

RIDT

ANO I / 2021 / N° 1

REVISTA INTERNACIONAL DE
DIREITO DO TRABALHO



idt

Instituto de Direito do Trabalho
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa





idT

Instituto de Direito do Trabalho
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa



FICHA TÉCNICA / TECHNICAL FILE

Diretores

Pedro Romano Martinez
Luís Gonçalves da Silva

Subdiretora

Cláudia Madaleno

Secretária-Geral

Sara Leitão

Secretária-Geral Adjunta

Maria Leonor Ruivo

Propriedade

Instituto de Direito do Trabalho da FDUL

Morada IDT / Sede

Faculdade de Direito de Lisboa,
Alameda da Universidade,
Cidade Universitária,
1649-014 Lisboa

Periodicidade

Semestral

Nº Registo ERC

127529

Conceção Gráfica e Paginação

Equador Design - Traçando o
Inimaginável, Lda.

Directors

Pedro Romano Martinez
Luís Gonçalves da Silva

Assistant Director

Cláudia Madaleno

Secretary-General

Sara Leitão

Deputy Secretary-General

Maria Leonor Ruivo

Ownership

Instituto de Direito do Trabalho da FDUL

Address IDT / Head Office

Faculdade de Direito de Lisboa,
Alameda da Universidade,
Cidade Universitária,
1649-014 Lisboa

Periodicity

Semiannual

ERC Registration No.

127529

Graphic Design and Pagination

Equador Design - Traçando o
Inimaginável, Lda.



PRECONTRATO DE TRABAJO Y DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR. UN ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO HISPANO- ALEMÁN DEL TRABAJO*

*FORWARD CONTRACT OF EMPLOYMENT AND THE EMPLOYEES'
FUNDAMENTAL RIGHTS. A COMPARATIVE SPANISH-GERMAN STUDY OF
LABOUR LAW*

Jesús Martínez Girón**

Sumario: 1. Introducción y planteamiento.- 2. El régimen jurídico del precontrato de trabajo en España.- 3. El régimen jurídico del precontrato de trabajo en Alemania.- 4. La sentencia del Tribunal Federal de Trabajo de 27 febrero 2020, sobre extinción discriminatoria de un precontrato de trabajo.- 5. La búsqueda de un término de comparación español.- 6. Las consecuencias de la extinción de un precontrato de trabajo, violadora de derechos fundamentales del trabajador, en España.- 7. Epílogo.- bibliografía citada.

Resumen:

El precontrato de trabajo no tiene un régimen jurídico legal expreso ni en el ordenamiento jurídico español, ni tampoco en el alemán, resultando decisiva sobre el tema en ambos países la jurisprudencia laboral. En Alemania, este régimen jurídico tradicional ha sido recientemente puesto al día por una Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo de 2020, que trata del impacto de la discriminación por razón de sexo sobre la extinción de un precontrato de trabajo. Este estudio se orienta a buscar un término de comparación de dicha Sentencia alemana en la jurisprudencia laboral española, así como a realizar una valoración crítica del

* Trabajo realizado al amparo del proyecto de investigación estatal PID2019-108189GB-100, otorgado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

** Catedrático de Derecho del Trabajo. Facultad de Derecho-Universidad de A Coruña.

impacto en España de los derechos constitucionales fundamentales de que disfrutaban los trabajadores sobre la extinción de un precontrato de trabajo.

Abstract:

The forward contract of employment does not have any express statutory regulation neither in the Spanish legal order nor in the German one, being controlling on the subject in both countries the labour case-law. In Germany, this traditional legal regime has been recently updated by a Federal Labour Supreme Court decision of 2020, dealing with the impact of sex discrimination on the termination of a forward contract of employment. This paper is aimed at looking for a term of comparison of such German decision in Spanish labour case-law, together with at making a critical assessment of the impact in Spain of the constitutional fundamental rights enjoyed by the employees on the termination of a forward contract of employment.

1. Introducción y planteamiento

En España, la protección judicial de los derechos fundamentales del trabajador ha constituido uno de los principales factores y motores de cambio del Derecho individual del Trabajo, si es que éste se examina con la perspectiva que dan los últimos cuarenta años. En realidad, con dicha expresión se alude a la protección judicial laboral de los derechos mencionados en los artículos 14 a 29 de nuestra vigente Constitución de 1978, ninguno de los cuales se refiere específicamente a los trabajadores (salvo en el caso del derecho al trabajo de los penados, contemplado en el artículo 25, y en el de los derechos de libertad sindical y de huelga, contemplados ambos en el artículo 28), lo que explica que hayan sido doctrinalmente bautizados con el nombre de derechos fundamentales «inespecíficos» de los trabajadores¹, al compartir estos últimos su

¹ Esta calificación fue doctrinalmente acuñada por M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, *Los derechos laborales en la Constitución Española*, Centro de Estudios Constitucionales (Madrid, 1991), p. 31.

disfrute con otros muchos ciudadanos. De entre estos derechos constitucionales fundamentales «inespecíficos» de los trabajadores, los que más juego vienen dando en la práctica son dos. De un lado, en el plano sustantivo, el derecho a no ser discriminado por el empresario, positivizado en el artículo 14 de la Constitución, donde se afirma genéricamente que «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social»². Y de otro lado, en el plano procesal y procedimental, el derecho a no ser represaliado por haber denunciado o demandado judicialmente al empresario, usualmente denominado «garantía de indemnidad» y positivizado en el artículo 24 de la Constitución, allí donde afirma (asimismo genéricamente) que «todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión»³.

En España, el precontrato de trabajo –que carece de régimen jurídico legal, a diferencia de lo que sucede en Portugal– forma parte explícita del Derecho individual del Trabajo desde muchos años antes de la promulgación de nuestra vigente Constitución democrática, apareciendo registrada ya su existencia en una vieja

² Sobre el impacto jurisprudencial del asunto, ya desde 1981, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «La tramitación procesal de los despidos discriminatorios», *Actualidad Laboral*, núm. 2 (1987), pp. 2361 y ss.

³ Sobre el tema, véase M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, «Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y represalias empresariales», en *Derecho vivo del Trabajo y Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Doctor Fernando Suárez González*, La Ley (Madrid, 2003), pp. 635 y ss.

