

**RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL  
POR INCUMPLIMIENTO DEL  
PRECONTRATO DE TRABAJO**  
**Sentencia del TSJ de la Rioja (Lex Nova J 2723)**

**CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO<sup>1</sup>**

**SUPUESTO DE HECHO:** el actor formuló demanda por incumplimiento de precontrato laboral solicitando se condenara a la empresa demandada a abonarle la cantidad de 40.000.000 ptas en concepto de indemnización por daños y perjuicios.

Como se infiere de los hechos probados el actor recibió una carta suscrita por persona de la empresa habilitada para ello en la que se le ofertaba un puesto de trabajo como ingeniero de sistemas con una retribución 6.000.000 millones anuales y estipulándose que la fecha de incorporación del actor al nuevo puesto de trabajo sería el 1-8-1999.

Aunque la Sala “no pone en duda que la oferta de empleo remitida por la empresa al actor constituya un auténtico precontrato laboral y que obviamente obligaba a ambas partes al cumplimiento de lo en él acordado”, desestima el recurso por no haber quedado acreditado ni la voluntad del actor de ponerse a disposición de la empresa demandada en la fecha convenida ni los daños y perjuicios sufridos y cuya prueba le incumben.

**RESUMEN:** la sentencia que se trae a colación aborda un tema sobre el que escasa atención ha prestado la doctrina científica: el régimen jurídico aplicable al precontrato laboral y los efectos derivados de su incumplimiento.

El precontrato, como tal, no aparece regulado en nuestro decimonónico Código Civil, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en otros países.

Tampoco es posible encontrar en la legislación laboral previsiones específicas atinentes al mismo.

En cualquier caso la admisibilidad de su existencia jurídica es incuestionable.

Y aunque en nuestro ordenamiento el precontrato siga configurándose como un contrato atípico, no estamos ni mucho menos ante un tema de interés puramente académico, sino de evidente trascendencia práctica, como lo evidencia el creciente número de sentencias que se están dictando sobre esta materia.

---

<sup>1</sup> Profesora Titular de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social

## ÍNDICE

1. Elementos para una definición del precontrato de trabajo: 1.2. Régimen jurídico
2. El incumplimiento del precontrato de trabajo: 2.1 ¿Ejecución forzosa?; 2.2 (In)fungibilidad de la obligación de concluir el contrato de trabajo proyectado; 2.3. Indemnización por daños y perjuicios; 2.4. El salario: ¿parámetro para determinar el quantum indemnizatorio?

### 1. ELEMENTOS PARA UNA DEFINICIÓN DEL PRECONTRATO DE TRABAJO

Atendiendo al sentir más extendido, cuando las partes optan por concluir un precontrato la finalidad que parecen perseguir es la creación de un vínculo jurídico a través del cual garantizar y afianzar los resultados que se hayan alcanzado durante el iter contractual y de esta manera facilitar la conclusión del contrato final o definitivo.

Pero lo cierto y verdad es que, en ese concreto momento, las partes no desean, o no pueden, concluir el contrato proyectado, pues de ser esa su voluntad y resultar factible qué duda cabe de que procederían en consecuencia.

Por tanto, no cabrá recurrir al precontrato cuando la voluntad contractual persigue que<sup>2</sup> el negocio se perfeccione ahora (con transmisión de los riesgos y del derecho a la cosa y a los frutos) pero aplazando la exigibilidad de sus efectos. Tampoco cuando lo pretendido sea la efectividad inmediata del negocio bajo condición resolutoria, o bajo condición suspensiva (con efecto retroactivo)<sup>3</sup> (STSJ Navarra de 31-5-1996, AS.1497).

La teoría que aquí se defiende es que precontrato es aquel acuerdo por el que las partes persiguen aplazar para un momento ulterior la celebración del contrato proyectado<sup>2</sup>.

Parece, pues, evidente que en tales casos el consentimiento que manifiestan no engloba el querer el contrato definitivo, pues “quien asume la obligación de querer concluir sólo en el futuro un contrato consensual niega con esto querer actualmente dicho contrato, lo que coincide con la distinción entre acto presente y futuro” (STS (Civil) de 2-3-1965, RJ.1238).

