



Extensión de las normas tuitivas del derecho laboral al estadio previo de la formación definitiva del contrato de trabajo¹

Extension of the Protective Rules of Labor Law to the Previous Stage of the Definitive Formation of the Employment Contract

Diego Javier Tula²

Resumen

La Ley de Contrato de Trabajo y sus normas complementarias se ocupan de equilibrar esa desigualdad negociadora inicial a lo largo de la vida de la relación laboral y, específicamente, al momento de su extinción; pero silencia a la hora de extender su manto tuitivo a la etapa de formación del contrato.

Frente a la ausencia de normas específicas en la legislación laboral, deben construirse soluciones propias. El presente trabajo propone identificar las etapas de gestación del contrato de trabajo, describir con precisión las situaciones problemáticas que a partir de ello se generan y proponer soluciones para evitar que desde determinadas posiciones contractuales prevalentes se puedan afectar los derechos de quien en la relación aparece en situación de mayor debilidad jurídica, económica o social, sin posibilidad de negociar los términos del contrato que debe o desea celebrar.

Palabras clave: responsabilidad - precontractual - discriminación - consentimiento - contrato

Abstract

The Labor Contract Law and its complementary regulations deal with balancing that initial negotiation inequality throughout the life of the employment relationship and, specifically, at the time of its termination; but it is silent when it comes to extending its protective mantle to the contract formation stage.

In the absence of specific rules in the labor legislation, it is necessary to find our own solutions. The present work proposes to identify the gestation stages of the employment contract, to describe with precision the problematic situations that are generated from it, and to propose solutions to prevent certain prevailing contractual positions from affecting the rights of those who appear in a situation of greater legal, economic or social weakness in the relationship, without the possibility of negotiating the terms of the contract that they must or wish to enter into.

Keywords: liability - precontractual - discrimination - consent - contract

Derecho/ jurisprudencia y doctrina

Citar: Tula, D. J. (2022). Extensión de las normas tuitivas del derecho laboral al estadio previo de la formación definitiva del contrato de trabajo. *Omnia. Derecho y sociedad*, 5 (2), pp. 71-86.

¹ El presente trabajo es resultado del proyecto de investigación denominado «Extensión de las normas tuitivas del derecho laboral» desarrollado en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Salta y aprobado por Resolución Rectoral n.º 103/21. El equipo de investigación estuvo conformado por el doctor Diego Javier Tula (director), el doctor Claudio Alberto Aquino y la abogada Emilce Gullelmotti.

² Universidad Católica de Salta.

INTRODUCCIÓN

No es frecuente que los autores laboralistas dediquen mayores desarrollos al análisis de la etapa previa al perfeccionamiento del contrato de trabajo.

Quienes lo hacen tienden a ubicarlo conceptualmente en capítulos diferentes destinados al desarrollo de la noción del contrato de trabajo, asociándolo con distintos ámbitos de la realidad social (en especial lo vinculan con la discriminación en el acceso al empleo). Y si bien es cierto que la discriminación en la etapa precontractual abarca un campo de estudio importante dentro de este instituto, mal puede resumirse en ella.

La categoría de contratos asimétricos se define por oposición a los vínculos paritarios, categoría que incluye al contrato de consumo pero que no lo agota, pues nuclea además a los contratos entre empresarios en los cuales uno de ellos, por su posición en el mercado — en la sociedad—, se encuentra en inferioridad jurídica. En la doctrina comparada ya se afirma incluso que la categoría de contrato asimétrico es la que ocupa realmente el centro del nuevo derecho contractual y la que vendrá a recomponer el área en su unidad luego de la implosión provocada por el surgimiento del derecho del consumidor.

Esta categoría encuentra fundamento normativo el art. 11 del Código Civil y Comercial de la Nación que específicamente determina que las exigencias que determinan el principio de buena fe (art. 9) y el principio que proscribiera el abuso del derecho (art. 10) se aplican también cuando «se abuse de una posición dominante en el mercado». Es destacable que el legislador tome un supuesto particular de abuso del derecho y de violación a la buena fe comercial y lo eleve a la categoría de directiva general que guía el ejercicio de los derechos. Con ello

se identifica y nomina un específico supuesto de relaciones jurídicas *desequilibradas*, donde cabe ubicar al contrato de trabajo.

Precisamente, el abuso de la posición dominante da cuenta de la situación real en el mercado, donde los sujetos —personas físicas o jurídicas— ocupan una posición *ab initio* diferente, dada por factores económicos, organizacionales, informacionales, etcétera.

El Código Civil y Comercial ha incorporado valiosas normas en este sentido, tanto en la parte general del contrato (arts. 984, 985, 986, 987, 1073, 1074 y concordantes), como normas específicas en determinados tipos contractuales. Sin embargo, en el marco de la precontractualidad (tratativas preliminares y pactos previos) no se ha analizado el régimen jurídico que debería asistir a estas asimetrías negociales. En definitiva, el régimen precontractual en los contratos asimétricos no consumeriles (como el contrato de trabajo) navega entre la tutela de la negociación contractual y la protección del débil jurídico.

Tales son los bienes protegidos, y en consecuencia las reglas serán diferenciadas a las que típicamente se propugnan para los contratos paritarios. Sin embargo, tampoco cabe una plena identificación con los deberes precontractuales propios de los contratos de consumo.

En la etapa precontractual, la negociación de contratos asimétricos, o más específicamente de contratos asimétricos que no involucran consumidores tales como el contrato de trabajo, requiere mecanismos jurídicos específicos destinados no solo a proteger la justa y eficiente negociación contractual, sino también la protección del contratante débil.

Las tratativas previas a la concreción del contrato de trabajo suelen ser breves. Pese a ello, en algunos casos pueden llegar a extenderse un poco por la confirmación de los antecedentes laborales invocados por el trabaja-

dor, dándose supuestos en los que exista una mayor deliberación previa.