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 1950⁴. En realidad, se trata de una institución a calificar hoy como jurídicamente somnolienta, pues desde aquel lejano entonces viene gozando de una existencia relativamente plácida y sin sobresaltos, a pesar de no resultar infrecuente en absoluto que las partes ligadas por un precontrato de trabajo, real o aparente, pretendan exigir judicialmente su cumplimiento ante nuestros tribunales laborales. Siempre en España, quizá la prueba más contundente de ese régimen jurídico predecible y carente de sobresaltos, de que tradicionalmente viene gozando el precontrato de trabajo, la suministra la más reciente jurisprudencia sobre el tema de nuestro Tribunal Supremo. En efecto, la Sala de lo Social del más alto tribunal ordinario español ha sido interpelada hasta en doce ocasiones, en estos últimos diez años, al efecto de que unificase doctrina judicial relativa al precontrato de trabajo, habiéndose negado a ello en once de dichos casos⁵. La excepción la representa una reciente Sentencia

⁴ Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «El precontrato de trabajo en la jurisprudencia», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 19 (1984), pp. 447 y ss.; J. MARTÍNEZ GIRÓN, «El precontrato de trabajo: Límites normativos y práctica judicial», *Actualidad Laboral*, núm. 3 (1994), pp. 657 y ss.; y J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Cuestiones previas a la celebración del contrato de trabajo, en especial, el momento en que deba considerarse “perfeccionado” el contrato», en J. GÁRATE CASTRO (Coordinador), *Estudios de jurisprudencia social de Galicia*, Fundación Alfredo Brañas (Santiago de Compostela, 2000), pp. 130 y ss.

⁵ Véanse Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 2 junio 2016 (*Aranzadi Westlaw*, referencia RJ 2016/5056) y de 26 febrero 2019 (*Aranzadi Westlaw*, referencia RJ 2019/1489), falladas en casación para la unificación de doctrina, y Autos de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 25 enero 2011 (*Aranzadi Westlaw*, referencia JUR 2011/60760), de 26 mayo 2011 (*Aranzadi Westlaw*, referencia JUR 2011/263879), de 13 marzo 2012 (*Aranzadi Westlaw*, referencia JUR 2012/141377), de 10 mayo 2012 (*Aranzadi Westlaw*, referencia JUR 2012/212115), de 21 octubre 2014 (*Aranzadi Westlaw*, referencia JUR 2015/25006), de 6 noviembre 2014 (*Aranzadi Westlaw*, referencia JUR 2015/25211), de 16 marzo 2017 (*Aranzadi Westlaw*, referencia JUR 2017/90487), de 28 junio 2017 (*Aranzadi Westlaw*, referencia JUR 2017/200015) y de 22 mayo

de 2020⁶, a calificar como resolución de carácter puramente continuista, pues en ella volvió a reiterarse la jurisprudencia laboral tradicional, relativa a que el plazo de ejercicio de las acciones derivadas del incumplimiento de un precontrato de trabajo era el de prescripción de un año, establecido en el artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores, en vez del de quince años fijado por el artículo 1964 del Código Civil, como erróneamente había sostenido la Sentencia recurrida y, por ello mismo, justamente casada.

En Alemania, al igual que sucede en España, la legislación laboral no se encuentra codificada⁷, aunque —en materia de precontrato de trabajo— lo que de verdad convierte al Derecho alemán en un buen término de comparación con el Derecho español es el hecho de que el régimen jurídico del mismo carezca de toda regulación legal (cfr. *infra*, 3), al igual que ocurre —como ya anticipé— en el Derecho individual español del Trabajo. En Alemania, ese régimen jurídico jurisprudencial del precontrato de trabajo se ha visto recientemente puesto al día por una Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo de 2020, que aborda frontalmente el impacto de los derechos fundamentales del trabajador (y más en concreto, el derecho a la no discriminación de una trabajadora embarazada) sobre la extinción del precontrato de trabajo (cfr. *infra*, 4). Se trata de un tipo de asunto que no se ha planteado todavía ante los tribunales laborales

2019 (*Aranzadi Westlaw*, referencia JUR 2019/200410), asimismo fallados en casación para la unificación de doctrina.

⁶ Se trata de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 22 julio 2020 (*Aranzadi Westlaw*, referencia JUR 2020/233591).

⁷ Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2007), pp. 3-4.

españoles (cfr. *infra*, 5). Pero es claro –dada la transversalidad de los derechos constitucionales fundamentales del trabajador– que en algún momento podría llegar a plantearse, lo que anima a preguntarse qué consecuencias tendría en España la extinción de un precontrato de trabajo, admitiendo que la misma se hubiese producido con violación de los derechos fundamentales «inespecíficos» del trabajador (cfr. *infra*, 6). El punto de partida que conduzca a ese punto de llegada tiene que ser, como parece más lógico, el examen del estado actual de la cuestión del precontrato de trabajo en el Derecho español, que paso a abordar inmediatamente.

2. El régimen jurídico del precontrato de trabajo en España

En España, el precontrato de trabajo nunca ha sido regulado ni por la legislación laboral sustantiva, que orbita actualmente alrededor del Estatuto de los Trabajadores de 2015, ni tampoco por la legislación laboral procesal, actualmente contenida en la Ley reguladora de la jurisdicción social de 2011. Esto explica que la jurisprudencia laboral afirme tradicionalmente que el precontrato de trabajo debe calificarse como «contrato ... “no regulado”, esto es, “atípico”»⁸. A pesar de este hecho, los tribunales laborales españoles nunca han dudado de su admisibilidad, que justifican apelando al Derecho común de las obligaciones y contratos, tal y como aparece contenido en el viejo Código Civil español de 1889. En este sentido,

⁸ Por todas, Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 23 octubre 1986 (*Aranzadi Westlaw*, referencia RJ 1986/5889).

se afirma que el precontrato de trabajo es «posible en nuestro Derecho al amparo de la libertad de contratación sancionada en el artículo 1255 del Código Civil»⁹, a cuyo tenor «los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas o condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las Leyes, a la moral ni al orden público». Tratándose de un contrato, le resulta también plenamente aplicable lo dispuesto en el artículo 1262 del Código Civil, según el cual –supuesto su carácter de contrato consensual– «el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el objeto del contrato»¹⁰. Por eso, los tribunales laborales afirman desde siempre que el precontrato de trabajo es un «mutuo compromiso de dar y prestar trabajo en momento [futuro] determinado»¹¹ o «determinable»¹², sin que resulte necesario concretar el *quantum* de la retribución o la concreta jornada de trabajo a realizar, pues la legislación laboral imperativa sobre condiciones mínimas de trabajo «hace que siempre exista un contenido suficiente al que referir el consentimiento de las partes»¹³. En fin, siempre por aplicación del principio de libertad de forma consagrado en el Código Civil, el precontrato de trabajo tampoco requiere de forma especial alguna,

⁹ Por todas, Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 17 marzo 1979 (*Aranzadi Westlaw*, referencia RJ 1979/1373).

¹⁰ Párrafo primero.

¹¹ Con el carácter de precedente, véase Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 5 abril 1967 (*Jurisprudencia Social*, núm. 22, 1967, referencia 204).

¹² Al respecto, también con el carácter de precedente, véase Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 6 diciembre 1974 (*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo*, referencia 1974/5257).

¹³ Por todas, Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 23 mayo 1988 (*Aranzadi Westlaw*, referencia RJ 1988/4271).

pudiéndosele otorgar plena validez y eficacia, por ejemplo, aunque hubiese sido concertado «telefónicamente»¹⁴.

