

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FACULTAD DE DERECHO



Responsabilidad civil del empleador en la etapa formativa del contrato de trabajo

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OBTENER EL GRADO DE BACHILLER EN DERECHO

AUTOR

Saldarriaga Cáceres, Andre Vicente

ASESOR

Pizarro Díaz, Mónica Beatriz

2020

RESUMEN

El presente artículo busca abordar la respuesta a la siguiente interrogante: ¿Cuándo se justifica el pago de indemnizaciones en la etapa formativa del contrato de trabajo? Para ello, nos remitimos a la legislación prevista en el Código Civil peruano, que es aplicable supletoriamente al ordenamiento laboral.

Así, siguiendo las normas civiles, llegamos a la conclusión que corresponde otorgar indemnizaciones en la etapa formativa del contrato de trabajo, en los casos en los cuales, además de producirse un daño, se incumplen los deberes que rigen la etapa formativa, tales como el deber de diligencia, deber de información, deber de protección, deber general de no causar daños y el deber de negociar de buena fe, generando un alto grado de confianza en este último caso. De otro lado, también se justifica el pago de indemnizaciones en los casos en los que, no existiendo aún un vínculo de naturaleza laboral, se incumpla un acuerdo de naturaleza civil.

Consideramos que resulta necesario abordar este tema en la medida en que las situaciones jurídicas laborales que se presentan en la práctica peruana vinculadas a la etapa formativa del contrato laboral son frecuentes. Sin embargo, hasta la fecha ni la doctrina ni la jurisprudencia peruana se han ocupado del tema. De allí la relevancia de la presente investigación que ensaya respuestas a muchas de las interrogantes que se presentan en el día a día.

ÍNDICE

1	Introducción	4
2	La aplicación supletoria del Código Civil	5
3	La formación del contrato	6
3.1	La oferta	8
3.2	La aceptación	10
3.3	El perfeccionamiento del contrato	11
4	Contratos preparatorios.....	11
4.1	Compromiso de contratar:.....	12
4.2	Contrato de opción:.....	14
5	Representación y apariencia jurídica	15
6	Deberes precontractuales	17
6.1	Deber de negociar de buena fe.....	17
6.2	Deber de información.....	18
6.3	Deber de protección.....	19
6.4	Deber general de no causar daños	19
7	Los elementos de la responsabilidad civil	19
7.1	Análisis material.....	20
7.2	Análisis de Imputabilidad	21
8	La responsabilidad precontractual en el Perú.....	22
9	Supuestos de daños en la etapa formativa del contrato de trabajo	23
9.1	Cartas ofertas de empleo.....	23
9.2	Contrato suscrito por persona sin poder de representación	24
9.3	Ruptura injustificada de las negociaciones	25
9.4	Incumplimiento de contratos preparatorios	26
10	Conclusiones	27
11	Bibliografía	27

Responsabilidad civil del empleador en la etapa formativa del contrato de trabajo

Sumilla: El presente artículo realiza un análisis de los supuestos en los que el empleador incurre en responsabilidad civil por los daños ocasionados al futuro trabajador en la etapa formativa del contrato de trabajo. En ese sentido, se efectúa un estudio de la formación del contrato, los contratos preparatorios, los deberes que rigen la etapa formativa de un contrato y los elementos de la responsabilidad civil, para luego aplicar dichos conceptos e instituciones propias del derecho civil al ámbito de las relaciones laborales.

1. Introducción:

Ernesto es Gerente Comercial del Banco del Perú, luego de acudir a un evento en un gremio empresarial comienza a realizar negociaciones para ocupar el mismo cargo en el Banco de Lima, el cual es el principal competidor de su actual empleador.

Luego de varias conversaciones y reuniones las partes se ponen de acuerdo en la remuneración, cargo, lugar de prestación de servicios y demás condiciones laborales. Por lo que el potencial empleador le indica a Ernesto que se apersona en dos semanas a las oficinas de la empresa a firmar el contrato de trabajo.

Tras ello, Ernesto renuncia a su trabajo en el Banco del Perú y se apersona en la fecha y hora acordada a las oficinas del Banco de Lima, sólo para darse con la sorpresa de que, debido a un cambio en el Directorio, el Gerente General había decidido no contratarlo. Así, Ernesto no solo ha visto frustrada su expectativa de tener un mejor salario en otra compañía, sino que ha perdido su puesto de trabajo.

El caso hipotético que hemos planteado evidencia las razones por las cuales es importante comprender las instituciones civiles aplicables a la etapa formativa del contrato de trabajo y la eventual responsabilidad que pueda tener el empleador, ello en la medida en que es perfectamente posible que se presenten casos en la vida real en los cuales tengamos que recurrir a dichas instituciones con la finalidad de determinar la solución al caso en concreto.

En el Perú, la doctrina y jurisprudencia han estado centradas únicamente en analizar casos de responsabilidad civil en la extinción del vínculo laboral y en los accidentes y enfermedades profesionales, olvidando que los daños no sólo pueden producirse ante dichos eventos, sino que también son susceptibles de configuración en la etapa formativa y en todo el iter contractual.

Así, ante un caso como el descrito previamente habrá que preguntarnos ¿existe un contrato de trabajo? ¿el potencial empleador incumplió algún deber? ¿qué

conceptos son indemnizables en esta etapa y cómo deberían cuantificarse los mismos? Todas interrogantes serán abordadas en el presente trabajo.

Lo que nos proponemos con el presente artículo es llenar ese vacío en la doctrina peruana referente a la etapa formativa del contrato de trabajo, por lo que en un primer momento expondremos las instituciones civiles relacionadas a la formación del contrato y a la responsabilidad precontractual o *in contrahendo*, para luego aplicar las mismas al ámbito de las relaciones laborales.

Desde ya mencionamos que la metodología empleada será teórica-deductiva, de manera que nos serviremos tanto de doctrina civil sobre la materia, como doctrina y jurisprudencia laboral extranjera, principalmente de España.

2. La aplicación supletoria del Código Civil

Antes de dar paso a las instituciones civiles, es preciso recordar que, para que las mismas sean aplicables al ámbito laboral, tienen que configurarse dos requisitos: (i) Que no exista regulación especial por parte de una norma laboral, y (ii) Que las disposiciones del Código Civil que pretenden suplir al ordenamiento laboral sean compatibles con la naturaleza del mismo.

En esa línea, Neves señala que: “*En la relación de supletoriedad tenemos la norma uno, a la que por ser especial le corresponde regular un hecho, pero no lo hace, denominada suplida, y la norma dos, de carácter general, que sí contiene regulación para el hecho, llamada supletoria (...)*”. (Neves 2018: 159)

En ese sentido, como primer requisito para aplicar la regulación civil tendremos que detectar el defecto en la regulación laboral, es decir, la ausencia de regulación de un hecho, ante lo cual debemos recurrir a la norma general, contemplada en el Código Civil. Recordemos además que el Código Civil en su Título Preliminar establece que el mismo es de aplicación supletoria al ordenamiento jurídico en su totalidad¹, por lo que en principio corresponderá siempre aplicar el mismo supletoriamente al ámbito de las relaciones de trabajo, más aún si ambos ordenamientos regulan relaciones jurídicas entre sujetos privados.

Asimismo, podemos advertir que el ordenamiento jurídico laboral no contiene regulación alguna sobre responsabilidad civil del empleador por los daños generados a los trabajadores o potenciales trabajadores, con lo cual nos encontramos ante el primer defecto normativo.

¹ Artículo IX del Título Preliminar: Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza.

Por otro lado, si bien si contamos con una norma que regula el contrato de trabajo, señalando que el mismo puede ser verbal o escrito², su regulación resulta insuficiente, por lo que de igual manera se hace necesario remitirnos a la legislación civil, que regula tanto la oferta como el perfeccionamiento del contrato en general.