De esta manera, al igual que en el derecho civil, el período precontractual en el derecho del trabajo es aquel que precede al momento del perfeccionamiento del contrato de trabajo y su existencia —más o menos prolongada, según cada situación particular—, se caracteriza por el hecho de que los actos que tienen lugar dentro de esta adquieren relevancia jurídica.

Se trata de una etapa de formación, en la que predomina la incertidumbre en cuanto a su resultado final, el que podrá consistir en el acuerdo de voluntades o en la culminación de manera más o menos abrupta, en caso de que alguno de los sujetos que desarrolla las tratativas opte por abandonarlas antes de que se alcance la primera instancia.

Entendemos que en el contrato de trabajo la existencia de una etapa precontractual resulta —en ocasiones— de vital importancia. Ello es el corolario natural del carácter personalísimo que asume la prestación a la que se obliga el trabajador y el consecuente interés del empleador por conocer los rasgos personales y aptitudes de quien habrá de contratar (Garmendia Arigón, 2003).

NATURALEZAJURÍDICADELA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

Distintas doctrinas pretenden explicar el fundamento jurídico de la responsabilidad civil originada durante el período de formación del consentimiento. Más precisamente, polemizan sobre el carácter *objetivo* o *subjetivo*

del factor de atribución de la responsabilidad precontractual. Sin embargo, esta problemática también implica determinar cuál es la inserción de la responsabilidad precontractual en los distintos ámbitos u órbitas que posee el sistema legal de la responsabilidad civil; es decir, cuál es el lugar que corresponde dar a los casos de los que emana la obligación de reparar antes de la conclusión del contrato y desde el primer contacto susceptible de ser probado entre las partes.

Las diferentes teorías pueden clasificarse de la siguiente manera:

- a) Contractualistas
- b) Extracontractualistas
- c) *Sui generis*

Teorías contractualistas

Uno de los principales exponentes de las corrientes contractualistas fue Ihering³, quien en sus estudios sobre el tema fundamenta la responsabilidad precontractual en la llamada *culpa in contrahendo*.

Hasta la aparición de la célebre monografía del citado autor, la responsabilidad civil originada durante el período de formación del consentimiento no había sido objeto de estudio sistemático en la doctrina jurídica. Las leyes civiles, desde la época del derecho romano hasta las modernas codificaciones, contemplaban algunos casos de responsabilidad —como ser el de la revocación de la oferta—, pero nadie había advertido la posibilidad de que tales supuestos pudieran escapar a las reglas que regían la materia contractual, dando pie a una responsabilidad de características especiales.

³ Rudolf von Ihering, «De la culpa *in contrahendo*, os des dommages-interets dans les conventions nulles ou restees imparfaites», en *Oeuvres Choiesies*, I, París, 1983, traducción al francés de O. Meulenaere. No conocemos traducción al castellano de este trabajo, publicado por primera vez en alemán en 1860. Véase al respecto Calandrino, A. A. (2007). La vigencia del pensamiento de Von Ihering en el Derecho del Trabajo. *Derecho del Trabajo* 2007-B: 199-201.

La doctrina de Ihering tuvo una enorme y justificada resonancia, y pese al tiempo transcurrido desde su enunciación, sigue constituyendo hoy en día el punto de partida indispensable para ahondar en el tema de la responsabilidad precontractual.

En el final de su obra, resume los puntos principales de su teoría:

- a) La culpa *in contrahendo* es una culpa de naturaleza contractual que apunta en una dirección especial (la del período de formación del contrato).
- b) El mismo grado de diligencia debe prestarse en el período de formación del contrato que en el período de su ejecución.
- c) Los contratantes son los únicos que pueden incurrir en esta especie de culpa, quedando excluidos los terceros.
- d) Si el acto a cuya formación se tiende no es un contrato, no puede haber culpa *in contrahendo*.
- e) La acción fundada en esta culpa se transmite a los herederos y prescribe de la misma manera que la fundada en la culpa extracontractual.

Teorías extracontractualistas

Las teorías contractualistas parecieron perder terreno después del auge tenido por las enseñanzas de los primeros expositores del tema de la responsabilidad precontractual. Respecto de esta declinación, Brebbia (1957) señala:

[es] explicable si se considera que las diversas manifestaciones de tal doctrina tienen como

punto común de apoyo una ficción legal: la existencia implícita de un pacto, sobreentendido en la convención que se negocia o en el acuerdo para entablar negociaciones, de cuya violación deriva la obligación de resarcir los daños causados por la ruptura de las negociaciones preliminares o por la anulación del contrato. (Brebbia, 1957)

Para estas nuevas doctrinas, el sustento teórico de la responsabilidad precontractual no proviene de alguna relación preexistente; no es contractual, ni tampoco es una responsabilidad *ex lege*, pues no fue impuesta por virtud solo de la ley como una obligación de garantía de uno de los negociadores a favor del otro. Centran, pues, el factor de atribución en la noción de culpa en sentido amplio.

Pese a ello, las teorías extracontractualistas tienen como único punto de contacto el apartamiento de las normas atinentes al fundamento de la responsabilidad precontractual, pues difieren entre sí sobre el fundamento jurídico que corresponde acordarle (Leiva Fernández, 1998)⁴.

Teoría *sui generis* (abuso del derecho)

A su turno, hubo quienes echaron mano de la teoría del abuso del derecho para apoyar doctrinariamente la posibilidad de acción legal basada en la responsabilidad precontractual. Su creador fue Louis Josserand⁵, teniendo como principal adherente en nuestro país a A. G. Spota⁶.

Desde esta postura, se enuncia que el fundamento de responsabilidad por retiro de las tratativas o por revocación de la oferta está

⁴ Como señala Sozzo (2005), existen teorías extracontractuales generales y particulares, según intenten fundar todos los casos de responsabilidad precontractual o solo alguno de ellos. De allí que el lector pueda encontrar que un mismo autor, a lo largo del estudio de los diferentes supuestos, adhiera a más de un fundamento, sin importar ello contradicción alguna.