Según la jurisprudencia laboral, el precontrato de trabajo es un contrato, pero en absoluto una subespecie, variante o tipo de contrato de trabajo. Ello se debe a la inexistencia de prestación de trabajo en fase precontractual, lo que explica que los tribunales laborales vengán sosteniendo desde siempre que el incumplimiento de un precontrato de trabajo no permite el ejercicio de ninguna de las acciones derivadas del incumplimiento de un verdadero contrato de trabajo y, en especial, de las tres acciones siguientes¹⁵. En primer lugar, la acción para exigir el pago de salarios, pues «la relación existente entre [el promitente] ... y el actor sólo puede conformarse como un precontrato ... y ... el hoy recurrente ... no realizó trabajo alguno al servicio del referido empresario, por lo que al ser el salario una contraprestación del trabajo verificado, si otra cosa fuere entendida nos encontraríamos ante un enriquecimiento injusto»¹⁶. En segundo lugar, la acción de extinción del contrato de trabajo por incumplimiento contractual grave del empresario (regulada en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores y también llamada acción por «despido indirecto»), pues este precepto «parte de una relación laboral ya consolidada, con efectiva y real prestación de

¹⁴ Al respecto, véase Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 16 diciembre 1976 (*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, referencia 1977/433).

¹⁵ Sobre el tema, en la jurisprudencia más reciente, véase Sentencia de la Sala de lo Social de Sevilla, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 29 noviembre 1917 (*Aranzadi Westlaw*, referencia AS 2018/24).

¹⁶ Con el carácter de precedente, véase Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 7 julio 1984 (*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo*, referencia 1984/6181).

servicios, regulando ... su extinción a instancias del propio trabajador con fundamento en la conducta o actuación del empresario, bien por haber éste modificado sustancialmente las condiciones de trabajo en perjuicio de la formación del trabajador o menoscabo de su dignidad, bien por cualquier otro incumplimiento grave ..., supuestos estos totalmente diferentes del caso aquí tratado»¹⁷. En tercer lugar, la acción de despido, concluyéndose con rotundidad que el incumplimiento del precontrato «no legitima a los interesados para el ejercicio de acciones de despido ..., cuyas resultas legales – readmisión, indemnización, salarios de tramitación– exigen la extinción de un contrato de trabajo ... en ejecución ..., como lo demuestra el contenido del artículo 98 de la L[ey de]P[rocedimiento]L[aboral], cuando obliga al trabajador “despedido” a detallar en su demanda “el trabajo que realizaba antes de producirse el despido, salario, tiempo y forma de pago y antigüedad”, ninguna de cuyas circunstancias concurrían en los recurrentes, que ni estaban trabajando en el momento de autos ni cobraban salarios por consiguiente, ni ostentaban antigüedad alguna»¹⁸.

Frente a esas acciones, el incumplimiento de un precontrato de trabajo permite deducir ante los tribunales laborales determinadas acciones judiciales características del Derecho común de los

¹⁷ Por todas, Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 21 febrero 1991 (*Aranzadi Westlaw*, referencia RJ 1991/859).

¹⁸ Con el carácter de precedente, véase Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 11 febrero 1986 (*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo*, referencia 1986/807).

contratos, al amparo siempre de lo dispuesto en el Código Civil¹⁹. En primer lugar, y dado que «la promesa de trabajo realizada por la empresa ... es eficaz, sin que su cumplimiento pueda quedar a su arbitrio»²⁰, la «acción para pedir su cumplimiento»²¹, cuya prosperabilidad depende del juego de la *exceptio inadimpleti contractus*, razón por la cual quien reclama la dación de trabajo prometida habrá debido ponerse antes a disposición de su futuro empresario, pues «si no se presentó a trabajar en la fecha pactada ..., al incumplir aquello a que se había obligado, carecía de acción para reclamar»²². En segundo término y junto a esta acción, con el carácter de alternativa o subsidiaria de la misma —dado que «es aplicable el artículo 1124 [del Código Civil]»²³—, la «acción por daños y perjuicios derivada del alegado incumplimiento por parte de la empresa de la oferta de contrato por ésta realizada»²⁴, pues «una

¹⁹ Sobre el tema, en la jurisprudencia más reciente, véase Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 9 octubre 2018 (*Aranzadi Westlaw*, referencia AS 2019/1508).

²⁰ Con el carácter de precedente, véase Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 10 noviembre 1981 (*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo*, referencia 1981/6549).

²¹ Con el carácter de precedente, véase Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 11 noviembre 1981 (*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo*, referencia 1981/6587).

²² Con el carácter de precedente, véase Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 6 noviembre 1982 (*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo*, referencia 1982/6085).

²³ Con el carácter de precedente, véase Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 7 abril 1975 (*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo*, referencia 1975/1673). Según dicho precepto, «el perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos» (párrafo segundo, inciso primero), teniendo en cuenta que «también podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible» (*ibidem*, inciso segundo).

²⁴ Por todas, Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 2 mayo 1984 (*Aranzadi Westlaw*, referencia RJ 1984/2950).

promesa de contrato [de trabajo] ... que ha sido incumplida ... puede dar origen a ... una indemnización de perjuicios»²⁵, con «base en el artículo 1101 del Código Civil»²⁶, aunque teniendo en cuenta dos cosas. De un lado, que la indemnización pretendida, al menos en caso de incumplimiento no-doloso por parte del promitente, puede ser moderada al prudente arbitrio de los tribunales laborales, por resultar también aquí aplicable lo dispuesto en el artículo 1103 del Código Civil²⁷. Y de otro lado, por resultar igualmente aplicable el artículo 1106 del propio Código Civil, que pueda pretenderse el resarcimiento de los daños y perjuicios, bien a título de lucro cesante, bien a título de daño emergente, encajando en esta última partida, entre otras varias posibles, por ejemplo, «la retribución que debió devengar y percibir [en caso de haberse cumplido la promesa de contrato por tiempo cierto] y no lo hizo por causa ajena a su voluntad e imputable, en cambio, a la entidad [promitente]»²⁸, aunque teniendo en cuenta que estos «salarios» no son tales, sino

²⁵ Con el carácter de precedente, véase Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 11 noviembre 1981 (*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo*, referencia 1981(6587).

²⁶ Con el carácter de precedente, véase Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 29 octubre 1981 (*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo*, referencia 1981/6231). Según dicho precepto, «quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas».

²⁷ Por todas, véase Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 30 octubre 1988 (*Aranzadi Westlaw*, referencia 1988/8183). Según dicho precepto, «la responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones, pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos».

²⁸ Por todas, véase Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 10 diciembre 1987 (*Aranzadi Westlaw*, referencia RJ 1987/8879).

percepciones extrasalariales o «resarcimiento al “id quod interest” típico del incumplimiento de la promesa»²⁹.