Y sólo cuando el contrato final se concluya se extinguirá a un tiempo la obligación que nace del contrato preliminar y se creará una nueva.

Puede afirmarse, por tanto, que con la celebración del precontrato lo que las partes desean es garantizar su posición jurídica para el caso de que el contrato proyectado no llegara a concluirse.

<sup>2</sup> Como escribiera HERNÁNDEZ GIL, “el contrato definitivo fue previsto en el contrato inicial, pero no fue querido o concluido ya entonces, es preciso celebrarlo”. Citado por Fernando José<sup>1</sup> Lorenzo Merino; *La Promesa de Contrato en el Código Civil. (Un estudio sobre el artículo 1451)*. Santiago de Compostela. Tórculo Ediciones. 1991:p.43.

En similar sentido se pronuncia SPECIALE cuando ensalza la función probatoria y de seguridad que se atribuye al precontrato<sup>3</sup>.

La conclusión que puede alcanzarse es, por tanto, la de que el precontrato cumple un papel de "garantía" en el tráfico jurídico (STS (Civil) de 30-1-1998, RJ.353).

Salvo mejor opinión, resulta que, precisamente, es la necesidad de la concurrencia de una doble manifestación de voluntad (una para dar vida al precontrato y otra para concluir el contrato proyectado) lo que constituye la esencia del precontrato, puesto que de esta manera se consigue un doble objetivo: que los intereses de las partes queden garantizados a través de las previsiones legales aplicables a los contratos pero sin que para ello haya sido preciso concluir el contrato proyectado.

Y es que, en el supuesto de que las partes realmente quisieran evitar la necesidad de una doble declaración de voluntad, ciertamente podrían recurrir a otras de las muy variadas posibilidades que les ofrece el ordenamiento jurídico: contrato de opción, sometido a condición, a término, compraventa de cosa futura...

Es por eso que cabría concluir que el precontrato no se concibe como un fin en sí mismo, sino que tiene un carácter instrumental: facilitar la celebración del contrato proyectado. Y si "las partes que celebren un contrato, sólo se obligan a la futura prestación de un consentimiento encaminado a celebrarlo posteriormente, sus efectos no pueden confundirse con los de éste último" (STS (Civil) de 5-10-1961, RJ.3284).

Llegados a este punto, conviene concretar los elementos configuradores de lo que por precontrato de trabajo vaya a entenderse en las próximas páginas. Y al respecto pueden considerarse plenamente actuales las palabras del TS cuando lo definió como una convención por la cual dos o más personas se comprometen a hacer efectiva en tiempo futuro la conclusión de contrato de trabajo que por el momento no se quiere o no se puede celebrar como definitivo (STS (Social) de 17-3-1979, RJ.1373).

Entre la doctrina laboralista, SEMPERE NAVARRO parece avalar también esta solución cuando propone la siguiente definición del precontrato de trabajo: "acuerdo entre una persona física y por otro un ente a cuya virtud se obligan a concluir en el futuro el contrato de trabajo, por así decirlo, definitivo, cuya efectiva celebración queda demorada pero, al mismo tiempo, comprometida<sup>4</sup>.

Se trata, por tanto, de un negocio jurídico bilateral en el sentido de que en él se produce la expresión de un doble consentimiento, al tratarse de una declaración de voluntad negocial de carácter recepticio<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Renato Speciale; *Contratti Preliminari e Intese Precontrattuali*. Giuffrè Editore. Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Genova. Collana di monografie 63. Milán. 1990; p.146

<sup>4</sup> Antonio V.Sempere Navarro; "La Preparación del Contrato de Trabajo". Documentación Laboral 1991-II; p.50.

<sup>5</sup> Antonio Martín Valverde; Fermín Rodríguez-Sañudo Gutiérrez; y Joaquín García Murcia; *Derecho del Trabajo*. Tecnos. Madrid. 1999; p.473.

### 1.1. Régimen jurídico

En defecto de pacto entre las partes resultarán aplicables “las normas comunes de las obligaciones y contratos” (STS (Social) de 17-3-1979, RJ.1373)<sup>6</sup>.

Pero, aunque el silencio del legislador laboral haga obligada la remisión al Derecho Común, no por ello quedarán solventadas todas las controversias jurídicas que esta modalidad contractual plantea.

