partida indispensable para este tipo de cálculos» indemnizatorios).

<sup>172</sup> STSJ Castilla-La Mancha de 14 febrero 2000, cit.

<sup>173</sup> *Ibidem*.

<sup>174</sup> STSJ Madrid de 1 octubre 2002, cit.

<sup>175</sup> STSJ Asturias de 20 noviembre 1998, cit.

<sup>176</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 24 septiembre 2002, cit.

Como argumento a favor de esta posición se alega el artículo 1.107 C.c., que establece que el deudor incumplidor de mala fe o doloso responderá de todos los perjuicios «que *conocidamente* se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación», entre los que parece que no se puede incluir la indemnización por despido en otra empresa. Repárese en que esta posición se contrapone claramente a la que defiende el criterio del despido improcedente para calcular la indemnización por la pérdida del anterior puesto, ya analizada en el apartado relativo al «daño emergente».

Siguiendo con la posición comentada, en relación con el cálculo de la cuantía indemnizatoria, la jurisprudencia entiende que «la prestación de dar, que sustituye por equivalencia a la específica de hacer, es objeto de tasación estricta, que, por ministerio de la ley, obedece al cálculo regido por los módulos de antigüedad y cuantía de los devengos, según la fórmula del artículo 56 ET»<sup>177</sup>. Así debe partirse del criterio de los cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, o su proporción correspondiente, lo que parece obligar a tener en cuenta el tiempo de duración previsto para el contrato fallido.

En mi opinión, la remisión literal del cálculo de esta indemnización a la fórmula de la indemnización del despido improcedente también admite crítica, pues no se está ante situaciones idénticas. Así, repárese en que el incumplimiento del precontrato puede generar daños superiores o inferiores a los de una extinción contractual y que el problema del cálculo de la antigüedad en los contratos de duración indefinida tampoco queda resuelto. De hecho, no falta alguna sentencia que, aun partiendo de la mencionada fórmula, introduce algún matiz y considera que el período que se debe tomar como referente no es el previsto para la duración del contrato, sino el transcurrido entre la fecha en que «pudo iniciarse la relación laboral» (19 de julio) hasta aquella otra «en que se le comunicó que no l(o) admitían a trabajar» (25 de octubre)<sup>178</sup>. Con todo, este criterio tampoco vale cuando el empresario informa al trabajador de que no se va a cumplir el compromiso contractual el mismo día —o incluso antes— del que estaba previsto para hacer efectivo este. En consecuencia, la complejidad del cálculo de la indemnización por los daños causados aconseja huir de la aplicación rígida de fórmulas genéricas —pensadas para otros supuestos— y obliga a valorar aquellos caso por caso, lo que queda a la responsabilidad de los órganos jurisdiccionales.

De otro lado, un dato a valorar especialmente es el del hallazgo de un *nuevo empleo*, dado que si, tras perder uno, el trabajador encuentra otro el lucro cesante puede ser menor. Como ejemplo de lo recién expuesto, en algún caso en el que la contratación se retrasó un tiempo desde la fecha inicialmente prevista, el órgano jurisdiccional tiene en cuenta, a la hora de calcular la indemnización de daños por el período intermedio, el salario obtenido en otro puesto de trabajo durante el mismo. Así las cosas, la indemnización se redujo a la diferencia entre la cantidad percibida en el nuevo puesto y la que hubiera percibido de haber sido contratado en el puesto inicialmente previsto<sup>179</sup>. Parece claro que, de seguir este criterio y percibir un salario superior en el nuevo puesto, no habría lucro cesante por el concepto ahora analizado o, en todo caso, se reduciría a los días que se tardan en encontrar ese ulterior puesto<sup>180</sup>, aunque, en este caso, se cobraría el salario inicialmente previsto en su totalidad.

<sup>177</sup> STSJ Asturias de 20 noviembre 1998, cit.

<sup>178</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 24 septiembre 2002, cit.

<sup>179</sup> STSJ Castilla y León (Burgos) de 17 mayo 1999, cit.

<sup>180</sup> Así lo prevé la Sentencia Juzgado de lo Social de Madrid de 30 enero 2003, cit.