3. El régimen jurídico del precontrato de trabajo en Alemania

En el Derecho alemán, el precontrato de trabajo (*arbeitsrechtliche Vorvertrag*) posee un régimen jurídico muy similar al recién descrito del Derecho español, eso sí, con algunas previsible peculiaridades. Para relatar ese régimen jurídico, tomo como referencia la edición vigente del «Comentario Erfurtense» al Derecho alemán del Trabajo³⁰, presumiendo que expone la versión más ideológicamente neutra, más doctrinalmente admisible por todos (incluidos los tribunales de la jurisdicción de trabajo) y, especialmente, más omnicompreensiva del conjunto del Derecho alemán del Trabajo³¹. En esta obra, la descripción del grueso del régimen jurídico del precontrato de trabajo se concibe como un comentario al parágrafo 611a del Código Civil alemán (esto es, el precepto sobre el concepto de «contrato de trabajo [*Arbeitsvertrag*]»), al efecto de marcar mejor las diferencias existentes entre este contrato y el precontrato³². Al igual que sucede en España, el segundo carece de regulación legal específica, aunque

²⁹ Con el carácter de precedente, véase Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 1 octubre 1986 (*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo*, referencia 1986/8748).

³⁰ Véase R. MÜLLER-GÖGLE, U. PREIS e I. SCHMIDT (Editores), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 20ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2020), 3102 pp.

³¹ Sobre el tema, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «El género doctrinal “Comentarios” en el Derecho alemán. A propósito del “Comentario Erfurtense” sobre Derecho alemán del Trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 141 (2009), pp. 5 y ss.

³² Cfr. marginales 252 y ss., pp. 1441 y ss.

«la admisibilidad del precontrato se deriva del principio de libertad contractual [*die Zulässigkeit des Vorvertrags ergibt sich aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit*]»³³. Con base en la doctrina científica clásica sobre el tema, encarnada en un escrito de ZÖLLNER³⁴, el precontrato se define como «un contrato obligacional, que obliga a las partes a la celebración de un contrato principal con un contenido obligacionalmente vinculante [*ein schuldrechtl. Vertrag, der die Parteien zum Abschluss eines Hauptvertrags mit schuldrechtl. bindendem Inhalt verpflichtet*]»³⁵, teniendo en cuenta que el «contrato principal» recién aludido es precisamente el contrato de trabajo.

Al igual que sucede en España, «el precontrato es eficaz sin forma, a pesar de que la forma escrita se prevea para el contrato principal [*ist trotz einer für den Hauptvertrag vorgesehenen Schriftform formlos wirksam*]»³⁶, afirmándose incluso que «según opinión de ZÖLLNER, tampoco es necesario en el precontrato el consentimiento del comité de empresa [*noch nicht erforderlich*]»³⁷. Lógicamente, la existencia de condiciones de trabajo mínimas también favorece en Alemania la estipulación de precontratos, pues «en el Derecho del Trabajo, las concretas disposiciones contractuales a menudo no se negocian individualmente entre las partes, sino que se fijan por la ley, el convenio colectivo o el acuerdo de empresa [*im*

³³ Cfr. marginal 252, p. 1441.

³⁴ Véase W. ZÖLLNER, «Arbeitsrechtliche Vorvertrag», en O. MARTINEK, E. MIGSCH *et al.* (Editores), *Arbeitsrecht und Soziale Grundrechte. Festschrift Hans Floretta zum 60. Geburtstag*, Manz (Viena, 1983), pp. 455 y ss.

³⁵ Cfr. marginal 252, p. 1441.

³⁶ Cfr. marginal 257, p. 1442.

³⁷ *Ibidem*.

Arbeitsrecht sind die einzelnen Vertragsbestimmungen zwischen den Parteien oft nicht individuell aushandelbar, sondern durch G, TV oder BV vorgegeben]»³⁸. Supuesto que el precontrato exista y se incumpla, «la condena a la celebración del contrato es posible [*die Verurteilung zum Vertragsabschluss is somit möglich*], aunque el derecho del empresario a la prestación de trabajo no sea susceptible de ejecución forzosa [*allerdings ist ... der Anspruch des AG auf Arbeitsleistung nicht vollstreckbar*]»³⁹. Además, «con base en el precontrato, puede ejercitarse con posterioridad el derecho a indemnización de daños y perjuicios [*aus dem Vorvertrag kann des Weiteren ein Schadensersatzanspruch geltend gemacht wedern*], cuando la obligación de celebrar el contrato principal, durante la vigencia del precontrato, no se cumplió culposamente [*wenn die Verpflichtung zum Abschluss des Hauptvertrags während der Laufzeit des Vorvertrags schuldhaft nicht erfüllt wird*]»⁴⁰. Ahora bien, al igual que sucede en España, en caso de incumplimiento del precontrato de trabajo por el empresario promitente, lo que no cabe es el ejercicio de la acción de despido, concluyéndose que «el despido no entra en consideración [*eine Kündigung kommt nicht in Betracht*], dado que en el precontrato no se trata de una relación laboral duradera, sino de un deber de prestación excepcional, orientado a la celebración de un contrato principal [*da es sich bei einem Vorvertrag nicht um ein Dauerschuldverhältnis handelt, sondern um*

³⁸ Cfr. marginal 253, p. 1441.

³⁹ Cfr. marginal 255, p. 1442.

⁴⁰ *Ibidem*.

eine einmalige Leistungspflicht, gerichtet auf den Abschluss eines Hauptvertrags]»⁴¹.

Desde el punto de vista del Derecho español individual del Trabajo, lo que más llama la atención en el régimen jurídico alemán del precontrato de trabajo es la naturalidad con que se injertan en el mismo los derechos fundamentales del trabajador, un asunto que el «Comentario Erfurtense» aborda —al hilo siempre del comentario al párrafo 611a del Código Civil—, aunque sin cita de jurisprudencia, bajo el rótulo genérico «Prohibiciones de discriminación [*Diskriminierungsverbote*]»⁴². Se trata de una construcción realizada sobre la base de las tres siguientes afirmaciones generales: 1) «para el empresario, pueden derivarse obligaciones precontractuales del Derecho europeo ..., del Derecho constitucional y de concretas normas imperativas (por ejemplo, la Ley General de Igualdad de Trato, el párrafo 81 II del Libro IX del Código de Seguridad Social) [*vorvertragl. Pflichten können für AG aus europarechtl ..., verfassungsrechtl ... und einfachrechtl. Zwgd. Vorschriften (zB AGG, §81 II SGB IX)*]»⁴³; 2) «como regla general, su violación no genera ningún derecho a ser contratado, sino en todo caso el derecho a la indemnización de daños y perjuicios (cfr. párrafo 15 de la Ley General de Igualdad de Trato) [*aus ihrer Verletzung folgt regelm. Kein Einstellungs-, sondern allenfalls ein Schadensersatzanspruch (vgl. §15 AGG)*]»⁴⁴; y 3) «subsidiariamente,

⁴¹ Cfr. marginal 259, p. 1442.