Habiendo detectado los defectos en la regulación laboral resta analizar la compatibilidad de aplicar las instituciones civiles al ámbito laboral. La doctrina y la jurisprudencia son pacíficas en admitir la aplicación absoluta de las normas de responsabilidad civil reguladas en el Código Civil, además de las reglas de interpretación del acto jurídico para las cláusulas obligacionales de los convenios colectivos, entre otros. Incluso se ha planteado en la doctrina la aplicación de las normas de validez y eficacia del acto jurídico a los contratos de trabajo³.

Siendo así, no vemos en principio impedimentos para aplicar las instituciones relativas a la formación del contrato de trabajo y la representación al ámbito de las relaciones laborales, de la manera en la que están reguladas en el Código Civil. Ello en la medida en que las normas que regulan dichas instituciones son equilibradas para ambas partes y en su mayoría son imperativas, de tal modo que el futuro empleador no podría usar su poder negocial para beneficiarse. Sin embargo, en los apartados correspondientes advertiremos al lector si alguna institución en particular puede entrar en conflicto con el carácter tuitivo del derecho laboral y con la desigualdad existente entre las partes.

3. La formación del contrato

El contrato es el acuerdo de manifestaciones de voluntad destinado a regular, crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas de carácter patrimonial, ello ha sido expresamente recogido por el artículo 1351° del Código Civil.⁴

Asimismo, el artículo siguiente, el 1352°⁵ nos establece el momento en que el contrato será existente, el cual debe ser leído conjuntamente con el artículo 1359°⁶ del mismo cuerpo normativo, para así llegar a la conclusión de que el contrato estará perfeccionado, esto es, cobrará existencia, en el momento en el

² Artículo 4° del Decreto Supremo No. 003-97-TR: En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado. El contrato individual de trabajo puede celebrarse libremente por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad. El primero podrá celebrarse en forma verbal o escrita y el segundo en los casos y con los requisitos que la presente Ley establece. También puede celebrarse por escrito contratos en régimen de tiempo parcial sin limitación alguna.

³ Ver: Toyama, J. (2012). Validez y eficacia del contrato de trabajo. Derecho PUCP, (68), 449-467. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/2842>

⁴ Artículo 1351°: El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

⁵ Artículo 1352°: Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad.

⁶ Artículo 1359°: No hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones, aunque la discrepancia sea secundaria.

cual las partes estén de acuerdo en todas sus estipulaciones. Evidentemente, dicho acuerdo debe ser exteriorizado a través de una manifestación de voluntad, que es el dato exterior que permitirá corroborar la conformidad de las partes.

¿Cuáles son las maneras en las cuales las partes pueden manifestar su voluntad? Pueden ser principalmente manifestadas de forma expresa o tácita, de conformidad con lo previsto en el artículo 141^{o7} del Código Civil. Es expresa cuando se realiza de forma escrita o verbal, incluyendo la realizada a través de medios electrónicos y digitales.

Por su parte, será tácita cuando se concluya indubitablemente que, a partir de la conducta de una de las partes, la misma ha expresado su voluntad. Tal sería el caso en el que A le ofrece a B trabajar toda la semana como repartidor de volantes frente a su tienda, a lo que B, sin manifestar expresamente su voluntad, sostiene los volantes y los comienza a repartir.

Hasta aquí tenemos que el contrato existe en el momento en el cual las partes, mediante manifestaciones de voluntad, se encuentran conformes con todas sus estipulaciones. Asimismo, las manifestaciones de voluntad pueden ser tanto de forma tácita como expresa. Por lo que bien puede ser posible que se configure la existencia de un contrato a través de correos electrónicos o a través de actos concluyentes, sin la necesidad de suscribir físicamente un acuerdo por escrito.

En el ámbito laboral, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral no establece limitación alguna a la manifestación de voluntad de las partes. Tampoco establece una formalidad obligatoria bajo sanción de nulidad que deban tener los contratos de trabajo. Recordemos que la formalidad es un requisito de validez de acto jurídico en aquellos casos en los que la ley sanciona su inobservancia con nulidad expresamente⁸.

De tal manera que la legislación peruana no solo no establece limitaciones a la manera en la que las partes del contrato de trabajo puedan manifestar su voluntad, sino que no exige formalidad alguna para el contrato de trabajo como requisito de validez del mismo.

En relación a este punto, es importante resaltar un pronunciamiento que ha emitido el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, a través del Informe

⁷ Artículo 141^o: La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral, escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, digital, electrónico, mediante la lengua de señas o algún medio alternativo de comunicación, incluyendo el uso de ajustes razonables o de los apoyos requeridos por la persona. Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o conductas reiteradas en la historia de vida que revelan su existencia. No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario

⁸ Artículo 219^o: El acto jurídico es nulo: 6. Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

No. 75-2019-MTPE/2/14.1, en el mismo señala que, en virtud del numeral 3.1⁹ del artículo 3 del Decreto Legislativo No. 1310, es posible que el empleador reemplace su firma ológrafa por su firma digital o electrónica en la suscripción de contratos de trabajo.

Dicho pronunciamiento confirma la posibilidad de reemplazar la firma ológrafa en los contratos de trabajo, sin embargo, ello no debe llevarnos a creer que para la configuración de un contrato de trabajo siempre se requiere la firma del empleador. Pues como hemos visto, la legislación laboral no establece límites a la manifestación de voluntad ni establece alguna formalidad como requisito de validez, por lo que, al margen de que el empleador suscriba o no un documento escrito, se podrá configurar un contrato de trabajo ya sea de manera verbal, o a través de acuerdos que consten en correos electrónicos y otros medios tecnológicos, sin necesidad de suscribir un documento formal.

Por otro lado, no debemos confundir la existencia del contrato de trabajo, con su validez o eficacia. Naturalmente, los contratos surten efectos jurídicos y es lo que buscan las partes, pero pueden presentarse patologías que van a generar la nulidad, ineficacia o inoponibilidad del contrato.

En ese sentido, es importante que veamos el mismo como una escalera, en la que el peldaño más bajo es el de la existencia, luego el de la validez, y finalmente el de la eficacia en sentido estricto. Con mucha razón Morales señala que en el Perú la ausencia de manifestación de voluntad y el incumplimiento de la formalidad obligatoria bajo sanción de nulidad generan la nulidad, mientras que la ausencia de acuerdo produce la inexistencia del contrato (Morales 2011: 193).

En este apartado el análisis reside exclusivamente en la existencia del contrato de trabajo, por lo que vamos a analizar a continuación todo el iter contractual del mismo, es decir, su formación, que comprende desde la oferta hasta la aceptación de la misma con su perfeccionamiento.

3.1 La oferta

La oferta es un acto jurídico unilateral, a través del cual el oferente le propone un programa contractual al destinatario. En ese mismo sentido, Forno señala que: *“La oferta de contrato es aquella declaración de voluntad que el proponente dirige a otro u otros, sometiendo a su consideración la celebración de un determinado contrato en términos tales que para que éste se celebre es*

⁹ Numeral 3.1. del artículo 3º: En todo tipo de documentos laborales, el empleador puede sustituir su firma ológrafa y el sellado manual por su firma digital, conforme a lo regulado por el artículo 141-A del Código Civil; o, su firma electrónica, emitida conforme a lo regulado por la Ley N. 27269, Ley de Firmas y Certificados Digitales, así como hacer uso de microformas, conforme a lo regulado por el Decreto Legislativo No. 681.

suficiente -pero necesaria- la aceptación del destinatario, sin que sea menester una nueva declaración de oferente.” (Forno 1997: 183)

Asimismo, el oferente puede establecer que la oferta sea revocable, lo cual le conferirá el derecho potestativo de dejar sin efectos dicho acto jurídico y, por consiguiente, implicará un estado de sujeción por parte del destinatario.