⁵ Josserand, L. (1930). *Tours de droit civil positif français*, T. II.

⁶ Spota, A. G. (1964). *Contratos en el derecho civil* T. II. Abeledo Perrot.

dado por el carácter antifuncional de tales actos cuando son ejercidos más allá de los límites de la facultad de no contratar, configurándose ello con una retracción injustificada, carente de motivo legítimo. El ordenamiento jurídico no tutela la destrucción de un valor personal o patrimonial de un sujeto, cuando esa lesión es consecuencia de una conducta adoptada por otro que no ciñe el funcionalismo social y económico que debe orientar el ejercicio de las facultades inherentes a la esfera de libertad de todo sujeto de derecho.

Se parte de la premisa cierta de que contratar y no hacerlo constituyen derechos subjetivos. Sin embargo, en algún supuesto sería abusivo no contratar.

Recuérdese que, para los partidarios de estas teorías, el «abuso de derecho» en materia de propiedad privada se traduce en la regla del ejercicio regular; es decir, la propiedad privada no puede ser ejercida irregularmente, lo que significa actuar contrariando los fines que tuvo el legislador al otorgarle el derecho.

EXPLORACIÓN DE LAS NORMAS TUITIVAS DEL DERECHO DEL TRABAJO QUE LEGISLAN SOBRE EL PERÍODO PRECONTRACTUAL. DERECHO COMPARADO

El universo normativo laboral que legisla este período puede resumirse de la siguiente manera:

- **La Constitución Nacional (CN):** arts. 14, 14 bis, 16, 37, 75 inc. 22 y 23.
- **La Ley de Contrato de Trabajo (LCT):** arts. 17, 17 bis, 24, 45, 73, 62, 63, 66, 81, 82, 172, 178, 187, 213.
- **Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT):** 100, 111, 159.
- **Tratados internacionales:** La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del

Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, «Protocolo de San Salvador»; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW); la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belém do Pará); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración Sociolaboral del Mercosur.

- **Leyes nacionales:** Ley 23592; Ley 23753; Ley 23798; Ley 25404; 24012, Ley 25674, Ley 25689; Ley 25326; Ley 26378; Ley 26485; Ley 26281, Ley 24766.
- **Derecho comparado:** En lo relativo a la legislación comparada, existe abundante legislación en diferentes Estados con contenido similar al señalado:

Francia: el parlamento francés aprobó en 2006 la introducción del *curriculum vitae* anónimo. Desde entonces, todas las empresas de más de 50 empleados/as deben operar con currículums en donde no consta el campo de nombre, edad, sexo, dirección, estado civil, ni foto para dejar espacio solo a la experiencia laboral, formación, idiomas y conocimientos informáticos.

Chile: las leyes 19739, 19759 y 19799 modificaron el Código del Trabajo, prohibiendo expresamente ofertas de empleo en las cuales se estableciera como requisito para postularse las siguientes condiciones: raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad u origen social. De

este modo, se prohibió que las empresas, por sí mismas o a través de terceros, esto es, compañías de selección de personal, publiquen en cualquier medio avisos de oferta de empleo que contengan como exigencias para la postulación alguno de los factores que la ley considera sospechosos de discriminación, a menos que el oferente compruebe que se trata de un requerimiento propio de la idoneidad de las personas para el desempeño de la función. Por otra parte, mediante el Instructivo Presidencial n.º 2, del 15 de junio del año 2006, se instauró el Código de Buenas Prácticas Laborales (CBPL) para toda la Administración Central del Estado. Dicho Código establece, entre otras, las siguientes prácticas: la prohibición de exigir foto en el currículum al momento de contratar a alguien; la prohibición de que los procesos de reclutamiento contengan sesgos de cualquier tipo, empleen lenguaje discriminatorio o requieran antecedentes personales que excedan las exigencias del cargo; la prohibición de que se apliquen exámenes que tengan carácter invasivo o discriminatorio; la obligación de elaborar perfiles de competencias basados exclusivamente en los requisitos exigidos para el desempeño del cargo, sin contener requisitos no asociados a la función; la obligación de solicitar y trabajar con *curriculum vitae* en donde conste exclusivamente el apellido del/ de la postulante, sin nombre, foto, dirección, sexo, estado civil u otra identificación, indicando un número telefónico, casilla electrónica o similar; la obligación de garantizar la igualdad en el proceso de selección en el caso de que se presente un/a postulante cuya discapacidad le impida o dificulte la utilización de los instrumentos de postulación.

España: en España, el principio de igualdad y no discriminación está reconocido en el artículo 14 de nuestra Constitución, que se completa con el artículo 23.2, que recoge la

igualdad en el acceso a empleos y cargos públicos. Uno de los principios generales de las políticas de empleo en España es el de igualdad de oportunidades y no discriminación en el acceso al empleo, lo que se refleja en las distintas normas e iniciativas. En la actual Ley de Empleo se recoge el principio de igualdad de oportunidades en el acceso al empleo y no discriminación, garantizándose la plena transparencia. En concreto, se consideran discriminatorias las ofertas referidas a uno de los sexos, salvo que se trate de un requisito profesional esencial y determinante de la actividad a desarrollar (por ejemplo, una oferta de empleo para un/a modelo de ropa interior masculina/femenina), así como las referidas a uno solo de los dos sexos «basadas en exigencias del puesto de trabajo relacionadas con el esfuerzo físico». Los servicios públicos de empleo, sus entidades colaboradoras y las agencias de colocación son los encargados de vigilar que no se produzca la discriminación en el acceso al empleo. Si aprecian que alguna oferta de colocación tiene carácter discriminatorio, deberá comunicarlo a quien haya formulado la oferta, para que la modifique.