⁴² Cfr. marginales 269 y 270, p. 1444.

⁴³ Cfr. marginal 269, p. 1444.

⁴⁴ Cfr. marginal 270, p. 1444.

hay que tener en cuenta el derecho [a indemnización] regulado en el parágrafo 823 I [del Código Civil], por causa de la violación de los derechos generales de la persona, o a la regulada en el parágrafo 826 [del Código Civil], por causa de un daño contrario a las buenas costumbres [*in Betracht kommt subsidiär. ein Anspruch aus §823 I wegen Verletzung des allg. Persönlichkeitsrechts oder ein solcher aus §826 wegen sittenwidriger Schädigung*]⁴⁵. Este impacto de las prohibiciones de discriminar sobre los deberes precontractuales del futuro empresario aparece frontalmente enjuiciado en la Sentencia a que paso a referirme a continuación.

4. La sentencia del Tribunal Federal de Trabajo de 27 febrero 2020, sobre extinción discriminatoria de un precontrato de trabajo

En esta reciente Sentencia de la Sala Segunda del más alto órgano de la jurisdicción laboral alemana⁴⁶, se discutió el impacto sobre la extinción de un precontrato de trabajo del precepto antidiscriminatorio contenido en la Ley de Protección de la Madre (*Mutterschutzgesetz*) de 23 mayo 2017⁴⁷. Esta concreta norma era su parágrafo 17 (rotulado «Prohibición del despido [*Kündungsverbot*]⁴⁸), apartado 1, inciso 1, número 1, a cuyo tenor «el despido de una mujer es inadmisibile ... durante su embarazo ...

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Referencia oficial 2 AZR 498/19. Puede localizarse en el sitio en Internet del Tribunal Federal de Trabajo (vía «*Entscheidungen*»), ubicado en www.bundesarbeitsgericht.de.

⁴⁷ Su texto, en versión consolidada, puede localizarse en el sitio en Internet de difusión del Derecho de la Federación alemana, ubicado en www.bundesrecht.juris.de.

cuando es conocido ... por el empresario el embarazo en el momento del despido ... [*die Kündigung gegenüber einer Frau ist unzulässig ... wenn dem Arbeitgeber zum Zeitpunkt der Kündigung die Schwangerschaft ... bekannt ist*]. El supuesto de hecho enjuiciado, tal y como aparece descrito en la Sentencia, era el siguiente: 1) «el demandado, que como regla no emplea más de diez trabajadores, estipuló con la demandante el 9/14 diciembre 2017 un contrato de trabajo, para trabajar como empleada en un bufete de abogados»⁴⁸; 2) «según su parágrafo 1, núm. 1, “la relación laboral” debía empezar el 1 febrero 2018»⁴⁹; 3) «por escrito de 18 enero 2018, la demandante informó al demandado acerca de que se le comprobó un embarazo y, como consecuencia de una enfermedad crónica previa, se le prescribió “con eficacia inmediata la prohibición completa para trabajar”»⁵⁰; 4) «por escrito de 30 enero 2018, el demandado extinguió “la relación laboral existente entre nosotros” con efectos del 14 febrero 2018»⁵¹; y 5) frente a esa decisión, «la demandante planteó temporáneamente la presente demanda»⁵², teniendo en cuenta que «las partes litigan sobre la eficacia de un despido

⁴⁸ Cfr. marginal 2. Textualmente, «Der Beklagte, der in der Regel nicht mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt, schloss mit der Klägerin am 9./14. Dezember 2017 einen Arbeitsvertrag über eine Tätigkeit als Rechtsanwaltsfachangestellte».

⁴⁹ Ibidem. Textualmente, «Nach dessen § 1 Nr. 1 sollte „das Arbeitsverhältnis“ am 1. Februar 2018 beginnen».

⁵⁰ Cfr. marginal 3. Textualmente, «Mit Schreiben vom 18. Januar 2018 informierte die Klägerin den Beklagten darüber, dass bei ihr eine Schwangerschaft festgestellt und aufgrund einer chronischen Vorerkrankung „mit sofortiger Wirkung ein komplettes Beschäftigungsverbot“ attestiert worden sei».

⁵¹ Ibidem. Textualmente, «Der Beklagte kündigte „das zwischen uns bestehende Arbeitsverhältnis“ mit Schreiben vom 30. Januar 2018 zum 14. Februar 2018».

⁵² Cfr. marginal 4. Textualmente, «hat sich die Klägerin rechtzeitig mit der vorliegenden Klage gewandt».

ordinario»⁵³, con el resultado de que «el Tribunal de Trabajo ha estimado la demanda, y el Tribunal de Trabajo de Estado federado ha rechazado el recurso de apelación del demandado»⁵⁴, por lo que «con su recurso de casación, el demandado continúa perseverando en su solicitud de desestimación de la demanda»⁵⁵.

Al resolver el recurso de casación del empresario demandado, el Tribunal Federal de Trabajo tuvo que reconocer que «el tenor literal de la ley no es claro»⁵⁶, pues el citado párrafo 17 «regula, entre otras cosas, una prohibición de despido en relación con la (futura) madre, sin determinación más detallada de qué relaciones jurídicas o contratos subyacentes están cubiertos por ella»⁵⁷. De ahí que sometiese el precepto cuestionado a un triple escrutinio hermenéutico, realizando una interpretación sistemática, finalista y contextual del mismo, para llegar así a la conclusión de que no resultaba necesario que el contrato celebrado hubiese comenzado a ejecutarse. De acuerdo con el primero de esos tres escrutinios, concluyó que «la sistemática de la ley sugiere una interpretación, según la cual la relación jurídica en cuestión depende sólo de la

⁵³ Cfr. marginal 1. Textualmente, «*Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung*».

⁵⁴ Cfr. marginal 7. Textualmente, «*Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben, das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen*».

⁵⁵ *Ibidem*. Textualmente, «*Mit seiner Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter*».

⁵⁶ Cfr. marginal 11. Textualmente, «*Der Gesetzeswortlaut ist nicht eindeutig*».

⁵⁷ *Ibidem*. Textualmente, «*normiert ein Kündigungsverbot ua. gegenüber (werdenden) Müttern ohne nähere Bestimmung, welche Rechtsverhältnisse oder diesen zugrunde liegenden Verträge davon erfasst sind*».

existencia de ... una relación laboral»⁵⁸. De acuerdo con el segundo, constató que «en todo caso, según el objetivo legal de la prohibición de despido del párrafo 17 ..., dar a conocer la existencia del embarazo tras la conclusión del contrato de trabajo es suficiente para su intervención»⁵⁹, de manera que «el comienzo de la actividad acordada no es necesario al respecto»⁶⁰. En fin, teniendo en cuenta que el contexto del asunto estaba también marcado por el Derecho antidiscriminatorio constitucional y el Derecho antidiscriminatorio de la Unión Europea (este último contenido, en lo esencial, en la Directiva 92/85/CEE), concluyó igualmente que la interpretación del precepto comprensiva de las relaciones jurídicas precontractuales, de un lado, «se encuentra en conformidad con el Derecho de la Unión»⁶¹, y del otro lado, «contra la opinión del recurso de casación, ... no existen reparos jurídico-constitucionales»⁶².