Y es que “la especialísima significación del contrato de trabajo” no puede por menos que tener notable incidencia en el precontrato ordenado al mismo (STS (Social) de 23-5-1988, RJ.4271).

Esto se pone de manifiesto en el hecho de que del precontrato de trabajo se proclame que participa de la naturaleza laboral ¿y no civil? de éste<sup>7</sup>, lo que plantea la necesidad de determinar hasta qué punto la normativa laboral le resulta aplicable y cuando entran en juego, por su carácter supletorio, las previsiones del Derecho Civil.

Al respecto dos conclusiones pueden alcanzarse:

1) Al precontrato de trabajo le serán de aplicación el artículo 4.2.c) ET; el 59.1. ET; y el artículo 2.a) LPL.

2) Respecto a la diferencia más remarcable entre el precontrato civil y el laboral es que, al predicarse del contrato de trabajo su carácter intuitu personae, el juez no podrá nunca sustituir la voluntad de la parte incumplidora por lo que en tal caso sólo procederá la indemnización por los daños y perjuicios causados.

## 2. EL INCUMPLIMIENTO DEL PRECONTRATO DE TRABAJO

En este aspecto resulta obligada remisión a lo que las partes hayan podido pactar como plasmación del principio de la autonomía de la voluntad y, en su defecto, a las previsiones del Código Civil<sup>8</sup>.

Como punto de arranque se ha de partir de la premisa de que “del precontrato 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” (STSJ de Madrid de 22-9-1998, AS.3362; con cita de las SSTS (Civil) de 4-7-1991, RJ.5325; y 30-1-1998; RJ.353).

---

<sup>6</sup> Cfr. Elena Lasasa Irigoyen; “Competencia Jurisdiccional en las Cuestiones Litigiosas Derivadas de los Estados Previos a la Contratación Laboral”. Revista Española de Derecho del Trabajo n°98/1999; p.908.

<sup>7</sup> STS (Social) de 30.10.1988 (RJ.8183) y las que en ella se citan.

<sup>8</sup> Solución ésta última que no sólo es predicable del precontrato de trabajo, sino que también la prevé el artículo 10.4 del RD 1435/1985, por el que se regula la relación especial de los artistas en espectáculos públicos, para el caso de incumplimiento del contrato.

Pero caso de que tal situación acontezca, esto es, cuando alguna de las partes no preste la cooperación necesaria para concluir el contrato proyectado, se incurrirá en un supuesto de responsabilidad contractual (STS (Civil) de 13-3-1986, RJ.1250).

Más compleja se presenta la cuestión de si ante el incumplimiento del precontrato de trabajo cabría interponer demanda solicitando la ejecución forzosa o sólo cabe reclamar la indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

En relación con este extremo es, precisamente, donde se manifiestan las mayores diferencias entre el régimen jurídico aplicable al precontrato civil y al laboral. Divergencias que, como señala la STS (Social) de 23-5-1988 (RJ.4271), tienen su origen en una pluralidad de causas:

— De un lado, se ha de tener en cuenta “la múltiple diversidad y generalidad de las personas que lo celebran en variedad amplísima de condiciones y circunstancias que hace más difícil que en ningún otro contrato establecer criterios generales de los efectos del precontrato”.

— De otra parte, “dado el carácter social del derecho que lo enmarca, ha de extremarse la eficacia del mismo”.

— A lo que se ha de sumar el carácter *intuitu personae* que se predica del contrato de trabajo y que por su especialísima significación no puede por menos de tener notable incidencia en el “pactum de contrahendo”.

## 2.1. ¿Ejecución forzosa?

Como LARENZ afirmara, “la condena del deudor al cumplimiento específico de la prestación a la que se había obligado es el resultado de una larga evolución histórica”<sup>9</sup>.

Hoy en día, tal regla se encuentra expresamente consagrada por el Código Civil, si bien es cierto que la misma conoce excepciones cuando de una prestación de carácter personalísimo se trata (artículo 1.161 del Código Civil)<sup>10</sup>.