Unión Europea: las Directivas del Consejo de la Unión Europea n.º 2000/43/CE y 2000/78/CE establecen el marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Las directivas contienen abundantes disposiciones que regulan las condiciones de acceso al empleo, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción; las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración.

Estados Unidos: en EE. UU, un/una empleador/a no puede anunciar un puesto de trabajo dirigido a determinadas personas en particular. Tampoco puede hacer comentarios sexistas ni racistas en la entrevista, ni hacer preguntas sobre discapacidad, ni preguntar a

las mujeres si están casadas, o si tienen o piensan tener hijos/as. Las leyes federales prohíben la discriminación en el lugar de trabajo en una serie de aspectos, incluyendo reclutamiento, contratación, políticas de promoción, compensación, evaluación de empleo, formación, planes de jubilación y los beneficios (Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964; Ley de Igualdad Salarial de 1963 —EPA—; Ley de Discriminación por Edad en el Empleo de 1967 —ADEA—; Título I y el Título V de la *Americans with Disabilities Act* de 1990 —ADA—; Artículos 501 y 505 de la Ley de Rehabilitación de 1973; Ley de Derechos Civiles de 1991; *Sex Discrimination Act* de 1975).

México: la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación (11 de junio de 2003) prohíbe los actos discriminatorios que afecten la libre elección de empleo o restrinjan las oportunidades de acceso, permanencia y ascenso en el empleo.

Brasil: la Ley 9029/1995 prohíbe la exigencia de estado de gravidez y otras prácticas discriminatorias para la admisión o permanencia en el empleo, por motivo de sexo, origen, raza, color, estado civil, situación familiar o edad. La Ley 9799/1999 modificó la Consolidación de las Leyes de los Trabajadores y prohibió hacer referencia al sexo en los anuncios de empleo y realizar exámenes sobre la intimidad de los/as postulantes, entre otras cosas.

Alemania: en lo que concierne a la discriminación en la etapa de formación del contrato de trabajo por motivos de sexo, el derecho alemán ha establecido soluciones claras, precisas y concretas para eliminar este tipo de actos. El art. 611 del Código Civil alemán consagra el principio de igualdad de hombres y mujeres en el trabajo, y particularmente prohíbe al empleador toda discriminación arbitraria al momento de la contratación fundada en motivos de sexo, excepto que existan

medidas objetivas para ello. En tal sentido, prohíbe terminantemente que se realicen ofertas de trabajo dirigidas exclusivamente a hombres o a mujeres. Frente a ello, permite al damnificado reclamar una «compensación razonable» en dinero.

Perú: Las leyes 26772 y 27270 establecen multas que castigan la discriminación en la oferta de empleo.

CASOS QUE ORIGINAN RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN EL DERECHO DEL TRABAJO

Según hemos visto, ciertas contrataciones laborales pueden extenderse en el tiempo, dando lugar a negociaciones arduas y difíciles, las cuales englobarán el denominado «período precontractual».

Al igual que en el derecho civil, las conductas que desplieguen las partes durante esas tratativas preliminares serán pasibles de valoración jurídica, pudiendo generar responsabilidad precontractual, según el caso.

En efecto, la negociación previa a la concertación del negocio tiende a ajustar las condiciones en que las partes han de convenir el trato. Si no se logra el acuerdo, el hecho no impone responsabilidad.

Sin embargo, cuando la no materialización de las negociaciones se ha debido —por ejemplo— a un desistimiento discrecional, abusivo, intempestivo, si bien no hay incumplimiento a un contrato, sí hay una actitud que ha causado un daño que debe repararse.

De esta manera, al igual que en el derecho civil, en el ámbito del derecho del trabajo resulta perfectamente aplicable la calificación de los casos que dan lugar a la responsabilidad precontractual, remitiendo al lector a todo lo que expusimos anteriormente respecto a sus elementos configurativos.

Nos permitimos aquí simplemente ejemplificar las calificaciones antes propuestas con casos propios del derecho del trabajo:

Ruptura intempestiva de las negociaciones

Cita la doctrina el siguiente ejemplo: un trabajador jerárquico es invitado a negociar su incorporación a una empresa ubicada en un lugar distante del que vive, y con la seria expectativa de obtener importantes mejoras en relación con sus condiciones actuales de trabajo. Esa persona abandona su empleo o no concreta uno cierto, y se traslada para perfeccionar el acuerdo laboral en ciernes, realizando gastos en consecuencia (pasajes, hospedaje en un hotel, comidas, etc.). Luego de un tiempo de tratativas, la empresa presuntamente interesada se aparta bruscamente y sin razón verdadera de dichas conversaciones.

La empresa no esperó a concluir las tratativas —que bien pudieron fracasar por muchas razones, sin ser ello imputable a ninguna de las partes—, y las abandonó arbitrariamente, violando los deberes de lealtad y buena fe que deben imperar en ellas, generando un perjuicio en la contraparte y el consiguiente deber de reparar el daño causado.

En el caso de que la parte precontratante advirtiera los perjuicios que dicha conducta pudiera ocasionarle, y decidiera perfeccionar el contrato de trabajo para luego disolverlo sin consecuencias jurídicas (*v. gr.*: la empresa contrata al trabajador y transcurrido unos días decide prescindir de sus servicios, alegando que dicha facultad se la concede el período de prueba), entenderíamos que se estaría produciendo un abuso del derecho de contratar o no contratar, en contra de lo que prevén los artículos 1078 del Código Civil (t.o. Ley 340), 62 y 63 de la Ley de Contrato de Trabajo.

En efecto, si la parte perjudicada por la extinción del vínculo a los pocos días de haber iniciado la relación demostrara que hubo irrazonabilidad en la decisión del empleador —quien desde el momento de llevarse a cabo las tratativas precontractuales tuvo como objetivo no contratar al postulante, y a fin de evitar las consecuencias disvaliosas de su conducta utilizó una herramienta legal (período de prueba) para buscar eximirse de responsabilidad—, aquella podrá solicitar la reparación de los daños y perjuicios ocasionados.