Por eso, confirmando las Sentencias de primera y de segunda instancia, y visto el tenor del párrafo 134 del Código Civil (literalmente relativo a que «un negocio jurídico que viola una prohibición legal es nulo, cuando de la ley no se desprenda lo contrario [*ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot*

⁵⁸ Cfr. marginal 12. Textualmente, «*die Gesetzessystematik legt dagegen ein Verständnis nahe, wonach es nur auf das Bestehen eines auf eine Beschäftigung ... gerichteten Rechtsverhältnisses ankommt*».

⁵⁹ Cfr. marginal 13. Textualmente, «*Jedenfalls nach dem Normzweck des Kündigungsverbots in § 17 ... ist für dessen Eingreifen die Bekanntgabe einer bestehenden Schwangerschaft nach Abschluss des Arbeitsvertrags ausreichend*».

⁶⁰ *Ibidem*. Textualmente, «*Die Aufnahme der vereinbarten Tätigkeit ist hierfür nicht erforderlich*».

⁶¹ Cfr. marginal 22. Textualmente, «*steht im Einklang mit dem Unionsrecht*».

⁶² Cfr. marginal 25. Textualmente, «*Entgegen der Auffassung der Revision bestehen ... keine verfassungsrechtlichen Bedenken*».

verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt]») desestimó el recurso de casación interpuesto por el empresario, declarando que «la extinción por el demandado el 30 enero 2018 era nula, en virtud del parágrafo 17, apartado 1, inciso 1, núm. 1, de la L[ey de]P[rotección de la]M[adre], en conexión con el parágrafo 134 del C[ódigo]C[ivil]»⁶³. En relación con las consecuencias o concretos efectos jurídicos de esta Sentencia, hay que tener en cuenta que confirmaba el fallo (en alemán, «*Tenor*») de la Sentencia del Tribunal de Trabajo de primera instancia, el cual no era en absoluto un fallo de condena, sino un fallo de carácter meramente declarativo (literalmente, «se declara, que ... [*es wird festgestellt, dass ...*]»)⁶⁴, insusceptible de generar acción judicial para que se activase un procedimiento de ejecución de sentencia, en caso de eventual incumplimiento por el empresario del mismo. Es la lógica laboral típicamente alemana, también en asuntos por despido (aunque aquí resultase inaplicable la Ley de protección contra el despido [*Kündigungsschutzgesetz*] de 1951, dada la reducida dimensión de la empresa vencida, la cual, recuérdese, «como regla no emplea más de diez trabajadores»), orientada a favorecer acuerdos extintivos indemnizados entre las partes litigantes⁶⁵, a cuyo efecto –quizá fijando un suelo indemnizatorio, mejorable por aplicación de los criterios reseñados en el «Comentario Erfurtense»,

⁶³ Cfr. marginal 32. Textualmente, «*war die Kündigung des Beklagten vom 30. Januar 2018 gem. § 17 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 MuSchG iVm. § 134 BGB nichtig*».

⁶⁴ Esta Sentencia del Tribunal de Trabajo de Kassel de 3 mayo 2018, cuya referencia oficial es 3 Ca 46/18, puede consultarse en <https://openjur.de>.

⁶⁵ Sobre el tema, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «La readmisión del trabajador despedido en el Derecho alemán del Trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 135 (2007), pp. 557 y ss.

a que antes hice referencia⁶⁶— la Sentencia del Tribunal de Trabajo de primera instancia había concluido que «el valor de lo litigado se fija en 3.059 euros».

5. La búsqueda de un término de comparación español

Tras un repaso sereno de los repertorios de jurisprudencia que habitualmente manejamos los laboristas españoles, creo que cabe concluir honestamente que el supuesto de hecho enjuiciado por la Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo, a que acabo de referirme, no ha sido todavía enjuiciado en España. Ello no significa, sin embargo, que quepa hablar de la inexistencia de un término de comparación español hábil con dicha Sentencia alemana, pues nuestros tribunales laborales vienen enjuiciando con relativa frecuencia la extinción de precontratos de trabajo ocurrida con violación del derecho a la garantía de indemnidad (derecho fundamental «inespecífico» del trabajador, recuérdese, positivizado en el artículo 24 de la Constitución española)⁶⁷. Sobre este tema, en mi opinión, el precedente judicial español es una vieja Sentencia de la Sala de lo Social de Las Palmas, del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias, de 5 febrero 1999⁶⁸. Siempre en mi opinión, se trata de un caso que ha pasado doctrinalmente desapercibido, fundamentalmente por dos razones. En primer lugar, la relativa a que se refiere a la empresa Correos Españoles, SA, una empresa cuyo modelo de relaciones laborales, tras su privatización, resulta

⁶⁶ Véase *supra*, apartado 3, párrafo tercero.

⁶⁷ Véase *supra*, apartado 1, párrafo primero.

⁶⁸ *Aranzadi Westlaw*, referencia AS 1999/1264.

difícilmente exportable a otras empresas españolas distintas⁶⁹. En segundo lugar, por causa de que las Sentencias de otros Tribunales Superiores de Justicia autonómicos, más recientes y que reiteran su doctrina, cargan el acento en el tema de la violación por el empresario de la garantía de indemnidad del trabajador, ubicando en un segundo plano el asunto de que lo por ellas enjuiciado era la extinción de un precontrato de trabajo⁷⁰.

En dicha Sentencia canaria, el supuesto de hecho enjuiciado fue el siguiente: 1) tras la estipulación de sucesivos contratos de trabajo temporales con el Organismo Autónomos de Correos y Telégrafos, un trabajador presentó demanda por despido contra dicha empresa, con la consecuencia de que dicho despido fue declarado improcedente, «habiendo ejercitado el Organismo Autónomo la opción por la indemnización»⁷¹; 2) tras dicho pleito, «el Organismo Autónomo acuerda excluir al actor de las listas de espera, al entender que la presentación de la demanda por parte del actor reclamando la fijeza laboral supone renuncia tácita a la inclusión en las listas»⁷², por lo que «el Organismo Autónomo procedió posteriormente a contratar a persona con puesto inferior en la lista»⁷³; y 3) tras este hecho, el

⁶⁹ Críticamente sobre ella, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, *La funcionarización del personal laboral de las Administraciones públicas*, Atelier (Barcelona, 2018), pp. 23 y ss.