Pese a todo, por lo que al Derecho Civil se refiere la admisibilidad de la ejecución forzosa del precontrato goza de amplio respaldo. Y en última instancia ésta resulta ser la opción por la que se ha decantado el legislador en el artículo 708 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

<sup>9</sup> Citado por Antonio Román García; El Precontrato. Montecorvo. Madrid. 1982; p.38.

<sup>10</sup> Juan Gorelli Hernández; El Cumplimiento Específico de la Readmisión Obligatoria. Civitas. Colección Estudios de Derecho Laboral. Madrid. 1995; p. 28: “el rechazo a las medidas de coerción reposa, entre otros factores, en la difusión de las doctrinas del iusnaturalismo iluminista, que planteaba la afirmación inderogable de la libertad del individuo como elemento esencial en su pensamiento. Es natural que se rechace y se considere inaceptable la coacción como instrumento del sistema de relaciones inter privados, originándose la concepción de que el acreedor tiene únicamente el derecho de exigir que el deudor sea condenado a daños y perjuicios”.

De lo que resulta que la indemnización por daños y perjuicios sólo procederá<sup>11</sup> cuando las partes así lo hubieran previsto (artículo 1.255 Código Civil), o cuando la ejecución forzosa no fuera posible ante la indeterminación de alguno de los elementos esenciales del contrato<sup>12</sup>.

Pese a todo, la solución civil al problema de las vías de ejecución del precontrato no es, sin embargo, fácilmente extrapolable a la esfera laboral dadas las notas configuradoras del contrato de trabajo.

## 2.2. (In)fungibilidad de la obligación de concluir el contrato de trabajo proyectado

Del contrato de trabajo se predica su carácter *intuitu personae*<sup>13</sup>, lo que conlleva a considerar como infungibles las prestaciones recíprocas de ambas partes, ya que “la ejecución personal de la misma por parte del deudor es necesaria e indispensable para la satisfacción del interés del acreedor”<sup>14</sup> que no puede ser sustituida por el Juez<sup>15</sup>.

Lo anteriormente afirmado, sin embargo, merece ser objeto de alguna matización.

En primer lugar se ha de señalar que postular que las prestaciones derivadas del contrato de trabajo son infungibles beneficia, tal y como señala GORELLI HERNÁNDEZ<sup>16</sup>, “al que puede sustituir el cumplimiento de la obligación por el resarcimiento económico”, esto es, al empresario.

En segundo lugar es preciso reconocer que, dado que la mayor parte de los empresarios son personas jurídicas, es infrecuente que el cumplimiento del contrato “devenga imposible por circunstancias afectantes al mismo”<sup>17</sup>. Y ello en tanto y en cuanto que “el empleador no se compromete por el contrato de trabajo a una prestación personal que sólo personalmente puede ser cumplida”<sup>18</sup>.

<sup>11</sup> M<sup>a</sup> Luisa Murillo; Forma y Nulidad del Precontrato. Universidad de Navarra. Pamplona. 1993; p.114: “si existiera imposibilidad de ejecución específica habrá que acudir a los principios generales sobre las obligaciones y contratos, según el artículo 1.451 del Código Civil”.

Cfr. STS (Civil) de 25.6.1993 (RJ.5384), y las en ella citadas.  
<sup>12</sup> STS (Civil) de 5.10.1961 (RJ.3284): “la insuficiencia de bases fundamentales en el precontrato, la indeterminación del objeto sobre el que debe recaer el contrato principal, impide que se produzca la eficacia jurídica de la vinculación de las partes y ante esa indeterminación el precontrato no puede producir sus efectos, pues la voluntad del obligado no puede ser sustituida por la del juez”.

<sup>13</sup> Antonio V.Sempere Navarro; “La Preparación del Contrato de Trabajo”. Op. cit.; p.61.

<sup>14</sup> Juan Gorelli Hernández; El Cumplimiento Específico de la Readmisión Obligatoria. Op. cit.; p.156.

<sup>15</sup> Juan Carlos Menéndez Mato; La Oferta Contractual. Aranzadi. Pamplona. 1998; p.116.

<sup>16</sup> Juan Gorelli Hernández; El Cumplimiento Específico de la Readmisión Obligatoria. Op. cit.; p.162.