En la doctrina se ha establecido que, para que la oferta tenga validez, es necesario que cumpla con los siguientes requisitos:

1. Que sea completa: implica que sea autosuficiente, por lo que debe contener todos los elementos del contrato que se propone al destinatario. Así, si se ofrece la realización de un contrato de compraventa, el oferente debe establecer en la oferta el bien que es materia del contrato y el precio a pagar por el mismo, señalados estos elementos, bastará la aceptación del destinatario para que se forme el contrato. Este requisito también implica que la oferta revista la formalidad requerida por ley, de ser el caso.

Aplicado ello al contrato de trabajo, considero que la oferta debe contener necesariamente la remuneración, el cargo, y el lugar de prestación de servicios, dado que no es posible que alguien trabaje sin que se configuren tales elementos, todo trabajador debe percibir una remuneración, ocupa un cargo y realiza sus funciones en un lugar determinado o varios.

Por otro lado, esos elementos son los que toma en consideración un trabajador al momento de decidir si prestar servicios para determinado empleador o no. De ahí quizás que la legislación prevea como supuestos de actos de hostilidad la reducción inmotivada de remuneración o categoría.

Asimismo, resalta el hecho de que, en España, el Tribunal Superior de Justicia de País Vasco en la Sentencia No. 1745/2016, determinó la inexistencia de un precontrato de trabajo, el cual es un contrato preparatorio, pues:

“No hay una manifestación de voluntad expresa, pero tampoco tácita, sobre trabajo y funciones a realizar, remuneración, duración ni lugar de trabajo, circunstancias básicas que deben constar de forma cierta para que los tratos preliminares adquieran naturaleza de precontrato.”

En dicha sentencia española se añade los elementos vinculados a las funciones a realizar y la duración del contrato de trabajo. Sin embargo, no considero que sean esenciales en tanto la legislación laboral peruana prevé la presunción del contrato a plazo indeterminado, además del hecho

de que usualmente las funciones son determinadas unilateralmente por el empleador en el Manual de Organización y Funciones.

2. Que contenga la intención de contratar: Sobre este requisito, De la Puente reconoce que en la práctica es casi imposible establecer si se configura este requisito o no dado su carácter interno en la voluntad del oferente, por lo que deberá presumirse su configuración si es que la oferta es completa (De la Puente 2017: 385)

Naturalmente, el oferente puede establecer expresamente en la oferta que la misma no lo obliga, por lo que la oferta dejará de ser tal, al menos en los términos fijados por el Código Civil.

3. Que sea recepticia: Implica que este destinado a una persona o grupo de personas determinadas, quienes estarán legitimados para aceptar la oferta y formar el contrato.

3.2 La aceptación

Por su parte, la aceptación es el acto jurídico a través del cual el destinatario de la oferta le comunica al oferente su conformidad con todos los términos establecidos en el programa contractual. Al igual que en el caso de la oferta, a nivel de doctrina se exigen determinados requisitos a la oferta:

1. Que sea congruente con la oferta: Sobre este requisito, De la Puente señala que: *“La oferta y la aceptación deben coincidir por completo, pues sólo de esta manera la aceptación puede ser la declaración conjunta de la voluntad común de oferente y aceptante”* (De la Puente 2017: 398).

Naturalmente, en caso el destinatario no se encuentre conforme con todos los términos del programa contractual, realizará una propuesta hacia la contraparte, convirtiéndose en oferente de una contraoferta.

2. Que sea oportuna: La oferta debe ser aceptada en el plazo fijado por el oferente, en caso sea aceptada excediendo el plazo la aceptación no producirá efectos jurídicos.
3. Que contenga la intención de contratar: La aceptación, al igual que la oferta, deberá contener la intención de vincularse del aceptante. Este requisito se presume salvo que el aceptante efectúa una reserva expresa o tácita.
4. Formalidad requerida: En aquellos contratos solemnes o en los cuales la aceptación requiera de una formalidad, producto de la voluntad del oferente, la aceptación deberá tener la forma requerida por ley o por el oferente.

3.3 El perfeccionamiento del contrato

Los artículos que regulan el perfeccionamiento del contrato en el Perú son centralmente los artículos 1373^{o10} y el 1374^{o11} del Código Civil, los cuales recogen lo que en doctrina se conoce como teoría de la cognición y teoría de la recepción.

El primero de ellos, adoptando la teoría de la cognición, señala que el contrato se perfecciona en el momento y lugar en el que la aceptación es conocida por el oferente. Con lo cual para probar la existencia de un contrato en principio tendríamos que probar que el oferente tuvo conocimiento de la aceptación.

Considerando las dificultades probatorias que implica probar un dato interno como lo es el conocimiento del oferente, el legislador peruano estableció en el siguiente artículo que la aceptación, y otras declaraciones contractuales, se consideran conocidas desde el momento en que llegan al domicilio del destinatario.

Para los casos en los que las declaraciones se efectúen mediante medios electrónicos, se presume la recepción de la declaración contractual, y con ella su conocimiento, cuando el remitente reciba el acuse de recibo.

Ello quiere decir que, en caso el aceptante no reciba el acuse de recibo por parte del oferente, podrá acreditar mediante otros medios probatorios que el destinatario tuvo conocimiento o recibió su declaración.

4. Contratos preparatorios

Los contratos preparatorios son contratos por sí mismos, mediante los cuales las partes se obligan a celebrar en el futuro un contrato. La diferencia con el resto de los contratos radica principalmente en que los mismos tienen por objeto obligar a las partes la celebración de un futuro contrato, lo cual lo diferencia de por sí de otros contratos en los cuales generalmente se intercambia precio por propiedad de un bien, uso de un bien, o servicio.

¹⁰ Artículo 1373°: El contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente.

¹¹ Artículo 1374°: La oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que este pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla. Si se realiza a través de medios electrónicos, ópticos u otro análogo, se presumirá la recepción de la declaración contractual, cuando el remitente reciba el acuse de recibo.

En relación a ello, De la Puente menciona que: *“Si bien la doctrina y las legislaciones utilizan los nombres de precontrato, antecontrato, promesa de contrato, contrato de promesa, contrato preliminar, para referirse al convenio por el que las partes se comprometen a celebrar en el futuro un contrato definitivo, la mayoría otorga a estas definiciones el contenido que nuestro Código reconoce al compromiso de contratar, no incluyendo, por lo tanto, al contrato de opción”*. (De la Puente 2017: 809)

Es muy importante tener ello en consideración puesto que en los apartados siguientes cuando se haga mención del precontrato español para analizar su casuística, estaremos haciendo referencia en el fondo a lo que sería un compromiso de contratar en la legislación peruana.

4.1 Compromiso de contratar:

El contrato de opción se encuentra regulado entre los artículos 1414° y 1418° del Código Civil. En virtud del mismo las partes se obligan a celebrar en el futuro el contrato definitivo¹², motivo por el cual el mismo debe contener los elementos esenciales del contrato definitivo¹³.

Así, en caso se celebre un compromiso de contratar un contrato de trabajo en el futuro, el contrato deberá contener la remuneración pactada, el puesto desempeñado y el lugar de prestación de servicios, además de la designación de las partes evidentemente.

No debemos confundir la referencia a la que hace el artículo 1415° respecto a los elementos esenciales con los elementos esenciales del contrato de trabajo, pues resultaría absurdo que en el compromiso de contratar un contrato de trabajo se pactase la prestación personal de servicios, la subordinación y la remuneración.

Asimismo, es importante resaltar que, al no tener una formalidad exigida por ley el contrato de trabajo, el compromiso de contratar tampoco debe constar necesariamente por escrito, por lo que bien puede ser celebrado en forma verbal.

Por otro lado, en relación a la negativa injustificada a celebrar el contrato definitivo, el artículo 1418°¹⁴ del Código Civil establece que la negativa carente

¹² Artículo 1414°: Por el compromiso de contratar las partes se obligan a celebrar en el futuro un contrato definitivo.