⁷⁰ Al respecto, por ejemplo, véanse Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 10 mayo 2005 (*Aranzadi Westlaw*, referencia AS 2005/2263), de 12 julio 2005 (*Aranzadi Westlaw*, referencia JUR 2005/237853), de 6 septiembre 2005 (*Aranzadi Westlaw*, referencia AS 2005/3532) y de 11 octubre 2005 (*Aranzadi Westlaw*, referencia AS 2006/157), y Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 20 abril 2006 (*Aranzadi Westlaw*, referencia AS 2006/3013).

⁷¹ Cfr. Antecedente de Hecho segundo.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ *Ibidem*.

trabajador demandó a la empresa por la vía del proceso laboral especial de tutela de derechos fundamentales, habiendo sido estimada su demanda por Sentencia del Juzgado de lo Social de instancia⁷⁴, la cual fue recurrida por la empresa⁷⁵. Pues bien, al resolver este recurso, la Sentencia de la Sala canaria rechazó la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada por la empresa recurrente, recordándole que los tribunales laborales tenían competencia plena para resolver las incidencias relativas al incumplimiento de un precontrato de trabajo. En efecto, según dicha resolución judicial, «la inclusión en dichas listas de espera equivale a un precontrato que genera entre las partes el deber de concluir el contrato de trabajo y, a partir del mismo suministrar ocupación efectiva para una de sus partes, así como para la otra, ponerse a disposición del futuro empleador»⁷⁶, resultando así inobjetable la competencia de los tribunales laborales para conocer del asunto, pues el litigio «se enmarca, sin duda alguna, en el ámbito de la contratación laboral»⁷⁷, al haberse limitado el actor a reaccionar judicialmente «por ver anulada su expectativa de ocupación»⁷⁸.

Esto despejado, la Sentencia confirmó íntegramente la resolución recurrida, al resultar evidente que la extinción del precontrato se había producido con violación del derecho fundamental «inespecífico» del trabajador a acudir a los tribunales en demanda de justicia, cabiendo incluso afirmar que había sido

⁷⁴ Cfr. Antecedente de Hecho tercero.

⁷⁵ Cfr. Antecedente de Hecho cuarto.

⁷⁶ Cfr. Fundamento de Derecho segundo.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ *Ibidem*.

discriminado. Acerca de este extremo, la Sentencia recordó a la empresa recurrente que «se ha de partir del incontrovertido hecho de que el actor, trabajador temporal del Ente demandado que acudió a los órganos jurisdiccionales dando lugar a que su cese fuera declarado despido improcedente y optando la empleadora por la indemnización, fue excluido de la lista de espera para cubrir vacantes ... como consecuencia, precisamente de ser su cese calificado como despido improcedente»⁷⁹. Por ello mismo, resultaba indeclinable concluir que en este caso «tal trato vulnera ... el artículo 24 de la Carta Magna»⁸⁰, de un lado, «por ser discriminatorio pues no se evidencia razón alguna que justifique la exclusión del actor de las listas de espera, actuando, de este modo, de manera desigual respecto del resto de solicitantes incluidos en aquélla»⁸¹; y de otro lado, «porque dicho proceder, implica vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva pues su exclusión se produjo como consecuencia de acudir a los Tribunales para la defensa de sus intereses legítimos como lo demuestra el hecho de que, de no haber impugnado su cese ante el Juzgado de lo Social, el actor continuaría incluido en la lista de espera»⁸².

⁷⁹ Cfr. Fundamento de Derecho tercero.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² *Ibidem*.

6. Las consecuencias de la extinción de un precontrato de trabajo, violadora de derechos fundamentales del trabajador, en España

Al rechazar el recurso de la empresa, esta Sentencia confirmó íntegramente el fallo de la Sentencia recurrida, redactado en los siguientes términos literales: «debo declarar y declaro que se ha producido ... violación del artículo 24 de la Constitución Española, declarando consiguientemente nula la ... actuación del Organismo demandado, condenando a éste a reintegrar al actor en las listas de espera de Contratación Temporal, debiendo llamarlo según el orden de las mismas, y a que abone al actor una indemnización por daños y perjuicios consistente en 61.450 pesetas más la cantidad de 4.872,8 pesetas diarias por el tiempo de duración del contrato de interinidad ... que ... se formalizó con [otra trabajadora] con preterición del actor por su indebida exclusión de la lista»⁸³. Como se ve, se trata de un fallo que contiene tres *condenas* diferenciadas (en el sentido jurídico-procesal de la palabra «condena»), merecedoras de algún tipo de comentario. La primera es una condena de hacer («reintegrar al actor en las listas de espera de Contratación Temporal»), de cumplimiento posible en este concreto caso, al existir aquí un precontrato de trabajo de vigencia indefinida o *sine die*, pues si se tratase de un precontrato de trabajo de vigencia limitada en el tiempo, resultaría de aplicación la reiterada doctrina jurisprudencial, relativa a que la posibilidad de «“exigir el cumplimiento” ... es incoercible ..., a diferencia de lo que ocurre con

⁸³ Cfr. Antecedente de Hecho tercero.

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»⁸⁴.

La segunda es una condena de dar, a título de compensación del daño emergente y del lucro cesante derivados de incumplimiento del precontrato, consistente en «la cantidad de 4.872,8 pesetas diarias [equivalentes a 29,4 euros diarios] por el tiempo de duración del contrato de interinidad ... que ... se formalizó con [otra trabajadora] con preterición del actor por su indebida exclusión de la lista». Se trata del criterio usualmente aplicado por nuestros tribunales laborales, supuesto que el contrato de trabajo ofrecido (como ocurría en el caso de autos) fuese de duración determinada, en el que –como antes de puso de relieve, recuérdese– los «salarios» en cuestión no son tales, sino percepciones extrasalariales o «resarcimiento al “id quod interest” típico del incumplimiento de la promesa»⁸⁵. En cambio, si el contrato de trabajo ofrecido hubiese sido de duración indefinida, parece razonable excluir que la indemnización comprendiese todos los «salarios» que el oferido hubiese podido cobrar hasta su jubilación o su muerte (aun aplicando elementos de mitigación o moderación de tales daños), debiéndose echar mano en este tipo de supuestos de otros criterios distintos de

⁸⁴ Al respecto, por todas, véase Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 15 diciembre 2006 (*Aranzadi Westlaw*, referencia AS 2007/1387), Fundamento de Derecho tercero.

⁸⁵ Al respecto, véase *supra*, apartado 2, párrafo tercero.

cuantificación de los daños y perjuicios padecidos, sobre los que también vienen pronunciándose los tribunales laborales, como el de la indemnización máxima por despido improcedente que le hubiese correspondido percibir en caso de extinción del contrato de trabajo por tiempo indefinido prometido, aunque teniendo en cuenta que en este caso el tribunal laboral «no aplica el artículo 56 del E[statuto de los]T[rabajadores] a un supuesto distinto al que constituye el objeto de la norma, sino que toma como referencia los criterios de ésta para formular una valoración que la ley confía a su soberano criterio»⁸⁶.