<sup>17</sup> Antonio Tapia Hermida; “Indemnizaciones por Daños y Perjuicios derivadas de Incumplimientos Empresariales”. Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social nº182/1998; p.59.

<sup>18</sup> Antonio Martín Valverde; Fermín Rodríguez-Sañudo Gutiérrez; y Joaquín García Murcia; Derecho del Trabajo. Op. cit.; p.478.

Es decir, se ha sostenido que “la persona del empleador no constituye un elemento esencial en el contrato y, por tanto, es perfectamente sustituible”<sup>19</sup>.

Y, ciertamente, desde el punto de vista del trabajador parece evidente que lo verdaderamente relevante no es tanto la persona del empleador, como la adquisición y conservación del puesto de trabajo (lo que se pone inequívocamente de manifiesto, p.e., en los supuestos de sucesión de empresas).

A la vista de lo expuesto cabría llegar a la conclusión de que el carácter intuitu personae del contrato laboral tan sólo se predicaría respecto del trabajador, en la medida que ello resulta necesario para salvaguardar los intereses del empresario en orden a que la prestación sea realizada personalmente y en régimen de subordinación<sup>20</sup>.

Es por eso que en lo referente al incumplimiento del precontrato de trabajo imputable al aspirante al empleo, defender otra solución que no sea la indemnizatoria parece imposible. Y ello debido a que “el trabajador no puede dar cumplimiento al débito por él asumido sino a través de su propia persona”<sup>21</sup>, y no puede haber contrato de trabajo si la prestación no es realizada voluntariamente.

Por el contrario, respecto al empresario la cuestión no parece tan evidente y es por eso que no falta quien defienda una postura audaz y considere factible que el juez pueda suplir el consentimiento del empresario rebelde<sup>22</sup>.

Pero como tal proceder no garantizaría la ocupación efectiva del trabajador, se postula como solución la de calificar como despido, expreso o tácito, la negativa posterior del citado empresario a incorporar al trabajador a la organización empresarial, “con todas las consecuencias inherentes al mismo, y que en definitiva se puede resolver, a criterio del empresario (salvo supuestos excepcionales) en una indemnización de daños y perjuicios”<sup>23</sup>.

Pese a todo, hoy por hoy, la opinión dominante en la doctrina y la jurisprudencia es la que considera que el juez no puede sustituir la voluntad del empresario en caso de que éste incumpla su obligación de concluir el contrato de trabajo proyectado<sup>24</sup>. Y es que “no sería coherente la imposición de la relación

---

<sup>19</sup> Juan Gorelli Hernández; *El Cumplimiento Específico de la Readmisión Obligatoria*. Op. cit.; p.168.

<sup>20</sup> No obstante, se ha de tener en cuenta que “las prestaciones de trabajo personalizadas, en las que las cualidades o habilidades especiales del trabajador influyen en la satisfacción del interés contractual del empleador son, frente a las prestaciones de trabajo despersonalizadas, la excepción, y no la regla general, como consecuencia de la cosificación de la mercancía-fuerza de trabajo”. Cfr. Juan Gorelli Hernández; *El Cumplimiento Específico de la Readmisión Obligatoria*. Op. cit.; p.169.

<sup>21</sup> Berta Valdés de la Vega; *La Profesionalidad del Trabajador en el Contrato Laboral*. Trotta. Madrid. 1997; p.15.

<sup>22</sup> Antonio Tapia Hermida; “Indemnizaciones por Daños y Perjuicios derivadas de Incumplimientos Empresariales”. Op. cit.; p.59.

<sup>23</sup> Antonio Tapia Hermida; “Indemnizaciones por Daños y Perjuicios derivadas de Incumplimientos Empresariales”. Op. cit.; p.59.

<sup>24</sup> Entre otros, cfr. Carlos Riera Vayreda; *El Despido Nulo*. Tirant lo Blanch. Valencia. 1999; p.441. Asimismo, cfr. Alberto Guanche Marrero; *El Derecho del Trabajador a la Ocupación Efectiva*. Civitas. Estudios de Derecho Laboral. Madrid. 1993; p.25: “el empresario no puede ser compelido a la asignación directa de un puesto de trabajo en la fase precontractual”.

laboral con un determinado empleado en su fase inicial<sup>25</sup> “a la vista de que nuestro ordenamiento permite al empresario extinguir injustificadamente la relación laboral siempre y cuando indemnice (despido libre indemnizado).