De similar forma, también debe tenerse en cuenta si el trabajador tiene o no derecho a percibir prestaciones por desempleo, tanto contributivas como asistenciales (derivadas de la pérdida del puesto de trabajo anterior). En el supuesto de que durante el período que se toma como referencia para calcular el lucro cesante (salarios dejados de percibir), es decir, entre la fecha prevista para el inicio del contrato y la de celebración del juicio, se hayan estado percibido las mencionadas prestaciones, estas deben descontarse del susodicho lucro cesante<sup>181</sup>. Otro tanto ocurre con los posibles salarios u otros beneficios que el trabajador haya podido estar disfrutando por anticipado desde la celebración del precontrato, por lo que aquellos también deben ser descontados del referido lucro.

De igual forma, cabe analizar si el que el trabajador no tenga derecho a percibir las prestaciones por desempleo puede incidir en el lucro cesante. Para alguna sentencia, no cabe que el empresario incumplidor del precontrato tenga que indemnizar al trabajador el perjuicio que sufre por no poder disfrutar las prestaciones por desempleo a causa del abandono voluntario del anterior puesto de trabajo, máxime cuando las cotizaciones efectuadas en aquel perviven en el tiempo y «le serán estimadas al trabajador en el caso de que, con posterioridad a los hechos, se encuentre en situación legal de desempleo»<sup>182</sup>. Como argumento a favor de esta posición, se alega el ya citado artículo 1.107 C.c., que establece que el deudor incumplidor de mala fe o doloso responderá de todos los perjuicios «que *conocidamente* se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación», entre los que parece claro que no se puede incluir la indemnización por no poder percibir la prestación mencionada.

Ahora bien, no cabe negar que –tal como sostiene la posición jurisprudencial mayoritaria– el hecho de haber abandonado voluntariamente el anterior puesto de trabajo impide el acceso inmediato a las referidas prestaciones, por lo que, si la promesa de contrato no se respeta, se causa un claro perjuicio al trabajador, que queda sin trabajo y amparo económico de ningún tipo<sup>183</sup>. Más claramente, si el empresario no cumple el precontrato coloca al trabajador «en una situación realmente complicada», ya que, al cesar voluntariamente en su trabajo, «cierra con ello la posibilidad de percibir prestaciones por desempleo, pasando a engrosar a través de una actuación engañosa, la lista de paro»<sup>184</sup>. Además, cabe tener en cuenta que se produce el cese en la situación de alta en la Seguridad Social, lo que puede tener consecuencias imprevisibles para el trabajador y su familia<sup>185</sup>. Por lo tanto, parece claro que este perjuicio económico también debe tenerse en cuenta, quedando su valoración a juicio del órgano jurisdiccional. En este sentido, no falta quien incluso sostiene que la posible merma que pueda sufrirse en la prestación por solicitarla con retraso (en vistas del precontrato) también debe ser indemnizable<sup>186</sup>.

<sup>181</sup> STSJ Madrid de 1 octubre 2002, cit.

<sup>182</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 24 septiembre 2002, cit.

<sup>183</sup> La STSJ Andalucía (Granada) de 24 septiembre 2002, cit., reconoce ese perjuicio pero no se pronuncia claramente sobre la indemnización del mismo. *Vid.* STS de 15 marzo 1991 y Sentencia Juzgado de lo Social de Madrid de 30 enero 2003, ya citadas.

<sup>184</sup> STSJ Castilla-La Mancha de 8 julio 2004, cit. En similar sentido, la STSJ Islas Canarias (Las Palmas) de 25 septiembre 2001, cit., confirma la sentencia de instancia que había calculado la indemnización por incumplimiento empresarial del contrato teniendo en cuenta, entre otras cosas, «las prestaciones por desempleo correspondientes a la cobertura que tiene lucrada el actor» (fundamento de derecho primero).

<sup>185</sup> Sentencia Juzgado de lo Social de Madrid de 30 enero 2003, cit. En este sentido, ALFONSO MELLADO, C. L., *op. cit.*, pág. 52.