Sin perjuicio de ello, en la práctica no será tan sencillo recurrir a dicha conducta evasiva, ya que la contratación de un trabajador, además de generar la obligación de pagar salarios, demanda distintas inscripciones iniciales (alta temprana en la Administración Federal de Ingresos Públicos —AFIP—, inscripción en los registros laborales, en la obra social, en la aseguradora de riesgos del trabajo —ART—, en el sindicato, etc.) aun cuando aquel se encuentre dentro del período de prueba.

Iniciar o continuar las tratativas contractuales sin seriedad

Una empresa con el personal en huelga publica avisos solicitando operarios en cantidad igual a la de los huelguistas y con las cualidades de estos, y propone contratos permanentes. Los candidatos o solicitantes se presentan, son examinados e inscriptos, se les indica que regresen al cabo de unos días y así sucesivamente hasta que finaliza el conflicto colectivo. Finalizado dicho conflicto, se reanudan las actividades normales y se rechazan todas las solicitudes.

Del citado ejemplo se advierte que la invitación a contratar no fue seria, a la vez que la motivación de la empresa jamás fue la de concertar nuevos contratos sino la de usar los

avisos como medio de persuasión que indujera a los huelguistas a reintegrarse al trabajo.

Contratos preliminares o preparatorios

En este tipo de contratación laboral (como puede ser, por ejemplo, la contratación de personal de alta dirección) se torna necesaria la existencia de un período previo a la formalización definitiva del contrato, en el cual los precontratantes regulen las futuras condiciones de empleo⁷.

Dichas negociaciones dan lugar a un período precontractual en el cual, como veremos más adelante, impera entre los contrayentes la obligación de actuar de buena fe.

En atención a las particularidades que reviste este empleado «jerárquico», cabe hacer una breve referencia a sus características esenciales.

La configuración conceptual del «alto directivo» se encuentra definida en el artículo 1.2 del Real Decreto 1382/1985 (España). Dicha norma indica:

Se considera personal de alta dirección a aquellos trabajadores que ejercitan poderes de alta dirección inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y de administración de la entidad que respectivamente ocupa aquella titularidad.

Supuesto de contratos válidos con omisión de los deberes de conducta

Podrían suscitarse casos en los que el empleador opte por contratar a determinado aspirante —como consecuencia de haber sido inducido a error por parte de este— en relación con las características o el nivel de la formación profesional que posee.

En tal caso podría invocarse la omisión del deber precontractual de información y veracidad, dando lugar a la reparación por los daños causados.

Alguna corriente doctrinaria entiende que este supuesto permitiría al empleador «renegociar» nuevas condiciones de trabajo (sobre la base de la calificación profesional verdadera del trabajador), lo que excluiría una eventual responsabilidad precontractual.

Nulidad del contrato por la existencia de vicios del consentimiento

Si el contrato se hubiera celebrado y *a posteriori* se comprobara que una de las partes omitió poner en conocimiento de la otra un dato sustancial o directamente lo falseó, el contrato se anulará por existir un vicio del consentimiento (error o dolo); es una nulidad relativa que solo puede ser pedida por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes.

En algunos casos, el postulante debe acreditar que reúne las condiciones legales para el ejercicio del cargo, por ejemplo: el título de médico o de enfermera, la licencia para conducir de un chofer, la nacionalidad en el caso de los periodistas profesionales o la residencia con habilitación para trabajar si se trata de un extranjero.

⁷ Este tipo de contratación bien podría emplearse para ciertos trabajadores jerarquizados o especializados, para los cuales las previsiones de la Ley de Contrato de Trabajo muchas veces pueden resultar insuficientes, debido a las particularidades que reviste su modalidad.

La falsedad en que se incurra al respecto determinará la nulidad del contrato.

Discriminación en el acceso al empleo

Quien discrimina a un trabajador en oportunidad de acceder a un empleo por razones religiosas, de color de piel, de sexo, etc., comete un acto contrario a derecho.

Esta conducta disvaliosa, antijurídica, configura claramente un incumplimiento objetivo, producido con dolo (intención). Demostrado el daño y la relación de causalidad jurídica adecuada entre el acto discriminatorio y el perjuicio, el postulante podrá reclamar al empleador los daños que el ejercicio abusivo del derecho de «contratar o no contratar» le hubieran ocasionado.

De esta manera, cabría afirmar que la discriminación en el acceso al empleo constituye un claro ejemplo de responsabilidad precontractual.

Claramente se ve cómo, en los actos previos a la formalización del contrato de trabajo, la conducta que desarrollen los futuros contratantes podría acarrear responsabilidad precontractual de la parte culpable, según los principios del derecho común que resultan plenamente aplicables al derecho laboral.

Pero, además, el incumplimiento durante este período precontractual puede derivar también del propio postulante.

De esta manera creemos que la construcción doctrinaria consolidada en la doctrina civil sobre la responsabilidad precontractual deviene de rigurosa aplicación al caso de las tratativas previas al contrato de trabajo.

Y ello así ya que no se advierte obstáculo que impida adecuar los principios de la responsabilidad precontractual, generada por la doctrina civilista, a los supuestos en que se frustra la concreción de un contrato de trabajo

por culpa de uno de los precontratantes, generando un daño al otro.

Como bien señala Zuretti,

... aplicar este tipo de responsabilidad dentro de la órbita laboral no implica propiciar un desequilibrio patrimonial entre las partes que negocian un contrato de trabajo sino, por el contrario, restablecerlo ante el perjuicio que la conducta abusiva de una de ellas ocasionó en la otra. (Zuretti, s.f.)

PROYECCIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL DEL DERECHO CIVIL AL DERECHO DEL TRABAJO

Algunos autores opinan que la ausencia de normas laborales específicas que regulen dicho período determina un escenario en el que las partes se manejan con la más absoluta libertad en el momento de establecer su contacto inicial, no siendo posible detectar ninguna norma heterónoma que imponga restricciones o condicionamientos al respecto y, resultando en la actualidad, extremadamente infrecuentes las disposiciones de origen convencional que establezcan procedimientos o formalidades específicas que necesariamente deban respetarse a los efectos de proveer una vacante.

No compartimos dicho pensamiento.

Si bien reconocemos que existe en este período un marco de absoluta libertad de contratación, esto no significa que las partes puedan desenvolverse en un ambiente carente de todo límite.

El empresario cuenta con la más amplia libertad de contratación, que se concreta en la decisión acerca de cómo forma su plantel de trabajadores (posibilidad de contratar o no y la consecuente exclusión de la contratación forzada) y el derecho a elegir libremente

al trabajador con quien habrá de celebrar el contrato de trabajo.

Esta facultad se encuentra expresamente consagrada en la Constitución Nacional (art. 14 —derecho de ejercer toda industria lícita, de navegar y de negociar—) y en la Ley de Contrato de Trabajo, a través de las previsiones establecidas en los artículos 64 y 65.

Posee una amplia discrecionalidad para establecer las características y condiciones de la convocatoria a los interesados para cubrir un puesto de trabajo que, normalmente, constituye el acto que da inicio al proceso de formación del contrato y con ello al período precontractual.

Pese a la más amplia discrecionalidad que el empleador ostenta en esta etapa, es necesario señalar que este estadio se distingue de la mera arbitrariedad, es decir, de un comportamiento caprichoso o compulsivo.

El período precontractual se desenvuelve en una dinámica sujeta a la égida de un principio que ostenta la doble condición de pertenecer a la teoría general del derecho (art. 1198 del Código Civil, t.o. ley 340 y art. 960 y 961 del Código Civil y Comercial de la Nación) y al acervo propio y particular del derecho del trabajo (arts. 11 y 63 de la LTC): la buena fe.

Esta buena fe constituye una normativa o pauta de conducta específica que debe ser respetada por las partes durante el desarrollo de la etapa precontractual y que se expresa como un deber objetivo de comportarse en forma leal.

Pero esta pauta de conducta no se agota exclusivamente en un deber pasivo de no dañar a otro (art. 19 CN), sino que, mucho más allá de eso, incluye la necesidad de ajustar el comportamiento propio a un deber positivo, de colaboración (art. 62 L.C.T.).

Al celebrar el contrato de trabajo, el deber de obrar de buena fe se manifiesta con mayor intensidad, pues este se caracteriza por configurar un vínculo eminentemente personal y,

por consiguiente, desde las primeras tratativas tendientes a concertar el contrato de trabajo las partes deben ceñir su conducta a las pautas acogidas por los artículos 62 y 63 de la LCT.

Desde la perspectiva del contrato de trabajo, se advierte que la lealtad y la buena fe, que constituyen principios fundamentales para la formación y desarrollo de cualquier negocio jurídico, deben darse con mayor fuerza en aquel debido al nivel de colaboración en que se basa el vínculo jurídico existente entre dos partes; y tales principios no solo deben regir el desenvolvimiento del contrato, sino también las tratativas previas a su concreción. (Zuretti, s.f.)

La obligación de actuar de buena fe, lealmente, aun antes de haberse formulado una oferta cierta, exige que cada parte actúe de manera tal que la expectativa razonable que hubiera creado en la otra no se frustre sin una razón admisible.

Señala Fernández Madrid que a partir del momento mismo de la aproximación o durante el proceso de selección, las partes están obligadas a cumplir con un deber de veracidad (manifestación inicial de la buena fe), debiendo expresar sin reticencias los caracteres y alcances de las prestaciones que corresponden a cada una de ellas y en especial deben manifestar toda circunstancias esenciales cuyo desconocimiento pueda modificar o impedir el contrato.

Álvarez de Magliano (1982), por su parte, indica que las normas contenidas en los artículos 11, 17, 63 y 68 de la LCT otorgan sustento suficiente a la responsabilidad precontractual de resarcir los daños que sufra un postulante. Pero si aún necesitáramos apoyo en el derecho común, analógicamente podría invocarse el art. 1071 del Código Civil (t.o. Ley 340).

Por ello ratificamos que a partir del momento en que se produce un acercamiento entre las partes con miras a concertar un contrato laboral, existe el deber de actuar con buena fe. Ello se encuentra normado expresamente en el artículo 63 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Sin perjuicio de ello, resulta de plena aplicación en los artículos 961, 968, 1061 y 1063 del Código Civil y Comercial de la Nación, los cuales también consagran ese deber.

Asimismo, los artículos 1737, 1741, 1749, 1751 y ccdtes. del Código Civil y Comercial de la Nación también operan en este período, ya que la parte que no esperó a concluir las tratativas y las abandonó arbitrariamente violó los deberes de lealtad y buena fe antes mencionados, configurando una conducta antifuncional, abusiva del derecho de no contratar, y en tanto ha producido un perjuicio a la otra, resulta responsable.

Recuérdese lo dicho en la primera parte del trabajo, al señalar que aquel negociador que incurre en culpa en las tratativas de un contrato, ya sea frustrando su celebración normal o motivando la concertación de un negocio jurídico claudicante por causa de nulidad, debe resarcir el daño causado a la otra parte.

Como ya lo hemos expresado, el abuso de derecho es una figura muy rica en virtualidades jurídicas, a punto tal que puede hacerse valer como un presupuesto de responsabilidad y, por ende, imputarse el daño cuya reparación se exige a la culpa y el dolo, pero también puede invocarse como causa de inhibición o paralización del derecho que se ejerce.

El artículo 68 de la LCT garantiza al empleador el libre ejercicio de las facultades que la Ley de Contrato de Trabajo y la propia Constitución Nacional consagran (ejercer libremente el comercio, organizar las formas y modalidades de la prestación del trabajo, etc.). Sin embargo, en su párrafo final, la citada norma establece

un límite al ejercicio de esas facultades, excluyendo toda forma de abuso del derecho.