¹³ Artículo 1415°: El compromiso de contratar debe contener, por lo menos, los elementos esenciales del contrato definitivo.

¹⁴ Artículo 1418°: La injustificada negativa del obligado a celebrar el contrato definitivo otorga a la otra parte alternativamente el derecho a: 1.- Exigir judicialmente la celebración del contrato. 2.- Solicitar se deje sin efecto el compromiso de contratar. En uno u otro caso hay lugar a la indemnización de daños y perjuicios.

de justificación de una de las partes le otorga a la otra el derecho a exigir judicialmente la celebración del contrato, o solicitar se deje sin efecto el compromiso de contratar.

En cuando a la primera posibilidad, considero que en los casos en los cuales el contrato de trabajo sea el contrato definitivo no es posible exigir judicialmente la celebración del mismo no solo porque las obligaciones de hacer que son *intuitio personae*, como lo es la obligación de prestar servicios de manera subordinada, no son pasibles de ejecución forzosa de acuerdo al Código Civil. Sino además porque ello implicaría una vulneración a la libertad de trabajo de la que toda persona es titular.

En ese sentido, en los compromisos de contratar un contrato de trabajo la otra parte tiene derecho exclusivamente a dejar sin efecto el compromiso, ello sin perjuicio del resarcimiento de eventuales daños que se puedan generar.

Cabe resaltar que, al ser el compromiso de contratar un contrato de carácter exclusivamente civil, es posible que las partes pacten penalidades sin las restricciones establecidas por la doctrina laboral, por lo que bien las partes pueden pactar penalidades en caso la otra se niegue a celebrar el futuro contrato.

Ejemplo de ello es la Sentencia No. 1590/2008 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en dicho caso las partes habían celebrado un precontrato de trabajo, estableciendo una penalidad de 3,000 euros en caso de incumplimiento de cualquiera de ellas. Una vez llegado el día en el que el trabajador debía apersonarse a las oficinas de la empresa a suscribir el contrato de trabajo, el mismo no acudió debido a que comenzó a prestar servicios para otra empresa. Como consecuencia de ello, fue demandado para pagar el monto establecido en la penalidad.

Al llegar el expediente al Tribunal Superior de Justicia de Madrid, los jueces señalaron que:

“La cláusula 5ª del precontrato puede hacerse efectiva por ser exigible conforme a las disposiciones del Código Civil (art. 1152 C.C). En efecto, siguiendo la doctrina de STS Sala 1ª 20-12-06, en el caso presente el deudor -hoy recurrente- ha contravenido el tenor de la obligación asumida (artículo 1.101 del Código Civil) al no incorporarse a la empresa el 8 de enero, a lo que se comprometió contractualmente, sin que el fracaso de dicho objetivo constituya un suceso que no hubiera podido preverse (artículo 1.105 del Código Civil), por lo que surge la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados, que queda sustituida por la aplicación de la cláusula penal incorporada a la estipulación 5ª del contrato.”

Así, en España se reconoce la posibilidad de pactar penalidades en los precontratos de trabajo, situación que no debería ser diferente en el caso peruano, pues como hemos mencionado, el precontrato de trabajo se rige exclusivamente por las normas previstas en el Código Civil.

En relación a los daños y perjuicios por el incumplimiento de la promesa de contratar, los mismos pueden ser generados tanto a la parte empleadora como a la parte trabajadora.

Sobre los daños ocasionados a la parte empleadora para el caso del precontrato de trabajo en España, Mella menciona que principalmente los mismos van a encontrarse comprendidos dentro del concepto de daño emergente, así señala que: *“En estos casos, el daño (emergente) para el empresario puede venir representado, por ejemplo, por los gastos de preparación o formación previa del trabajador, ya realizados; los derivados del proceso de selección; los generados por el entorpecimiento que, en el proceso de producción, implica la no incorporación a tiempo de un trabajador que se presupone necesario o, en fin, los desembolsos importantes que la empresa tenga que hacer para sustituir a aquel (...).”* (Mella 2013: 20).

En general, el empleador podrá reclamar los mismos daños que se hubieran ocasionado en caso el trabajador abandone su puesto de trabajo sin dar el preaviso correspondiente, pues se tenía la expectativa de que el puesto sería ocupado en cierta fecha, expectativa que no llegó a cumplirse y ocasionó daños.

El problema central va a estar constituido por la indemnización que le pueda corresponder al trabajador, principalmente en los casos en los que, producto del compromiso de contratar el trabajador renuncia a su anterior empleo.

Dicho tema será abordado con profundidad más adelante, pero adelantamos el hecho que muchas veces el incumplimiento de la promesa de contratar o de cualquier contrato preparatorio cuyo contrato definitivo sea el contrato de trabajo, puede ser mucho más perjudicial para el trabajador que el despido mismo en el marco de un contrato de trabajo.

4.2 Contrato de opción:

Por su parte, el contrato de opción se encuentra regulado entre los artículos 1419° y 1424° del Código Civil. A través del mismo una parte¹⁵ o ambas tienen el derecho potestativo de celebrar el contrato definitivo¹⁶, mientras que la otra se encuentra en estado de sujeción. Al igual que en el compromiso de contratar, el contrato de opción exige que en el mismo consten todos los elementos esenciales del contrato definitivo¹⁷ y se encuentra sujeto a su misma formalidad.

¹⁵ Artículo 1419°: Por el contrato de opción, una de las partes queda vinculada a su declaración de celebrar en el futuro un contrato definitivo y la otra tiene el derecho exclusivo de celebrarlo o no.

¹⁶ Artículo 1420°: Es válido el pacto en virtud del cual el contrato de opción recíproca puede ser ejercitado indistintamente por cualquiera de las partes.

¹⁷ Artículo 1422°: El contrato de opción debe contener todos los elementos y condiciones del contrato definitivo.

Siendo así, bastará la simple manifestación de voluntad de la parte que tiene el derecho potestativo dentro del plazo previsto, para que automáticamente quede perfeccionado el contrato definitivo, de ahí que parte de la doctrina considere que en el contrato de opción estamos en presencia de una oferta irrevocable por el plazo establecido.

Así pues, en el hipotético caso en el cual se celebre un contrato de opción cuyo contrato definitivo sea un contrato de trabajo, otorgándole el derecho potestativo al empleador, bastará la declaración de voluntad del mismo dentro del plazo para que se forme el contrato de trabajo.

Por lo que, una vez efectuada la declaración del empleador, si el trabajador se resistiese a acudir a laborar en realidad no estaría incumpliendo el contrato de opción, sino el contrato de trabajo, pues el mismo ya se ha perfeccionado con la declaración del empleador.

En el caso opuesto, si es el trabajador quien ejerciera el derecho potestativo mediante su declaración de voluntad, y es el empleador quien incumple el contrato de trabajo impidiéndole ingresar al centro de trabajo, en dicho caso estaríamos en presencia de un despido incausado, teniendo el trabajador derecho a activar todos los remedios jurídicos previstos en la ley y la jurisprudencia.

5. Representación y apariencia jurídica

La representación es el negocio jurídico a través del cual el representante adquiere legitimidad para celebrar en nombre del representado diversos negocios jurídicos, dependiendo de lo establecido en el negocio jurídico de representación. La representación en el Perú se encuentra regulada entre los artículos 145° y 167° del Código Civil.

Sobre dicha institución, Flume señala que:

“Los caracteres que expresan la esencia de la representación, según la regulación del Derecho alemán, son la actuación en nombre ajeno y el poder de representación. Al celebrar el representante el negocio jurídico en nombre del representado hace público que el negocio jurídico no debe valer para él, sino para el representado. Mas el negocio jurídico concluido en nombre ajeno sólo tiene esa eficacia para el representado, en vez de para el representante, si es celebrado por el representante con poder de representación” (1998: 875).