<sup>186</sup> ALFONSO MELLADO, C. L., *op. cit.*, pág. 52: «la cuantía que se hubiese percibido en los días de prestación perdidos debe determinar el montante de la indemnización adicional que por este concepto pudiera reconocerse».

Junto a los claros daños materiales, la indemnización analizada también queda integrada por los *daños morales*<sup>187</sup>, siempre de difícil valoración para los órganos jurisdiccionales. De hecho, son escasas las sentencias que se pronuncian expresamente sobre estos daños. Las pocas que lo hacen insisten en la necesidad de tener en cuenta, además de los meramente materiales, los daños morales, que tienen un «contenido emocional-psicológico también de importancia»<sup>188</sup>. Estos daños pueden concretarse, por ejemplo, en el importante sufrimiento y frustración que sufre el trabajador que, después de una serie de entrevistas y unas expectativas laborales satisfactorias, sin ninguna explicación lógica y congruente, ni menos aún probada, ve rechazada la formalización del contrato prometido, sin contar con ninguna otra expectativa laboral<sup>189</sup>.

Sin embargo, entre los conceptos que *no* se tienen en cuenta a la hora de calcular el lucro cesante se hallan, en primer lugar, *ciertos complementos salariales que no se devengan automáticamente*. En efecto, el lucro cesante se identifica con los salarios dejados de percibir, pero entendidos estos como los de devengo automático, o sea, de segura percepción por el trabajador por el simple hecho de prestar los servicios ordinarios pactados. En consecuencia, los complementos condicionados a la superación de determinados objetivos o una cierta permanencia en la empresa exigen la acreditación del «presupuesto fáctico necesario para su percepción» y, en los supuestos de incumplimiento del precontrato, resulta evidente que la referida acreditación no se produce, pues «el demandante no llega siquiera a incorporarse a la empresa»<sup>190</sup>.

En segundo lugar, *la cotización por las prestaciones sociales*. En este sentido, alguna sentencia de suplicación revoca la sentencia de instancia que había incrementado la cantidad salarial diaria a tener en cuenta para calcular la indemnización analizada con un aumento del treinta por ciento por tal concepto. Para la citada sentencia, el referido incremento no resulta aceptable, pues «ni puede la trabajadora cotizar por dicho período de tiempo, si no existió efectivamente el contrato ofertado, ni implicaría tal cotización, de haber existido el contrato, merma alguna de su patrimonio, al ser por cuenta de la empleadora»<sup>191</sup>. El daño causado por «la falta de suscripción del contrato y, por ende, la repercusión que de tal incumplimiento pudiera derivar para su situación en el ámbito del aseguramiento social, son precisamente las circunstancias que conducen a que se le deba indemnizar, pero sin que parezca razonable introducir adicionales criterios de lesión inexistentes»<sup>192</sup>.

#### d) Existencia de cláusula resarcitoria.

El artículo 1.103 C.c. prevé, claramente, que son los órganos jurisdiccionales los que tienen la facultad de fijar la indemnización correspondiente atendiendo a todas las variables concurrentes en cada supuesto, cuya apreciación también les corresponde<sup>193</sup>. Por supuesto que la referencia a dichos

<sup>187</sup> STSJ Castilla-La Mancha de 8 julio 2004, cit. También STSJ Madrid de 1 octubre 2002, cit.

<sup>188</sup> Sentencia Juzgado de lo Social de Madrid de 30 enero 2003, cit.

<sup>189</sup> *Ibidem*.

<sup>190</sup> STSJ Madrid de 5 noviembre 2002, cit., en relación con la percepción del *bonus*, retribución independiente del salario que la empresa paga a los trabajadores según concurran o no circunstancias excepcionales en el trabajo ligadas a la productividad.

<sup>191</sup> STSJ Castilla-La Mancha de 14 febrero 2000, cit.

<sup>192</sup> *Ibidem*.

<sup>193</sup> STSJ Comunidad Valenciana de 25 noviembre 1999 (AS 2000; 713).

órganos debe entenderse efectuada a los jueces de lo social de instancia, cuya decisión no cabe revisar en suplicación, salvo «si se hace de forma ilógica o se ha logrado infringiendo la norma en la valoración de la prueba que a ese resultado conduzca»<sup>194</sup>.