Y es justamente por aplicación del mencionado artículo que el empleador puede y debe ejercer libremente su derecho de contratar o no contratar, aunque en forma razonable y no abusiva.

De lo expuesto bien se puede colegir que, pese al escaso desarrollo que le ha dedicado la doctrina laboralista, el período previo al perfeccionamiento del contrato de trabajo se presenta como una etapa poseedora de contornos relevantes, en especial desde la perspectiva de la formación profesional.

Su desenvolvimiento debe ajustarse a determinados parámetros jurídicos, entre los que se destaca la vigencia del deber de obrar con buena fe (que se proyecta sobre otros, tales como el de colaboración, lealtad, etc.), del ejercicio razonable y funcional de los derechos subjetivos, del deber genérico de no dañar a otra persona y de ajustar la conducta a los principios de razonabilidad e igualdad.

En virtud de lo expuesto hasta aquí, insistimos en que resultan plenamente aplicables a la materia laboral los principios del derecho civil sobre la responsabilidad precontractual.

Así, por ejemplo, en lo que hace a la reparación de los daños causados por el comportamiento de la parte culpable en la etapa precontractual, rige el mismo principio que en el derecho civil: el de la reparación integral.

La reparación del daño debe abarcar todos los perjuicios sufridos que se encuentren en relación causal adecuada con la conducta antijurídica o antifuncional.

En efecto, ante la frustración del contrato de trabajo, la parte que hubiera perjudicado a la contraria debe reparar todos los daños ocasionados, siempre y cuando estén fehacientemente comprobados y pueda reprochársele una conducta disvaliosa (Grisolia, 2011).

Recuérdese que la expresión «daño al interés negativo» debe servir para designar los daños precontractuales, pero no implica reducirlo o limitarlo a los supuestos que el mencionado instituto abarca (daño emergente o lucro cesante).

Este razonamiento se corresponde con lo normado por el art. 1738 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) que, con relación a la reparación del daño, establece:

La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida. (CCCN, art. 1738)

En materia de prueba también resulta perfectamente aplicable en nuestra materia lo tratado al estudiar dicho tema en el derecho civil.

Es decir, no creemos que resultaría suficiente para el «inocente» probar que no se perfeccionó el contrato para demostrar la ruptura intempestiva de las negociaciones (prescindiendo de la comprobación de la culpa en la contraparte).

Recuérdese que una visión puramente «objetiva» de la responsabilidad precontractual (con la correspondiente inversión probatoria) anularía el balance equilibrado entre las razones de la competencia y de la buena fe, que el derecho debe evaluar.

Deberá demostrarse, además del daño y el factor de atribución (dolo, culpa, abuso de derecho, omisión de los deberes de conducta derivados del principio de buena fe, etc.), los

demás presupuestos de la responsabilidad precontractual (la conducta antijurídica y la relación de causalidad jurídica adecuada).

El art. 1744 del CCCN indica que «el daño debe ser acreditado por quien lo invoca, excepto que la ley lo impute o presuma, o que surja notorio de los propios hechos».

Esto puede cambiar en caso de que el daño se produzca por una discriminación en la etapa precontractual, donde se hallen involucradas algunas de las denominadas «categorías sensibles» (edad, raza, religión, sexo, opinión política, etc.).

Por último, también creemos que puede resultar de útil aplicación la carga dinámica de la prueba, ya que en muchas ocasiones será sumamente dificultoso para la parte perjudicada demostrar la culpa o negligencia en la contraparte, aclarando que dicha carga posee una función residual (por contraposición a la carga «estática» de la prueba).

CONCLUSIONES

La LCT no trajo previsión alguna referida a esta temática. Toda su regulación acerca de los derechos y deberes de las partes es del tipo contractual y comienza a partir del momento de la relación de trabajo, que hace presumir la existencia de un contrato de trabajo y la consecuente aplicación imperativa de las normas laborales.

A partir de dicha ausencia normativa, es necesario establecer un sistema de obligaciones legales que regule el *iter* contractual, toda vez que los actos jurídicos realizados por los precontractantes durante dicho período resultan plenamente eficaces y jurídicamente relevantes.

Para ello, deben proyectarse las directivas legales del derecho civil a los supuestos en los cuales medien tratativas previas a la celebra-

ción definitiva del contrato de trabajo, y luego se vean frustradas por una voluntad unilateral, irrazonable y arbitraria de alguna de las partes.

No existen obstáculos para aplicar los principios de la responsabilidad precontractual elaborada por la doctrina del derecho civil a los casos en que, en virtud de la actitud de una de las partes que configura un claro abuso de derecho, se produce un daño con motivo de la frustración de la negociación del contrato de trabajo.

El derecho del trabajo nació para dar respuesta a la cuestión social imperante y establecer mecanismos de corrección de la natural desigualdad existente en el poder de negociación de empleadores y trabajadores.

Las normas laborales, por medio de la imposición de derechos de mínima, obligan a las partes contratantes a respetar ciertos contenidos y solo se les otorga validez a los pactos que contengan mejores derechos para los trabajadores que los establecidos en las normas imperativas. Se trata del reconocimiento de la dignidad del trabajador, como fruto de un largo proceso histórico que traduce —en definitiva— la lucha por la obtención de la justicia social; de la revalorización de la persona del trabajador y de su tarea como «actividad productiva y creadora» (art. 4 LCT).

Este carácter protectorio lo ha convertido en un derecho unidireccionalmente tuitivo, con una única y exclusiva meta: la tutela de la persona que trabaja. Objetivo que, pese a los cambios operados durante más de un siglo en la forma y en las modalidades en que se presta el trabajo en relación de dependencia, mantiene plena vigencia; y ello se debe a que sigue siendo un requisito ineludible para el mantenimiento de la paz social la atenuación —a través de normas de mínima— del desigual poder de negociación de los sujetos de la relación de trabajo. Finalidad que se observa

en el art. 17 bis, 73 y 81 de la LCT (entre otros) y que persiste como horizonte de protección durante toda la vigencia del contrato de trabajo, pero —especialmente y en lo que hizo al objeto de nuestra investigación— durante la etapa precontractual.