Con todo, esta última tesis resulta ser claramente insatisfactoria para la protección de los intereses de la parte más débil del contrato, pues la misma conduce a reforzar la preeminencia empresarial también durante esta fase del iter negocial, como lo pone de manifiesto el revelador dato de que prácticamente todas las sentencias dictadas hasta la fecha relativas a precontratos de trabajo tienen como presupuesto la negativa empresarial de concluir el contrato final.

Es por eso que para impedir que queden defraudados los legítimos intereses de los aspirantes a un empleo, eludiendo a la par los escollos que plantearía la ejecución forzosa del precontrato de trabajo, FERNÁNDEZ-COSATALES MUÑIZ<sup>26</sup> se decanta por la remisión a las astreites.

No obstante, se ha de reconocer que en materia de incumplimiento de un precontrato de trabajo los tribunales no han recurrido nunca a la previsión contenida en el artículo 239.2 LPL, esto es, a la imposición de una multa coercitiva<sup>27</sup>.

### 2.3. Indemnización por daños y perjuicios

A pesar de que algunos autores consideren factible calificar como despido el incumplimiento del precontrato<sup>28</sup>, ello no resulta acertado<sup>29</sup>. Y, en su consecuencia, habrá que rechazar la procedencia de recurrir a las indemnizaciones legalmente determinadas para tales casos en el ET<sup>30</sup>.

<sup>25</sup> Elena Lasaoa Irigoyen; “Competencia Jurisdiccional en las Cuestiones Litigiosas Derivadas de los Estados Previos a la Contratación Laboral”. Op. cit.; p.910.

<sup>26</sup> Javier Fernández-Costaes Muñiz; “¿Precontrato o contrato de Trabajo? Una delimitación siempre difícil”. Revista Española de Derecho del Trabajo n° 95/1999; p.451.

<sup>27</sup> Sobre la polémica doctrinal en torno a la interpretación del citado precepto, cfr. Eduardo Román Vaca; “El Despido Disciplinario: Aplicación Judicial (Y Convencional) de la Reforma de 1994” en: Jaime Castiñeira Fernández (Coord.); Presente y Futuro de la Regulación del Despido. Aranzadi. Pamplona. 1997; p.391.

<sup>28</sup> Cfr. Javier Fernández-Costaes Muñiz; “¿Precontrato o contrato de Trabajo? Una delimitación siempre difícil”. Op. cit.; p.450.

<sup>29</sup> STS (Social) de 30-3-1995 (RJ.2352): “podrá hablarse en tales casos de incumplimiento por el empresario de un precontrato, de una promesa de contrato o de pactos previos con análoga finalidad, o incluso de incumplimiento de un contrato de trabajo cuya prestación de servicios no se ha hecho efectiva en ningún momento ni ha llegado a tener virtualidad, los cuales incumplimientos pueden servir de base a las pertinentes reclamaciones de indemnización de daños y perjuicios, pero ni en tales casos existe despido alguno, ni estos incumplimientos pueden justificar la interposición de una acción de despido”.

<sup>30</sup> Resulta por ello criticable que, p.e., la STSJ de Andalucía de 12-3-1990 (AS.3815), calcule la indemnización por frustración de la promesa de contrato recurriendo a los parámetros de un despido improcedente después de seis meses trabajo.

Tampoco resultan de aplicación las previsiones contempladas en el artículo 50 ET<sup>31</sup> pues, como se infiere inequívocamente de su redacción, su aplicación está subordinada a la existencia de una relación laboral consumada.

Por tanto, en defecto de una previsión indemnizatoria específica en la legislación laboral respecto al precontrato de trabajo, resultarán aplicables los artículos 1.101 y 1.124 del Código Civil en materia de incumplimiento de las obligaciones<sup>32</sup>.

Ello conlleva, entre otras consecuencias, que el importe económico de la indemnización haya de determinarse al amparo de lo prevenido en los artículos 1.106 y 1.107 del Código Civil<sup>33</sup>. La culpabilidad de la parte incumplidora se presumirá “*iuris tantum*”.