La general dificultad que hallan los citados órganos jurisdiccionales a la hora de fijar la indemnización puede atenuarse cuando las propias partes han incluido en el precontrato una *cláusula penal* o resarcitoria que fija el montante de la indemnización para el caso de incumplimiento de aquel por alguna de ellas. Esta posibilidad de asumir obligaciones con cláusula penal se regula en los artículos 1.152 y 1.155 C.c.; según el primero, «en las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado». En algún supuesto, lo pactado (la pena) para el caso de incumplimiento puede ser una indemnización concreta y determinada. Como ejemplo, el tenor de dicha cláusula puede ser el siguiente: «el incumplimiento del presente precontrato por cualquiera de los suscribientes facultará a la parte cumplidora a solicitar, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, una cantidad equivalente a tres mensualidades de salario»<sup>195</sup>. Así, en caso de incumplimiento, cualquiera de las partes puede hacer uso de esa cláusula y ya sabe lo que va a percibir, pues el salario (a cobrar en el futuro) es una de las condiciones de trabajo sobre las que se negocia y suele existir acuerdo al celebrar el precontrato.

Ahora bien, en estos casos, el juez aún tiene un cierto margen de libertad, pues puede modificar, «equitativamente, la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor» (art. 1.154 C.c.), lo que parece que aquí puede suceder cuando, por ejemplo, el empresario contrata al trabajador pero incumple alguna de las condiciones inicialmente pactadas. También cabe la modificación cuando la cuantía pactada resulta abusiva<sup>196</sup>.

Este tipo de cláusulas son válidas siempre que sean lícitas y no abusivas y ambas partes tengan juicio suficiente para comprender su contenido y las consecuencias de su incumplimiento, lo que se presume cuando se está ante personas de alta cualificación profesional<sup>197</sup>. Desde luego, resulta claro el carácter abusivo de la cláusula cuando la indemnización pactada para el caso de incumplimiento del precontrato por parte del trabajador alcanza una cuantía desorbitada, como sería, por ejemplo, la de seiscientos mil euros. En palabras de alguna sentencia, «no cabe duda de que consignar una indemnización de la cuantía expresada por incumplimiento de la mera promesa de contratar los servicios como jugador profesional con el club demandante, que no había tenido ninguna intervención ni gastos en la formación de ese jugador, es verdaderamente abusivo, máxime cuando a favor de este no se establece ningún tipo de indemnización para el supuesto de que el club hubiera rechazado su contratación sin causa justificada»<sup>198</sup>. Aun tratándose del ámbito deportivo profesional de élite, en el que los salarios e indemnizaciones suelen ser elevados, no cabe aceptar cuantías como la aludida. Ciertamente, la cláusula penal solo es exigible conforme a las disposiciones del C.c. (art. 1.152) y, según este, la ley no ampara el abuso de derecho ni el ejercicio antisocial del mismo (art. 7).

<sup>194</sup> STSJ Islas Canarias (Las Palmas) de 25 septiembre 2001, cit.

<sup>195</sup> *Id.* supuesto de hecho de la STSJ Cantabria de 4 marzo 2004, cit.

<sup>196</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 3 mayo 1994, cit.

<sup>197</sup> Cfr. STSJ Cantabria de 4 marzo 2004, cit.

<sup>198</sup> Véase nota 196.

### C) Supuestos en los que no procede indemnización.

Frente a los supuestos examinados en el apartado precedente, resulta claro que la indemnización de daños y perjuicios no procede cuando el incumplimiento del precontrato no genera tales daños o, generándolos, la parte afectada no consigue probar su entidad, naturaleza o relación con el incumplimiento de la contraparte. Ello es así porque no se está ante una indemnización automática ligada al incumplimiento del citado contrato.