Así, el citado autor nos plantea el principal problema relacionado a la representación, el cual no es sino el de la eficacia del acto jurídico celebrado por un *falsus procuratur* o falso representante y la eventual responsabilidad de éste.

La solución a dicho problema se encuentra recogido en el artículo 161° del Código Civil¹⁸, el cual establece que el negocio jurídico celebrado por el falso representante o aquel que teniendo poder excede sus facultades es ineficaz frente al supuesto representado, con lo cual nuestra legislación establece la solución de la inoponibilidad.

Sin perjuicio de ello, establece que posteriormente el supuesto representado puede ratificar el negocio jurídico celebrado en su nombre¹⁹ y que el falso representante puede tener responsabilidad frente a él o frente a terceros. De tal manera que la solución no sólo va a ser la inoponibilidad del negocio jurídico sino además la eventual responsabilidad civil.

Cabe resaltar que la figura de la representación se encuentra estrechamente vinculada con la de la apariencia jurídica, la cual implica la configuración de datos externos que generan una confianza en la contraparte respecto a que está celebrando un negocio jurídico válido y eficaz. La apariencia jurídica es utilizada como un criterio para otorgar protección por parte del ordenamiento jurídico, protección que incluso va más allá de la indemnización por daños y perjuicios.

Un paradigmático ejemplo de la apariencia jurídica protegida lo podemos encontrar en el artículo 2014° del Código Civil, el cual establece que el tercero de buena fe que adquiere un derecho de quien en registros públicos aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición incluso cuando se anule resulta o rescinda el derecho de este último²⁰.

Así por ejemplo, si A adquiere un inmueble de B, quien figuraba como único propietario en registros públicos, mantiene su derecho de propiedad sobre el inmueble incluso si posteriormente se descubre que B no era el verdadero propietario y carecía del poder de disposición sobre la propiedad.

En este caso, lo que hace el ordenamiento jurídico es considerar la apariencia jurídica, esto es, la apariencia de derecho en virtud de datos externos, para otorgarle protección al adquirente de buena fe, a través de la conservación de su derecho de propiedad, no limitando la protección al derecho a ser resarcido

¹⁸ Artículo 161: El acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido, o violándolas, es ineficaz con relación al representado, sin perjuicio de las responsabilidades que resulten frente a éste y a terceros. También es ineficaz ante el supuesto representado el acto jurídico celebrado por persona que no tiene la representación que se atribuye.

¹⁹ Artículo 162: En los casos previstos por el Artículo 161°, el acto jurídico puede ser ratificado por el representado observando la forma prescrita para su celebración. La ratificación tiene efecto retroactivo, pero queda a salvo el derecho de tercero. El tercero y el que hubiese celebrado el acto jurídico como representante podrán resolver el acto jurídico antes de la ratificación, sin perjuicio de la indemnización que corresponda. La facultad de ratificar se trasmite a los herederos

²⁰ Artículo 2014: El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos. La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro.

por el causante del daño. Esta apariencia jurídica en el caso en concreto se va a ver concretizada en los registros públicos.

Ahora bien, ¿Cómo se vincula la apariencia jurídica con la representación? La vinculación se encuentra en los casos de falso representante en la medida en que la contraparte tiene la confianza, en virtud de datos externos, de que está celebrando un negocio con alguien que tiene poder de representación cuando en realidad no lo tiene y si lo hace se está excediendo en sus facultades.

Así, todos los datos externos lo llevan a creer que el negocio jurídico celebrado será oponible frente al supuesto representado cuando en realidad ello no es así. Ante ello, el perjudicado podrá eventualmente reclamar el pago de una indemnización al *falsus procuratur*.

6. Deberes precontractuales

Si bien en la etapa formativa del contrato de trabajo no existen obligaciones en sentido estricto, la doctrina es unánime en reconocer la existencia de al menos cuatro deberes precontractuales que deben cumplir las partes en esta etapa negocial:

6.1 Deber de negociar de buena fe

El deber de negociar los contratos de buena fe se encuentra recogido en el artículo 1362° del Código Civil. Evidentemente el legislador al hacer referencia a la buena fe en materia contractual se refiere a la buena fe objetiva.

Recordemos que, a diferencia de la buena fe subjetiva, la objetiva rige en materia contractual y establece un deber de negociar con honestidad y rectitud. Por su parte, la buena fe subjetiva generalmente es aplicable a los derechos reales e implica una situación de ignorancia sobre la verdadera titularidad de un derecho.

Así, la buena fe recogida en el artículo 2014° del Código Civil antes citado hace referencia a la buena fe subjetiva, pues protege la ignorancia del tercero de buena fe que confía en los registros públicos, incluso cuando el titular del derecho es alguien distinto.

Respecto a la buena fe objetiva, Neme menciona que:

“Este tipo de buena fe se erige en regla de conducta fundada en la honestidad, en la rectitud, en la lealtad y principalmente en la consideración del interés del otro visto como un miembro del conjunto social que es jurídicamente tutelado. La buena fe objetiva presupone que se actúe con honradez, probidad, honorabilidad, transparencia, diligencia,

responsabilidad y sin dobleces, entre otros deberes que emanan de permanentemente de su profuso carácter normativo.” (2009: 49-50)

Por su parte, la misma autora menciona respecto a la buena fe subjetiva que:

“La expresión “buena fe subjetiva”, que de manera general ha sido considerada como “un estado de ignorancia y error”, denota un estado de conciencia, un convencimiento; y se dice subjetiva justamente porque para su aplicación debe el intérprete considerar la intención del sujeto de la relación jurídica, su estado psicológico, su íntima convicción; se trata por lo tanto de una idea de ignorancia, de creencia errónea acerca de la existencia de una situación regular, la cual se funda en el propio estado de ignorancia, o en la errónea apariencia de cierto acto, que se concreta en el convencimiento del propio derecho o en la ignorancia de estar lesionando el derecho ajeno”. (2009: 49-50)

Siendo ello así, queda claro que mientras la buena fe subjetiva es un estado mental de ignorancia, la buena fe objetiva es un grado de conducta que exige honestidad, lealtad y diligencia tanto en la negociación como en la celebración y ejecución del negocio jurídico.

Así, al analizar si una parte ha actuado de buena fe en el marco de las negociaciones, debemos analizar si ha tenido una conducta leal, honesta y diligente, o si por el contrario ha escondido una intención de hacer daño u de obtener alguna ventaja indebida, es decir, de mala fe.

6.2 Deber de información

Al igual que el anterior deber mencionado, el deber de información no sólo rige a la etapa formativa del contrato, sino también a su celebración y ejecución. El mismo consiste en el deber de proporcionar información clara y relevante respecto al objeto del contrato.

Sobre este deber, Condemayta menciona que:

“Si bien es cierto que el deber de información es uno de los más importantes en las negociaciones, surge el problema en la determinación del tipo de información que debe ser brindada. El deber de informar va dirigido a que, las partes brinden la información relevante, indicando la calidad de los bienes y/o servicios ofrecidos. Así como también, la información necesaria que determine si el bien o el servicio servirá para el fin que el contratante busca, no debe darse a entender una cosa y que se dé como resultado otra; claro que siempre se corre el riesgo de si el negocio es fructífero o no”. (2015: 78-79)

El incumplimiento del deber de información va a tener como consecuencia o bien la ineficacia del contrato o la anulabilidad del mismo, por vicio de la voluntad de la contraparte.

6.3 Deber de protección

El deber de protección consiste en aquel deber que tienen las partes de proteger tanto el patrimonio como la vida de su contraparte negocial.