La finalidad de la indemnización será la de restablecer la situación patrimonial en la que se hallaría de no haberse celebrado el contrato, pudiendo ser reclamado tanto el daño emergente como el lucro cesante<sup>34</sup> y recayendo la carga de la prueba sobre el presunto damnificado que tendrá que demostrar la existencia del precontrato (artículo 1.214 del Código Civil).

Dado que tradicionalmente se viene caracterizando al ordenamiento laboral como tuitivo de la parte contractual más débil, podría considerarse que el hecho de que la indemnización por incumplimiento del precontrato de trabajo se calcule conforme a la normativa civil y no laboral resultaría menos ventajosa—desde el punto de vista económico— para los intereses de los aspirantes a un empleo que han visto defraudadas sus legítimas expectativas ante la negativa del empleador por celebrar el contrato de trabajo proyectado.

Curiosamente, sucede todo lo contrario.

Y es que como evidencia la jurisprudencia existente, el importe de las indemnizaciones fijadas al amparo de la normativa civil supera el montante de las previstas en la legislación laboral para los supuestos de despido<sup>35</sup>.

---

<sup>31</sup> Ver “Trabajadores Agrícolas: Entre el subsidio y el desplazamiento sectorial”, *Temas Laborales* nº 51/1999, págs. 3 a 29. Su contenido era más amplio, ya que comentaba además el Programa de Fomento del Empleo Agrario, aprobado por RD. 939/1997, de 20 de junio, continuación del antiguo Plan de Empleo Rural (PER).<sup>31</sup> Ana M<sup>a</sup> de Miguel Lorenzo; *La Extinción Causal del Contrato de Trabajo por Voluntad del Trabajador*. Civitas. Estudios de Derecho Laboral. Madrid. 1993; p.109: “el incumplimiento del deber de dar ocupación efectiva, si unido a la falta de abono del salario, constituye, según jurisprudencia mayoritaria, un despido tácito”.

<sup>32</sup> Elena Lasaosa Irigoyen; “Competencia Jurisdiccional en las Cuestiones Litigiosas Derivadas de los Estados Previos a la Contratación Laboral”. *Op. cit.* p.908.

<sup>33</sup> Juan Carlos Menéndez Mato; *La Oferta Contractual*. *Op. cit.*; p.99.

<sup>34</sup> Alfonso de Cossío Corral; *Instituciones de Derecho Civil*. Civitas. Madrid. 1991; p.437: “al tratarse de responsabilidad contractual, el incumplidor está obligado a indemnizar el interés contractual positivo, es decir, a resarcir a la otra parte todos aquellos lucros que ésta hubiera podido obtener a través del contrato”.

<sup>35</sup> Por todos, Juan Gorelli Hernández; *El Cumplimiento Específico de la Readmisión Obligatoria*. *Op. cit.*; p.119: “difícilmente una indemnización de daños y perjuicios puede solventar los perjuicios derivados de la pérdida de trabajo. Si bien el resarcimiento procura una evidente tutela de los derechos, no es menos cierto que no es plenamente efectiva”.

Caso emblemático es el resuelto por la STS (Social) de 15-3-1991 (RJ.4167): ante el incumplimiento de un precontrato de trabajo por parte de la empresa, ésta fue condenada a abonar 17.448.282 pesetas en concepto de daños y perjuicios. El que el incumplimiento de un precontrato de trabajo tenga consecuencias indemnizatorias más onerosas que las previstas por incumplimiento de la obligación contractual se justifica por la Sala en base a que, para asumir el precontrato suscrito, el trabajador hubo de renunciar a un empleo fijo bien remunerado y trasladarse con su familia y todos sus enseres desde Sevilla hasta Sta Cruz de Tenerife. Y, además, el que el contrato proyectado no llegase a consumarse trajo consigo que se encontrara en situación de baja en la Seguridad Social sin derecho a la protección por Desempleo.

A la vista de lo cual y a poco que se piense, pudiera suceder que para el empresario resultara más “barato” concluir el contrato y rescindirlo posteriormente, que ser condenado a indemnizar los daños y perjuicios originados por el incumplimiento de un precontrato.