Lógicamente, tampoco existe derecho a la referida indemnización en los casos en los que no existe verdadero incumplimiento de las obligaciones asumidas por una de las partes frente a la otra en el precontrato, aunque el futuro contrato de trabajo no llegue a nacer. Sucede así respecto de la obligación empresarial de dar trabajo cuando, por ejemplo:

1. El término o la condición suspensiva a los que se condiciona el nacimiento del contrato de trabajo todavía no ha llegado o no se ha cumplido. Precisamente, esto es lo que ocurre, en relación con la referida condición, cuando la oferta contractual realizada por el empresario teatral a un actor se condiciona a la superación por este de las correspondientes pruebas artísticas a realizar por el director de obra. No superadas estas, no hay derecho a la contratación y, por ende, tampoco a la indemnización de que se trata, máxime cuando el actor en cuestión no había abandonado ninguna obra anterior ni había comenzado los ensayos de la futura <sup>199</sup>. De similar manera, la promesa de trabajo tampoco llega a perfeccionarse cuando el trabajador solo supera una de las fases del proceso selectivo-formativo, que, de haber terminado en su totalidad, debería haber conducido a su contratación. No sucediendo así, resulta claro que no cabe solicitar indemnización de daños y perjuicios por no dar el trabajo prometido <sup>200</sup>.
2. La alteración de las condiciones de trabajo ofrecidas en el contrato de trabajo por el empresario no reviste el carácter de sustancial respecto de lo prometido en el precontrato. Por lo tanto, en tal caso, no se está ante un incumplimiento del empresario que tenga que indemnizar y el trabajador no tiene causa justificada para no aceptar el contrato. Como paradigma de lo dicho, cabe exponer que, si el precontrato contemplaba una retribución de siete millones de pesetas para el trabajador, que debía plasmarse en el «oportuno contrato», y este consta de dos documentos en los que figura, en uno, la cantidad de cinco millones y medio y, en otro, la de un millón y medio, resulta claro que no se está ante una verdadera alteración de las condiciones laborales establecidas en el precontrato. En otras palabras, tal desviación ha de reputarse «de entidad insuficiente» como para entender que el precontrato fue incumplido, ya que solo existe incumplimiento contractual «cuando la parte de la prestación omitida o los defectos que la realizada presenta son de entidad tal que frustran las legítimas expectativas de su destinatario o la finalidad económica del contrato» <sup>201</sup>, algo que no sucede en el caso expuesto.

Si el incumplimiento procede del *trabajador* que omite el ponerse a disposición del empresario en la fecha fijada para el inicio de la relación laboral, el empresario también podrá interponer la

<sup>199</sup> STSJ Madrid de 5 julio 2005, cit.

<sup>200</sup> STSJ Cataluña de 11 enero 1996, cit.

<sup>201</sup> STSJ Castilla y León (Valladolid) de 4 julio 2000 (JUR 294310).

correspondiente acción indemnizatoria. Ahora bien, también caben algunas excepciones a esta obligación indemnizatoria, como las que, por ejemplo, se producen cuando:

1. La fecha fijada para el inicio de la contratación no está determinada o no es claramente determinable. Ciertamente, resulta necesario que el momento futuro de inicio de la prestación de servicios esté determinado o sea claramente determinable, pues, en caso contrario, la falta de disposición del trabajador respecto de la empresa no supone un incumplimiento contractual indemnizable. En este sentido, señala alguna sentencia que cuando existe un precontrato en el que la fecha de inicio de la relación laboral, en ese momento, se «deja en blanco», sin concretar aquella ni con un término ni con una condición suspensiva, ni posteriormente con el trabajador, «es imposible considerar que la no comparencia de los trabajadores en la sede de la empresa suponga un incumplimiento contractual culpable generador de obligación indemnizatoria»<sup>202</sup>.
2. El trabajador preavisa con tiempo suficiente de su negativa a incorporarse a la empresa en el momento señalado. En efecto, si el trabajador que está vinculado por un contrato de trabajo en vigor puede desvincularse del empresario en el momento que desee y sin indemnizarle (salvo pacto de permanencia), con la única condición de preavisar, resulta claro que igual derecho debe ostentar el trabajador que ha aceptado un precontrato. Siempre que exista preaviso suficiente –que a falta de pacto, puede ser el de ocho o quince días–, parece evidente que no se está ante una ruptura brusca e imprevista y, en consecuencia, el empresario dispone de un tiempo razonable para buscar un nuevo trabajador. En caso contrario, lo indemnizable serían los concretos daños derivados de la imposibilidad de sustitución de un trabajador por otro.