Respecto a este deber Álvarez señala que debemos entender al mismo como todos: *“aquellos deberes que recaen sobre el deudor o acreedor de una prestación principal y cuyo objeto consiste en evitar que sean lesionados intereses personales o patrimoniales de la contraparte, especialmente, aquellos referidos a la protección de su vida e integridad física”*. (2016: 76)

A modo de ejemplo, si un candidato a un puesto de trabajo se acerca a las instalaciones de una empresa a efectos de someterse a una entrevista, el futuro empleador tendrá el deber de proteger tanto al candidato como a su patrimonio, deber que se deriva del deber de protección aplicable a la etapa formativa del contrato de trabajo.

6.4 Deber general de no causar daños

El deber general de no causar daños no solo opera en las etapas contractuales, sino que además se extiende a lo largo de toda la actividad humana. En general, todos los sujetos de derecho tienen el deber de no causar daños.

Por su parte, el Profesor Fernández señala sobre este deber lo siguiente:

“el deber general de no causar daño a otro, que es conocido como el deber de no injerencia dañosa en la esfera personal ajena (alterum non laedere). En ese caso, solo se presenta un escenario de responsabilidad civil cuando se verifica un daño, ya que antes de que ello ocurra, en la etapa fisiológica o de cumplimiento del deber general, no solo no hay una relación jurídica - en sentido estricto, - sino que tampoco hay afectación patrimonial alguna en el sujeto titular de aquel deber”. (2019: 21)

Siendo así, cualquier conducta en la etapa formativa del contrato de trabajo que genere un daño a otra persona o su patrimonio va a configurar el incumplimiento del deber general de no causar daños y, de configurarse a su vez los elementos de la responsabilidad civil, el causante del daño deberá resarcir a la víctima.

7. Los elementos de la responsabilidad civil

Si bien tradicionalmente se ha señalado que los elementos de la responsabilidad civil son: el daño, la relación de causalidad, la antijuridicidad y los criterios de imputación. En el presente trabajo nos adscribimos a la metodología que emplean los Profesores Fernández²¹ y Buendía²², referente al método de análisis de la responsabilidad civil, el cual se divide en el análisis material y análisis de imputabilidad:

7.1 Análisis material

En esta primera etapa del análisis la pregunta a la que se busca responder es ¿Quién es el causante del daño? Para ello primero se debe analizar las características del daño, es decir, que sea cierto, subsistente, especial, e injusto. Es importante resaltar que el juicio sobre la injusticia del daño reemplaza al análisis de antijuridicidad usualmente efectuado por los jueces laborales, ya que en dicha instancia se evalúa si el daño es ilegítimo o no.

Asimismo, se debe analizar si se configura alguno de los supuestos de irresponsabilidad, tales como: el ejercicio irregular de un derecho, la legítima defensa, y el estado de necesidad. Posteriormente, se debe identificar el hecho generador del daño, entendiendo por hecho generador a: *“aquel evento fáctico al que causalmente pueda vincularse el daño causado a la víctima”* (Fernández 2019: 55).

Seguidamente, en lo que respecta al análisis material, se debe determinar la relación de causalidad, conocido también como nexo causal. En este punto, los ordenamientos pueden adoptar diversas teorías con la finalidad de identificar al verdadero causante del daño. En el Perú el legislador peruano ha optado por la teoría de la causa adecuada, tanto en materia extracontractual como contractual.

La teoría de la causa adecuada postula que será causa del daño aquella que sea la más idónea en la producción del mismo, siguiendo los criterios de regularidad y normalidad. Fernández indica que se deben seguir dos etapas a efectos de identificar la causa adecuada del daño. En la primera etapa, se deben identificar las condiciones que intervinieron en la producción del hecho dañoso. Posteriormente, haciendo un análisis de abstracción, se debe indagar cual, de las condiciones, siguiendo un juicio de normalidad, pueden hacer posible la consecuencia (2019: 133).

Así, a modo de ejemplo, el mismo autor señala que si un sujeto arrienda un inmueble, es razonable que existan luces para bajar al sótano. Por lo que, si no las hay, y aparece el arrendatario desnucado, resulta razonable concluir que la ausencia de luz en el sótano es la causa probable del daño (2019: 133).

Asimismo, en relación al juicio de normalidad y regularidad, Goldenberg nos plantea que: *“El concepto de causalidad adecuada implica, pues, el de regularidad, apreciada de conformidad con lo que acostumbra suceder en la vida misma. Es decir, para que exista relación causal, según la interpretación que*

²¹ Ver 2019 Fernández, Gastón. El método de análisis de la responsabilidad civil. En Introducción a la responsabilidad civil. Lecciones Universitarias. Lima: Fondo Editorial PUCP.

²² Ver 2016 Buendía, Eduardo. ¿Cómo resolver un caso de responsabilidad civil? En IUS360. URL: <https://ius360.com/columnas/como-resolver-un-caso-de-responsabilidad-civil/>

comentamos, la acción tiene que ser idónea para producir el efecto esperado, tiene que determinarlo normalmente” (Goldenberg 1984: 32)

En esencia, la identificación de la causa adecuada requiere preguntarnos si cierta condición conduce normalmente a un determinado resultado, por lo que requiere que ciertas causas se encuentren asociadas habitualmente a ciertas consecuencias.

Finalmente, en lo que concierne a los tipos de daños, nuestro Código Civil recoge cuatro tipos de daños en su artículo 1985^{23o}: daño emergente, lucro cesante, daño moral y daño a la persona.

El primero de ellos, el daño emergente, consiste en el empobrecimiento del patrimonio actual de la víctima, es decir consiste en el detrimento patrimonial.

Por su parte, el lucro cesante implica la pérdida de la utilidad futura que se tenía certeza que iba a ingresar al patrimonio de la víctima de no ser por el hecho generador del daño. Así por ejemplo, si un taxista pierde su vehículo de trabajo a raíz de un accidente de tránsito por culpa de un tercero, el lucro cesante estará constituido por la renta neta que iba a percibir el taxista de continuar prestando servicios de taxi con normalidad, mientras que el daño emergente va a estar constituido por la pérdida del vehículo.

Respecto a los daños no patrimoniales, los mismos se dividen en daño moral y daño a la persona. Sobre el daño moral, Fernández señala que:

“El daño moral afecta, en su definición clásica, a la parte intrínseca del sujeto. Se plantea inicialmente como un tipo de afectación a la entidad psíquica del sujeto con imposibilidad de trasladarse a la faz externa; es decir, a la fase de la productividad. De este modo, el daño moral (subjetivo) se le identifica como una lesión que afecta la intimidad, afectos y sentimientos de un individuo, por lo que el resarcimiento frente a este tipo de daño se le ha llegado a denominar como el precio del dolor” (2019: 98).

Cabe resaltar que no cabe presumir en ningún caso la configuración del daño moral, siendo necesario en todos los casos su probanza, ya sea a través de medios directos o indirectos.

Para concluir este punto, el daño a la persona fue introducida al Perú por el Profesor Fernández Sessarego, quién participó en la elaboración del Código Civil de 1984. El daño a la persona busca resarcir todos aquellos daños que afecten la identidad psicosomática del ser humano, incluyendo en la misma tanto el daño biológico como el daño a la salud o al bienestar.

7.2 Análisis de Imputabilidad

En esta segunda etapa se busca determinar el factor de atribución para trasladar el coste económico del daño. En el Perú la responsabilidad por inejecución de

²³ Artículo 1985: La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

obligaciones (contractual) tiene un factor de atribución subjetivo²⁴, lo que implica que se tenga que valorar la culpa del causante del daño.

Por su parte, en materia extracontractual, aplicable a la etapa formativa del contrato de trabajo al no existir una obligación en sentido estricto sino únicamente tratos preliminares, puede atribuirse responsabilidad en virtud de un factor subjetivo²⁵ u objetivo²⁶, dependiendo de la naturaleza riesgosa de la actividad.

Personalmente, considero que, en tanto en la etapa formativa del contrato de trabajo no estamos en presencia de una actividad riesgosa, se debería aplicar un factor de atribución subjetivo que analice la culpa del empleador.