#### **2.4. El salario: ¿parámetro para determinar el quantum indemnizatorio?**

En principio, la respuesta habría de ser negativa<sup>36</sup>.

Y ello en base a que, salvo contadas excepciones, el salario se concibe legalmente como contraprestación del trabajo previamente realizado<sup>37</sup>. Por tanto, si el contrato de trabajo no ha llegado a celebrarse, tampoco puede haber surgido obligación de abonar salario alguno<sup>38</sup>.

Solución que corrobora la redacción dada al artículo 30 ET<sup>39</sup>, que hace descartable la posibilidad recurrir a tal precepto en caso de incumplimiento

---

Al respecto resulta significativa la STS (Civil) de 10-4-1999 (RJ.1877), en la que se reconoce una indemnización de 3.000.000 ptas a una trabajadora que por extinción del contrato de trabajo ya había recibido 7.000.000 ptas, y todo ello en base a que “se dan los requisitos para que proceda apreciar culpa extracontractual, es decir, daño efectivo constituido por la depresión reactiva que sufre, con causa en la problemática que le ocasionó a la recurrente el desempeño del trabajo que prestaba para la entidad demandada, al resultar discriminada por razón de su sexo”.

<sup>36</sup> Puesto que no se ha verificado prestación de trabajo alguna, postular lo contrario supondría un enriquecimiento injusto en palabras de la STCT de 7.7.1984, RTCT.6181).

<sup>37</sup> STS (Social) de 26-1-1990 (RJ.222): “respecto al abono por trabajos no prestados, es claro que en principio no hay que realizarlo”.

<sup>38</sup> STSJ de Aragón de 21-12-1998 (AL.564): “es llano que no habiendo prestado la interesada servicios efectivos laborales, carece de derecho a ser retribuida con salarios. El incumplimiento de la parte demandada deriva entonces de un pronunciamiento resarcitorio de los perjuicios causados”.

<sup>39</sup> STS (Social) de 26-1-1990 (RJ.222): “el artículo 30 ET viene a particularizar el principio del artículo 1.101 CC sobre indemnizaciones de perjuicios”.

del precontrato de trabajo, puesto que su aplicación se subordina al requisito de que el contrato esté en vigor<sup>40</sup>.

Ahora bien, aunque los salarios no resulten jurídicamente exigibles, nada obsta que puedan ser tomados como un referente más a la hora de calcular el importe de la indemnización correspondiente, que habrá de ser determinada por los tribunales.

Y puesto que la indemnización de los daños y perjuicios habrá de comprender no sólo el valor de la pérdida sufrida sino también el de la ganancia que se ha dejado de obtener, se ha llegado a entender que cuando la prestación laboral no ha podido consumarse por causa imputable a una de las partes se genera un daño “equivalente al valor de los salarios no percibidos” SSTS (Social) de 30-10-1988 (RJ.8183); y de 28-2-1989, (RJ.960). En este mismo sentido, y a título ilustrativo, puede traerse a colación la STSJ Andalucía de 28-1-2000 (AS.93) que fijó la indemnización por daños y perjuicios en “el importe de los salarios dejados de percibir según la retribución prevista en el precontrato entre la fecha en que la actora trató de incorporarse al trabajo y la fecha de finalización del plazo pactado en el precontrato”.

No se computará en la indemnización, sin embargo, la parte correspondiente a los seguros sociales, ya que “ni puede la trabajadora cotizar por dicho período de tiempo, ni implicaría tal cotización, de haber existido el contrato, merma alguna de su patrimonio, al ser por cuenta de la empleadora” [STSJ de Castilla-La Mancha de 20-1-2000 (AS.1206)]<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> En contra, cfr. Alberto Guanche Marrero; *El Derecho del Trabajador a la Ocupación Efectiva*. Op. cit.; p.47: “no es menester para que se produzca el supuesto contenido en el precontrato artículo 30 del ET y sea éste aplicable, 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 aquéllos”.

<sup>41</sup> Cfr. M<sup>a</sup> del Mar Alarcón Castellanos; “La Difícil Delimitación Entre el Precontrato y el Contrato de Trabajo de Ejecución Futura”. *Aranzadi Social* n<sup>o</sup> 7/2000; p.59.