## VII. ACCIONES QUE NO CABEN

### A) En general.

Tal y como ya se vio en relación con el contrato de trabajo *in fieri*, en el caso de incumplimiento del precontrato por parte del empresario, la inexistencia de una efectiva prestación de servicios entre las partes también impide la posibilidad de que el receptor de la oferta pueda ejercitar las acciones típicas derivadas de una relación laboral en vigor. Así ocurre, por ejemplo, con las siguientes:

1. *Acción de reclamación de salarios*. Ciertamente, si el trabajador cree tener derecho a percibir alguna cantidad económica del que fue su futuro empresario puede reclamársela en concepto de una indemnización de daños y perjuicios, pero no cabe lo que jurídica y técnicamente se denominan «salarios» (arts. 26 y ss. ET). Estos solo proceden cuando existe o ha existido un contrato de trabajo en vigor, esto es, una efectiva prestación de servicios o, al menos, una puesta a disposición del trabajador hacia el empresario una vez

<sup>202</sup> STSJ Cataluña de 6 marzo 2006, cit.

iniciado aquel <sup>203</sup>. Esta última matización excluye también la posibilidad de solicitar salarios en el particular supuesto del artículo 30 ET, según el que «si el trabajador no pudiera prestar sus servicios una vez vigente el contrato porque el empresario se retrasare en darle trabajo por impedimentos imputables al mismo y no al trabajador, este conservará el derecho a su salario». La necesidad de que el contrato esté vigente elimina la posibilidad de acudir a este precepto.

2. *Acción de extinción del contrato por voluntad del trabajador previo incumplimiento del empresario*. En efecto, la acción regulada en el artículo 50 ET, basada en un incumplimiento contractual grave y culpable de las obligaciones contractuales de este último, exige que la relación laboral esté en vigor, o sea, que al menos haya nacido. Desde luego, resulta descabellado que se pueda solicitar tal extinción cuando el referido nacimiento no se ha producido.
3. *Acción de despido*. Su particularidad y la abundancia de jurisprudencia aconsejan su estudio aparte.

## B) En especial, sobre la acción de despido.

Como han manifestado con contundencia y reiteración los Tribunales laborales, «no es posible hablar de despido cuando no ha habido realización de trabajo alguno, dado que el mismo supone ruptura del vínculo laboral por decisión del empresario, por lo que si los trabajos no empezaron a realizarse existiría, a lo sumo, un compromiso de contratar»... «que podría ser portillo para un posible campo de indemnización de perjuicios», pero nunca para «los efectos legales de un despido», que no se ha producido <sup>204</sup>. En otras palabras, «el despido es la decisión unilateral del empresario que extingue la relación laboral, viva y vigente hasta entonces, que le unía al trabajador despedido». Por ello, para que aquel pueda producirse, «es de todo punto necesario que opere sobre una relación de trabajo existente», es decir, que «la decisión extintiva en que el mismo consiste rompa y ponga fin al vínculo laboral que era real y efectivo hasta ese momento» <sup>205</sup>.

Como argumentos a favor del razonamiento recién expuesto, cabe aludir: a) A la necesidad de crear la ficción jurídica de que la relación laboral existe cuando se trata de repetir un despido formalmente incorrecto en el plazo de los veinte días siguientes. Como es sabido, en el momento en que se efectúa el nuevo despido, hay que dar de alta al trabajador en la Seguridad Social con carácter retroactivo, abonarle los salarios de los días transcurridos desde el primer despido y cotizar por ellos, todo ello con la finalidad de poder entender que la relación laboral estaba viva y, por lo tanto, que el nuevo despido procede (art. 55.2 ET). b) A la obligación de indicar en la demanda de despido el trabajo que se venía realizando en la empresa antes de ser despedido, así como el salario, tiempo y forma de

<sup>203</sup> STSJ Galicia de 16 abril 2002, cit.