8. La responsabilidad precontractual en el Perú

Tal como hemos mencionado anteriormente, la responsabilidad precontractual tiene por objeto resarcir aquellos daños producidos en la etapa formativa del contrato en general, esto es, desde el primer contacto entre las partes hasta la celebración definitiva del contrato.

Así, en caso se verifique la producción de un daño en la etapa formativa del contrato de trabajo que a su vez implique el incumplimiento de algún deber aplicable a la etapa formativa, el causante del daño será responsable de resarcir los mismos.

Evidentemente, toda vez que en el Perú no tenemos un régimen de responsabilidad precontractual será necesario que apliquemos las reglas de la responsabilidad civil extracontractual que sí tiene una regulación como un régimen distinto del de la responsabilidad por inejecución de obligaciones.

Ello en la medida en que, en la etapa precontractual, no estamos en presencia de un contrato y, por consiguiente, no existen obligaciones en sentido estricto. Así, al carecer de una obligación preexistente que vincule a las partes las reglas aplicables a la responsabilidad precontractual en el Perú serán las de la responsabilidad extracontractual.

En cuando al daño que deberá ser resarcido, compartimos la opinión de Saavendra quien señala que el límite del resarcimiento debe estar demarcado por el interés negativo:

“En tal orden de ideas el límite a la resarcibilidad de los daños por culpa in Contrahendo estará demarcado por el concepto de interés negativo, con las

²⁴ Artículo 1321: Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución. Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.

²⁵ Artículo 1969: Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.

²⁶ Artículo 1970: Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo.

atingencias ya expresadas. Por tal motivo, así como con el uso conjunto del principio según el cual “la víctima tiene derecho a una suma de dinero correspondiente a la pérdida económica sufrida”, el resarcimiento por los daños sufridos incluiría, en algunos supuestos, también la pérdida de la posibilidad de obtener una ganancia futura y otros gastos”.

Recordemos que el interés negativo está constituido por la utilidad que se habría percibido de no haber iniciado las negociaciones del contrato. Sobre dicho concepto, Pardorlesi señala que el mismo consiste en: *“las ventajas que habrían sido obtenidos y los daños que habrían sido evitados no formando parte de las tratativas contractuales: en otras palabras, en el ahorro de gastos que se habrían realizado (daño emergente) y en las otras ocasiones de contratar favorables que se habrían podido verificar (lucro cesante) en el supuesto en el cual el contrato no se hubiere concluido”* (2004: 3010).

En contraste con dicho concepto de interés negativo, el interés positivo es definido por el mismo autor como: *“las ventajas que habrían sido obtenidas y los daños que habrían sido evitados si el contrato hubiere sido ejecutado de manera regular”* (2004: 3010).

Teniendo definido el régimen de responsabilidad precontractual en el Perú y el límite de resarcibilidad de los daños producidos, a continuación analizaremos los supuestos más frecuentes de configuración de responsabilidad en la etapa formativa del contrato de trabajo en la praxis peruana.

9. Supuestos de daños en la etapa formativa del contrato de trabajo

9.1 Cartas ofertas de empleo

En el mercado peruano se ha vuelto una práctica común en las empresas cursas cartas ofertas de empleo al talento que planean reclutar, generalmente para puestos directivos o de rango medio y a través de correo electrónico.

En dichas cartas ofertas la empresa manifiesta su interés por contratar al futuro trabajador, informando el puesto que se le ofrece y las condiciones laborales, tales como la remuneración, jornada, entre otros aspectos.

Ahora bien, ¿dichas cartas ofertas se constituyen como ofertas contractuales en sentido estricto? Depende de lo que la empresa manifiesta en dicha oferta. Así, si la empresa informa los elementos esenciales que contendrá el futuro contrato de trabajo, como el cargo, remuneración y lugar de prestación de servicios, y además no manifiesta que la oferta es vinculante ni supedita la celebración del contrato a la suscripción de un documento físico, entonces estaremos en presencia de una auténtica oferta.

¿Qué implicancias tiene saber si estamos ante una oferta laboral en sentido estricto? Bastantes, pues bastará con la aceptación del futuro trabajador para que quede perfeccionado el contrato de trabajo. Así, si una empresa remite vía

correo electrónico una carta oferta a un futuro trabajador y él mismo acepta la oferta mediante correo electrónico, quedará perfeccionado el contrato de trabajo.

Normalmente, las empresas requerirán que el trabajador se acerque a las oficinas para firmar el documento físico del contrato. Sin embargo, lo cierto es que si la oferta fue una oferta en sentido estricto y la empresa recibió la aceptación del trabajador, entonces ya se habrá celebrado el contrato de trabajo, sin tener mayor relevancia la suscripción del documento físico.

Naturalmente, en caso la empresa retire su oferta una vez que ya ha recibido la aceptación o simplemente le manifiesta el trabajador que ya no será posible su contratación cuando éste se apersona a las oficinas, estará incurriendo en un despido arbitrario. De ahí la importancia de redactar correctamente los términos de una oferta de trabajo.

En un segundo escenario, podríamos plantearnos la interrogante acerca de lo que ocurriría si la oferta no fuera una oferta en sentido estricto. En dicho supuesto, la aparente oferta no será otra cosa que una manifestación de entrar en tratativas con el futuro trabajador y, por consiguiente, su aceptación no vinculará a la empresa.

9.2 Contrato suscrito por persona sin poder de representación

Habiendo estudiado brevemente la figura de la representación, cabe preguntarnos ¿Qué sucedería si el futuro trabajador suscribe un contrato de trabajo con una persona que carece de la representación del empleador o si acepta una oferta de dicha persona?

Si aplicamos supletoriamente las normas recogidas en el Código Civil peruano llegaremos a la conclusión que, toda vez que el *falsus procuratur* carecía del poder de representación del empleador el contrato de trabajo resulta inoponible al mismo, es decir, el futuro trabajador no adquiere la calidad de trabajador de la empresa, salvo evidentemente que ya haya iniciado la prestación de servicios, en cuyo caso estaríamos ante un contrato verbal o tácito, dependiendo del caso en concreto.

Nótese que usualmente las circunstancias van a generar un alto grado de confianza en el futuro trabajador de que está suscribiendo un contrato o aceptando una oferta de quien tiene poder para ello, así habrá apariencia jurídica de derecho si se suscribe un contrato de trabajo o se acepta una oferta con alguien de determinada jerarquía en el área de recursos humanos, por ejemplo.

No sucederá lo mismo lo mismo si se suscribe un contrato con un falso representante del área de cobranzas, en cuyo caso simplemente no habrá apariencia jurídica de derecho.

Ante dicha situación, ¿Qué mecanismos tendría el futuro trabajador para ser reparado por los eventuales daños que se generaron producto de haber celebrado un contrato de trabajo con alguien que carece de poder? Consideramos que, dada la vigente legislación civil, el futuro trabajador podrá demandar solidariamente el pago de daños y perjuicios tanto al falso representante como a la empresa en virtud de la responsabilidad vicaria.

Recordemos que esta última se encuentra recogida en el artículo 1981^{27°} del Código Civil, la cual establece la responsabilidad solidaria entre el sujeto principal y el subordinado, siempre que el daño producido por el subordinado haya producido en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio.

Si bien dicha es la solución al caso planteado considerando la legislación vigente, proponemos que a modo de *lege ferenda* se debería brindar una mayor protección a la apariencia jurídica creada para el futuro trabajador, de tal manera que, si se generó dicha apariencia jurídica, entonces el contrato de trabajo suscrito con el falso representante debería vincular a la compañía.