En definitiva, la *razón de ser del derecho del trabajo requiere la necesidad de extender su marco regulatorio y protectorio a las acciones previas a la concertación final del contrato de trabajo, caracterizado en ocasiones por la existencia de negocios de trámites arduos, complejos y difíciles que ponen de manifiesto la existencia de un período inter contractus, susceptible de generar derechos y obligaciones recíprocas entre los precontratantes.*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ackerman, M. S. (1996). *Si son humanos no son recursos. Pensando en las personas que trabajan*. 2.º ed. Hammurabi.
- Alejandro, S. J. (2003). La selección y contratación del personal: facultad emergente del poder de organización y dirección del empleador. *Derecho del Trabajo*, 2003-B.
- Álvarez de Magliano, M. C. (1982). El principio de no discriminación en la Ley de Contrato de Trabajo. *Derecho del Trabajo* 1982-B, pp. 839-852.
- Barbier, E. (1993). Tratativas preliminares y responsabilidad precontractual. *La Ley* 1993-D, pp. 1081-1096.
- Brebbia, R. H. (1957). Responsabilidad precontractual. Ed. Víctor P. de Zavalía.
- Cuiña Rodríguez, M. (1995). Responsabilidad precontractual: en la doctrina, jurisprudencia y proyectos de reforma. *La Ley* T. 1995-C, Sec. Doctrina, pp. 859864.
- Dobarro, V. M. (2004). La discriminación en el acceso al puesto de trabajo. La libertad de contratación y sus límites. *Doctrina Laboral*

- Errepar* n.º 227, Julio/04, T. XVIII, pp. 633645.
- Elffman, M. (1996). La discriminación en el empleo. *Derecho del Trabajo* 1996-B, pp. 2926-2941.
- Faggella, G. (1909). Fundamento giuridico della responsabilità in tema di trattative contrattuali. Trabajo incluido en *Studi giuridici in onore de Carlo Fadda*, T. III, pp. 271-275.
- Favier, D. (2015). La horizontalidad de los derechos humanos. En *Revista de Derecho Laboral*, Actualidad, 2015-I, Rubinzal Culzoni, pp. 241249.
- Ferreiros, E. M. (2003). La discriminación en el acceso al contrato de trabajo. DEL n.º **210, T. XVII, febrero 2003**, pp. 113117
- Garmendia Arigón, M. (2003). *Derecho del Trabajo y formación*. Cinterfor.
- Grisolia, J. A. (2011). *Derecho del trabajo y de la seguridad social*. 14.º edición. Abeledo Perrot.
- Ihering, Von R. (1983). De la culpa «in contrahendo», os des dommagesinterets dans les conventions nulles ou restees imparfaites. En *Oeuvres Choiesies*, I, París. Traducción al francés de O. Meulenaere.
- Hierrezuelo, R. D. y Ahuad, E. (2002). La falta de incorporación al empleo por cuestiones discriminatorias. Análisis del problema y acciones posibles. *Derecho del Trabajo* 2002-A, pp. 931-947
- Leiva Fernández, L. F. P. (1998). Responsabilidad precontractual. Aportes para su estudio. *La Ley* T. 1998-D, Sec. Doctrina, 12341237.
- Lorenzetti, R. (1998). Contratos y deberes secundarios de conducta: la libre elección. *La Ley* T. 1998-B, Sec. Doctrina.
- La responsabilidad precontractual como atribución de los riesgos de la negociación* (1993). *La Ley* 1993-B, pp. 712-713.
- Llambias, J. J. (1973). *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*. T. I, Abeledo.
- Mosset Iturraspe, J. (2006). *Responsabilidad precontractual*. Rubinzal Culzoni.
- Porta, E. (s.f.). Derecho a la intimidad y deber de informar en la etapa precontractual. *Doctrina Laboral Errepar* T. VI. p. 458
- Pose, C. (1998). Responsabilidad precontractual en la disciplina laboral. *Derecho del Trabajo* 1998-A, pp. 35-38.
- Sozzo, G. (2005). *Antes del contrato*. Lexis Nexis.
- Spota, A. G. (1954). Responsabilidad precontractual. *Jurisprudencia Argentina* T. II *Responsabilidad precontractual. Esencia jurídica* (1993). *La Ley* T. 1983A
- Stiglitz, G. A. (1970). La responsabilidad precontractual en las relaciones de consumo. En *La responsabilidad. Homenaje al profesor doctor Isidoro H. Goldenberg*. Ed. Abeledo Perrot.
- Vázquez Vialard, A. (1968). El deber de veracidad en el antecrtrato laboral. *Derecho del Trabajo* pp. 613-621.
- Zuretti, M. A. (s.f.). La responsabilidad precontractual. Su aplicación en el ámbito del laboral. *Derecho del Trabajo*, XLVIII, A, pp. 379396.

Diego Javier Tula

Perfil académico y profesional: Abogado (Universidad Católica de Salta). Doctor en Ciencias Jurídicas (Universidad de Morón). Magister en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales (Universidad Nacional de Tres de Febrero). Especialista en Magistratura (Universidad Nacional de San Martín). Juez en el Fuero del Trabajo en la provincia de Buenos Aires. Docente de la cátedra Derecho del Trabajo (Universidad Católica de Salta). Docente de la materia Conflictos del Trabajo, en la carrera de Derecho (Universidad de Buenos Aires). Director de la Maestría en Derecho Laboral de la Universidad Católica de Salta.

die_ja@hotmail.com

ORCID: 0000-0002-2997-1332