<sup>204</sup> STS de 26 febrero 1987 (Ar. 1126). También, entre otras muchas, sentencias TS de 17 febrero y 2 noviembre 1971 (Ar. 962 y 4234), 17 diciembre 1973 (Ar. 4767), 2 octubre 1984 (Ar. 5213), 30 octubre 1988, cit., 21 febrero y 30 abril 1991, ambas citadas.

<sup>205</sup> STS de 30 marzo 1995, cit. También sentencia de igual Tribunal de 29 de abril 1998 (Ar. 1564). Igualmente, sentencias TSJ Extremadura de 29 abril 1998 (AS 1564), Andalucía (Málaga) de 4 diciembre 1998, cit. y STSJ Galicia de 28 febrero 2002, cit.

pago del mismo y la antigüedad [art. 104.a) LPL]. Y c) Al hecho de que el artículo 49.11 ET tipifica el despido como uno de los supuestos de extinción del contrato de trabajo.

En fin, se insiste en que, «si no existe relación laboral, tampoco puede existir despido»<sup>206</sup> y, consecuentemente, no se puede accionar por tal concepto cuando se incumple un precontrato. La idea recién expuesta es válida aun en el caso de que aquel se formalice cuando entre las partes ya existe –o ha existido<sup>207</sup>– una relación laboral de carácter temporal que, finalmente, concluye por transcurso del término pactado. En efecto, ni la extinción de la relación laboral por tal causa ni el incumplimiento del precontrato (en ningún caso) permiten accionar por despido; supuesto diferente sería el de la ruptura injustificada y prematura de referido contrato temporal que ligaba a las partes, pues, en tal caso, sí procedería la acción en cuestión<sup>208</sup>.

Ahora bien, no cabe dejar de mencionar que la posición recién expuesta también cuenta con ciertas críticas doctrinales, según las que el despido es posible aun cuando el trabajador no se hubiese incorporado a la empresa, de lo contrario, la resolución unilateral del contrato por el empresario no extinguiría el contrato de trabajo, lo cual significaría desatender los propios dictados del ordenamiento jurídico laboral<sup>209</sup>. De manera similar, también existen sentencias que estiman que «la promesa formal y eficaz de contrato de trabajo desatendida es un despido», añadiendo que tal calificación la viene haciendo «desde siempre» nuestra doctrina, «en una actitud de ciencia y jurisprudencia que cabe sin exageraciones considerar instalada en el dogma jurídico»<sup>210</sup>. Como argumento adicional en esta línea, cabría añadir las sentencias que a la hora de calcular la indemnización por el incumplimiento de la promesa de dar trabajo actúan como si se estuviese ante un despido y aplican la fórmula del artículo 56 ET (despido improcedente).

En mi opinión, al celebrar el precontrato, el empresario se compromete frente al trabajador a darle trabajo en un momento futuro, lo que puede cumplir o no. En este último caso, no se puede afirmar –al menos desde un estricto punto de vista jurídico-laboral– que exista despido, pues el empresario solo puede despedir a quien ya es su trabajador y, en este caso, el perjudicado todavía no había alcanzado tal condición, al menos en el plano real. De hecho, lo que se incumple es la promesa de contratarlo en el futuro<sup>211</sup>. Además, cabe reparar en que, ante el silencio de la normativa laboral, lo que procede es la aplicación de la civil, y esta alude a la indemnización de daños y perjuicios, no al despido.

<sup>206</sup> STSJ Extremadura de 8 octubre 1999 (AS 3998).

<sup>207</sup> STSJ Andalucía (Málaga) de 4 diciembre 1998, cit.

<sup>208</sup> STSJ Islas Baleares de 9 noviembre 2002, cit.

<sup>209</sup> GONZÁLEZ POSADA, E.: *La perfección del contrato de trabajo como fuente de derechos y obligaciones*, PJ, 1986, núm. 1, pág. 135.

<sup>210</sup> STSJ Asturias de 20 noviembre 1998, cit.

<sup>211</sup> Para LIMÓN LUQUE, M. A. y ESPÍN SÁEZ, M. (*op. cit.*, pág. 20), el precontrato «no es auténtico contrato de trabajo y, por lo tanto, resulta imposible la aplicación de la normativa laboral en estos supuestos».