Así, la apariencia jurídica en el derecho laboral protegería las legítimas expectativas del futuro trabajador, pues simplemente no es razonable que cada trabajador que suscriba un contrato o acepte una oferta acuda a registros públicos a verificar si el representante del empleador tiene o no poder para suscribir contratos laborales. En virtud de ello, consideramos que se debería introducir una norma que permita vincular al empleador en dichos supuestos, no reduciéndolo a una responsabilidad vicaria sino más bien generando un auténtico contrato de trabajo con la empresa.

Recordemos que en el Perú el artículo 2014° del Código Civil ya establece un plus de protección para el tercero de buena fe en virtud de la apariencia jurídica, de tal modo que resulta sumamente razonable y pertinente además la introducción de la modificación propuesta anteriormente.

9.3 Ruptura injustificada de las negociaciones

Este es el ejemplo paradigmático de la responsabilidad precontractual, aquel en el cual una de las partes se aparta de manera injustificada de las tratativas o, en todo caso, la ruptura de las mismas se da por mala fe de una de las partes.

En dicho supuesto, se habrá incumplido el deber de negociar de buena fe, cuya fuente se encuentra en el artículo 1362^{28°} del Código Civil. Siendo ello así, la

²⁷ Artículo 1981: Aquél que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por este último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria.

²⁸ Artículo 1362°: Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

parte que actuó de mala fe se encontrará sujeta al pago de los daños y perjuicios correspondientes.

Así, en caso una empresa se aparte de las negociaciones con un futuro trabajador de manera injustificada cuando las mismas se encuentren bastante avanzadas o se demuestre que actuó de mala fe, como podría ser fingir tener interés en contratar a un talento de su competidor cuando en realidad nunca hubo intención verdadera de contratarlo, quedará sujeta a un eventual pago de la indemnización por daños y perjuicios correspondientes.

El problema consiste principalmente en definir el límite de dicho resarcimiento, piénsese en un caso en el que el que las negociaciones estaban tan avanzadas que el futuro trabajador renuncia a su anterior empleo en virtud de la confianza generada o que ya existía un acuerdo, sin embargo, era necesario que se apersonara a las oficinas de la empresa para firmar el documento físico.

En ambos supuestos existe un alto grado de confianza generado en el futuro trabajador, motivo por el cual renunció a su anterior empleo. Ante dichas circunstancias ¿Qué monto debería resarcir la empresa? ¿La remuneración que iba a percibir de haber suscrito el contrato o la remuneración dejada de percibir por haber renunciado a su anterior empleo?

Como hemos mencionado, consideramos que el límite del resarcimiento en responsabilidad precontractual es el interés negativo, de tal manera que la remuneración a ser tomada en consideración será la que habría percibido la víctima de nunca haber entrado en negociaciones con la empresa, esto es, la remuneración de su anterior cargo.

Sin embargo, el mayor problema consiste en establecer un límite el periodo de tiempo que debe ser resarcido. Es decir, ¿Qué sucede si la víctima no logra conseguir empleo por un lapso de 3 años? ¿La empresa debería resarcir la remuneración dejada de percibir por concepto de lucro cesante de todo ese periodo?

Consideramos que en este punto, a efectos de determinar el periodo de tiempo límite del resarcimiento se debe considerar el esfuerzo por conseguir empleo por parte de la víctima, su nivel de educación y experiencia laboral, así como el tiempo promedio de desempleo en consideración de dichos factores. Desde luego, no existe una respuesta única, sino que va a depender de cada caso en concreto.

9.4 Incumplimiento de contratos preparatorios

En primer lugar, es importante resaltar que, en el marco de contratos preparatorios de futuros contratos de trabajo, estaremos en la etapa formativa del contrato de trabajo, toda vez que todavía no se ha celebrado el mismo.

Sin embargo, un eventual incumplimiento por parte del futuro empleador no estará sujeto al régimen de la responsabilidad extracontractual sino más bien al de la responsabilidad por inexecución de obligaciones, en la medida en que, los contratos preparatorios son contratos civiles, de manera que hay una obligación que preexiste al evento dañoso.

Dicho esto, el lector podrá advertir que la celebración de contratos preparatorios de futuros contratos de trabajo no presenta alguna particularidad distinta a la de otros contratos, pues en caso incumpla el empleador quedará sujeta al pago de una indemnización por daños y perjuicios, los cuales pueden ser ya sea la pérdida de remuneraciones con ocasión a una renuncia a un anterior empleo o los gastos incurridos con ocasión de la obtención del nuevo trabajo.

10. Conclusiones

Tal como hemos podido apreciar en las líneas precedentes, resulta necesario comprender las instituciones del derecho civil a efectos de aplicarlas a las situaciones jurídicas laborales que se pueden presentar en la cotidianidad de la celebración de contratos de trabajo.

En no pocas ocasiones se suele olvidar la aplicación supletoria del ordenamiento civil y ello podría tener como consecuencia la obligación del empleador de indemnizar los daños que se produzcan en la etapa formativa del contrato de trabajo.

Así, tal como hemos visto, en caso se produzca un daño y el empleador incumpla algún deber aplicable a la etapa formativa del contrato de trabajo, quedará sujeto al pago de una eventual indemnización por daños y perjuicios, los cuales pueden comprender desde los gastos incurridos por el que iba a ser el futuro trabajador hasta las remuneraciones dejadas de percibir por la pérdida del anterior puesto de trabajo por renuncia.

11. Bibliografía

ÁLVAREZ, Gonzalo

2016 El deber de protección: análisis y configuración en la dogmática. Tesis para optar el grado de Doctor. Valladolid: Universidad de Valladolid, Departamento de Derecho Civil. Fecha de consulta: 07 de junio de 2020.

<http://uvadoc.uva.es/handle/10324/22172>

CONDE MAYTA, Jorge

2015 La responsabilidad precontractual derivada de la ruptura injustificada de las tratativas “el rol de la buena fe y el deber de información”. Tesis para optar el

grado académico de Magister con mención en Derecho Civil. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Maestría en Derecho Civil. Fecha de consulta: 21 de mayo de 2020.

<http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/6873>

DE LA PUENTE, Manuel

2017 El contrato en general. Dos tomos. Tercera edición. Lima: Editorial Palestra

FLUME, Werner

1998 El negocio jurídico – Parte General del Derecho Civil, Tomo segundo, Cuarta Edición no modificada, Traducción de José María Miquel González y Esther Gómez Calle, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, España.

FERNÁNDEZ, Gastón

2019 Introducción a la responsabilidad civil. Lecciones universitarias. Lima: Fondo Editorial PUCP.

FORNO, Hugo

1997 Los efectos de la oferta contractual. *Ius et Veritas*, 8(15), 183-197.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15740>

GOLDENBERG, Isidoro

1984 La relación de causalidad en la responsabilidad civil. Buenos aires: Astrea, 15-43.

MORALES, Rómulo

2011 Patologías y remedios del contrato. Lima: Jurista editores.

MELLA, Lourdes

2013 “La responsabilidad civil por daños en el contrato de trabajo”. Ponencia presentada en XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid 2013.

NEME, Martha

2009 “Buena fe subjetiva y buena fe objetiva”. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos. *Revista de Derecho Privado*. 17 (dic. 2009), pp. 45-76.

NEVES, Javier

1987 “Normas y principios del derecho del trabajo”. Revista Themis. Lima, 1987, número 6, pp. 29-32. Fecha de consulta: 17 de mayo de 2020.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11491/12011>

PARDORLESI, Paolo

2004 Interesse negativo e responsabilità precontrattuale: di paradossi e diacronie. En: Il Foro italiano. Volumen CXXIX. Noviembre, 2004. pp. 3010.

SAAVEDRA, Renzo

2005 “La responsabilidad precontractual en debate”. Revista Ius et Veritas. Lima, 2005, número 31, pp. 144-166. Fecha de consulta: 10 de mayo de 2020.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12415/12977>

Jurisprudencia extranjera:

Sentencia No. 1745/2016 del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco.

Sentencia No. 1590/2008 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