La tercera es otra condena de dar («una indemnización por daños y perjuicios consistente en 61.450 pesetas [equivalentes a 370 euros]»), respecto de la que nada se dice, aunque resulta obvio que se trata de la condena automática al abono de daños y perjuicios, derivada de la violación de derechos fundamentales del trabajador. Sobre esta indemnización, el precepto clave es ahora el artículo 183 de la citada Ley reguladora de la jurisdicción social de 2011, en el que se afirma «cuando la sentencia declare la existencia de vulneración», que «el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como

⁸⁶ Al respecto, Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 2 octubre 1990 (*Aranzadi Westlaw*, referencia AS 1990/2367).

de los daños y perjuicios adicionales derivados»⁸⁷. Precisamente en supuestos de violación de la garantía de indemnidad, la última palabra sobre el tema aparece contenida en una Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 5 octubre 2017⁸⁸, fallada en casación para la unificación de doctrina, en la que se considera admisible la aplicación analógica a estos supuestos de los criterios que previene la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social de 2000, a efectos de cuantificar las multas a imponer por infracciones administrativas cometidas por el empresario⁸⁹, especialmente teniendo en cuenta que el artículo 8, apartado 2, de dicha Ley «considera infracción muy grave “las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación”»⁹⁰.

7. Epílogo

A pesar de que la versión actualmente vigente del Estatuto de los Trabajadores es de prácticamente anteaer, el Gobierno español

⁸⁷ Apartado 1.

⁸⁸ *Aranzadi Westlaw*, referencia RJ 2017/4918.

⁸⁹ Literalmente, «la utilización del criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la L[ey de]I[nfracciones y]S[anciones en el]O[rden]S[ocial] para las infracciones producidas en el caso ha sido admitido por la jurisprudencia constitucional (S[entencia del]T[ribunal]C[onstitucional] 247/2006, de 24/Julio), a la par que considerado idóneo y razonable en precedentes decisiones de esta Sala» [cfr. Fundamento de Derecho tercero, apartado 2, letra C)].

⁹⁰ *Ibidem*, apartado 3, letra D).

ha manifestado su intención de que se elabore «un nuevo Estatuto de los Trabajadores que adapte su contenido a los retos y desafíos del siglo XXI», mencionando expresamente entre tales «retos y desafíos» los de combatir «la elevada tasa de desempleo y la alta temporalidad, la necesidad de restablecer el equilibrio en las relaciones laborales entre empresas y personas trabajadoras y las transformaciones que se están produciendo en el ámbito laboral como consecuencia de la digitalización, la globalización, los cambios demográficos y la transición ecológica»⁹¹. Evidentemente, este loable propósito se ha visto afectado e, incluso, trastocado por la crisis sanitaria y económica causada por la pandemia del coronavirus, la cual parece apuntar –al menos, de momento– hacia una desordenada promulgación de normas dispersas, de carácter urgente, que en absoluto cubren todos los «retos y desafíos» que el legislador pretende encarar⁹². Cuando las aguas se remansan, quizá el legislador no debería olvidar que lo grande suele viajar acompañado de lo pequeño (y que lo mediocre, en cambio, suele desplazarse solo), pareciendo haber llegado la hora –tras setenta años de régimen jurídico exclusivamente jurisprudencial– de que al precontrato de trabajo se le haga un hueco, que no tiene por qué ser grande, en ese nuevo y proyectado «Estatuto de los Trabajadores del

⁹¹ Cfr. disposición adicional primera del Real Decreto-ley 8/2019, de 8 marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo. Las expresiones entrecomilladas citadas se toman de la exposición de motivos de la propia norma (apartado VI, párrafos primero y segundo). Sobre el tema, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, «The Austrian “Abfertigung” - an employment topic in fashion in Spain», en B.-C. FUNK y N. MELZER-AZODANLOO (Editores), *Arbeiten in Würde. Festschrift für Günther Löschnigg zum 65. Geburtstag*, ÖGB (Viena, 2019), p. 500.

⁹² Últimamente, véase Real Decreto-ley 28/2020, de 22 septiembre, de trabajo a distancia.

siglo XXI», posibilitando no sólo la clarificación de temas «nuevos» (por ejemplo, el impacto del principio de no discriminación sobre la extinción del precontrato), sino también que temas viejos (como, por ejemplo, la competencia de los tribunales laborales para conocer del asunto o el plazo de prescripción de las acciones derivadas del mismo) dejen de discutirse ante los tribunales laborales, con la consiguiente e inútil sobrecarga de litigios cuyo resultado puede predecirse y conocerse de antemano.

Bibliografía citada

J. MARTÍNEZ GIRÓN, «El precontrato de trabajo en la jurisprudencia», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 19 (1984).

J. MARTÍNEZ GIRÓN, «La tramitación procesal de los despidos discriminatorios», *Actualidad Laboral*, núm. 2 (1987).

J. MARTÍNEZ GIRÓN, «El precontrato de trabajo: Límites normativos y práctica judicial», *Actualidad Laboral*, núm. 3 (1994).

J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Cuestiones previas a la celebración del contrato de trabajo, en especial, el momento en que deba considerarse “perfeccionado” el contrato», en J. GÁRATE CASTRO (Coordinador), *Estudios de jurisprudencia social de Galicia*, Fundación Alfredo Brañas (Santiago de Compostela, 2000).

J. MARTÍNEZ GIRÓN, «La readmisión del trabajador despedido en el Derecho alemán del Trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 135 (2007).

J. MARTÍNEZ GIRÓN, «El género doctrinal “Comentarios” en el Derecho alemán. A propósito del “Comentario Erfurtense” sobre Derecho alemán del Trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 141 (2009).

J. MARTÍNEZ GIRÓN, *La funcionarización del personal laboral de las Administraciones públicas*, Atelier (Barcelona, 2018).

J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2007).

J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, «The Austrian “Abfertigung” - an employment topic in fashion in Spain», en B.-C. FUNK y N. MELZER-AZODANLOO (Editores), *Arbeiten in Würde. Festschrift für Günther Löschnigg zum 65. Geburtstag*, ÖGB (Viena, 2019).

R. MÜLLER-GÖGLE, U. PREIS e I. SCHMIDT (Editores), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 20ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2020).

M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, *Los derechos laborales en la Constitución Española*, Centro de Estudios Constitucionales (Madrid, 1991).

M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, «Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y represalias empresariales», en *Derecho vivo del Trabajo y Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Doctor Fernando Suárez González*, La Ley (Madrid, 2003).

W. ZÖLLNER, «Arbeitsrechtliche Vorvertrag», en O. MARTINEK, E. MIGSCH *et al.* (Editores), *Arbeitsrecht und Soziale Grundrechte. Festschrift Hans Floretta zum 60. Geburtstag*, Manz (Viena, 1983).

WWW.IDT.FDULISBOA.PT



REVISTA INTERNACIONAL DE
DIREITO DO TRABALHO

idt

Instituto de Direito do Trabalho
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa