

LA OBLIGACIÓN LABORAL DE BUENA FE

JAIME LLUIS Y NAVAS

I. INDICACIONES GENERALES

1. Concepto

A. Concepción académica. – El Diccionario de la R. Academia considera la Buena Fe en sentido general como “*rectitud, honradez*”; y en sentido jurídico la define como “*convicción en que se halla una persona de que hace o posee alguna cosa con derecho legítimo*”. Casares identifica la Buena Fe con las ideas de “*rectitud y honradez*”, es decir se centra exclusivamente en la concepción moral a la que no adiciona referencias jurídicas. Y para el español oriental, tanto el diccionario de P, Fabra, como el del Instituto de Estudios Catalanes entienden que estamos ante la “*manca de malicia*”, lo que también implica centrarse en la concepción moral.

B. Concepción doctrinal.- Moutón consideraba que la Buena Fe consiste en la “*creencia o persuasión de que el acto realizado es lícito y justo*”; lo cual, con algunas variantes de formulación, viene a expresar la misma idea que la R. Academia. Precisando la postura de Mouton hemos de señalar que la buena fe supone un doble convencimiento: de que nuestro proceder es conforme a la norma en si misma y de que *también lo es a la finalidad de la norma*, pues de lo contrario incurriríamos en abuso del derecho; y esta segunda dimensión del convencimiento implica introducir los imperativos éticos (o sea jurídico-morales)

C. Concepciones propuestas.- La idea originaria de Buena Fe ha surgido en el campo de los imperativos morales y a pasado de estos a los jurídicos; pero en el ámbito legal se ha utilizado con matices particulares, lo que pide hagamos los siguientes distinguos. a) En sentido lato la Buena Fe consiste en *la concordancia entre el comportamiento de un sujeto y el sistema legal*. En este sentido no distinguimos entre Buena Fe objetiva y subjetiva, (con vencimiento y concordancia fáctica).- b) En sentido subjetivo general entendemos por Buena Fe “*la creencia de un sujeto de que su comportamiento es correcto, o sea ético*”.- c) En sentido moral estamos ante “*la creencia de un sujeto de que su comportamiento es moral*.- y d) Mientras en sentido jurídico subjetivo se trata de “*la creencia de un sujeto de que su comportamiento es legal*”. Para justificar estas concepciones y sus diferentes matizaciones, hemos de señalar:

a) En todo este trabajo nos servimos del término “*ética*” en el sentido general propugnado por Del Vecchio, que abarca tanto la moral como el derecho; es decir abarca todas las disciplinas relacionadas con la Idea de Bien en sentido filosófico.

b) La primera definición es lata para comprender tanto la Buena Fe objetiva como la Buena Fe subjetiva (o buena Fe propiamente dicha)

c) Las dos últimas definiciones se refieren a los dos sentidos específicos de la figura de la Buena Fe, el moral y el legal.

d) La Buena Fe propiamente dicha supone una actitud subjetiva un convencimiento y por lo tanto la creencia y persuasión a que hace referencia Moutón. En este caso los términos “creencia” y “convicción” podemos considerarlos equivalentes. Como veremos, nuestros Tribunales han distinguido entre Buena Fe subjetiva y objetiva y esta última no constituye de suyo un convencimiento, sino una situación objetiva, valga la redundancia.

e) La referencia al comportamiento abarca por igual la posesión como otras actuaciones, es decir recoge en un solo término dos ideas que el Diccionario académico enumera separadamente.

f) Utilizamos la referencia al “comportamiento” pues este término abarca por igual el comportamiento activo (acción) y el pasivo (omisión) y ambos requieren Buena Fe.

g) Finalmente la Buena Fe subjetiva siempre encierra la idea de convicción de corrección en la actuación del sujeto; lo que puede variar es el ámbito (legal o moral) a que se refiere esa convicción. Ello no significa que ambos ámbitos sean incompatibles, aun cuando no concurren siempre.

2. Naturaleza

La Buena Fe constituye una figura de **naturaleza compleja**, por cuanto bajo la misma expresión hacemos referencia a figuras distintas aun cuando íntimamente vinculadas entre sí.

a) La **obligación de Buena Fe** constituye un **mandato** jurídico. En este sentido la recoge el Código civil (art.1258) cuando dispone que, entre las obligaciones resultantes de los contratos, figuran sus consecuencias conformes a la Buena Fe. También tiene carácter de obligación jurídica la que tienen patronos y empleados de someter sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la Buena Fe (art. 20 del Estatuto de los Trabajadores). Tratándose del trabajador esta obligación tiene el matiz legal de ser “básica” (art. 5 del E.T.). Gullón considera que la reforma de 1974 del art. 7 del Código civil ha supuesto la elevación de la Buena Fe de Principio del Derecho (y como tal norma subsidiaria) a mandato directo y por tanto norma primaria y por tanto exigible asimismo directamente. Creemos que en materia de contratos, y por tanto en la laboral, ya era norma directa antes de la reforma de 1974 por disponerlo el art. 1258 del Código civil (subsidiario respecto del Derecho Social) y el art. 20 del E.T., ello sin perjuicio de que además operara como Principio General en otros ámbitos, por ejemplo el administrativo.

b) En cambio la convicción de obrar conforme a Derecho a que hace referencia el Diccionario de la R. Academia constituye una **actitud jurídica**, actitud que implica un **comportamiento**, o más exactamente implica la convicción de que el propio comportamiento es legalmente correcto. En otras palabras es una figura jurídica que tiene una dimensión **intelectual** y otra **funcional**. La sent. civil del T.S. de 15 de octubre de 1990 dice que estamos ante “*un principio que actúa o debe actuar como modelo de conducta*”.

c) En materia de prescripción adquisitiva ordinaria del dominio la Buena Fe opera como un **requisito** (art. 1940 del C. Civil). Tras la reforma de 1974 (art. 7 del C. Civil) es un requisito general del ejercicio de los derechos.

d) Por otra parte la Buena Fe opera como mandato por cuanto es expresión de un **Principio General** de trasfondo ético, como justificamos al analizar su fundamento.. De conformidad con la complejidad de la figura, la Sala de lo Social del T. Supremo ha entendido que en materia laboral estamos ante un principio general que “*constituye un modelo de tipicidad de conducta exigible*” (sentencias de 1 de febrero de 1984 y 25 de mayo de 1986).

e) La Buena Fe plantea el **problema de su vinculación a la moral natural y religiosa**. Sustenta Gullón que el imperativo de Buena Fe ha de operar desvinculado de concepciones religiosas a fin de objetivizarlo, y que por lo tanto no ha de vincularse a la moral cristiana. Propugna considerar que “*la buena fe equivaldría a un modelo de conducta que la conciencia social exige por imperativos compartidos por la gran mayoría de los ciudadanos*”. Tesis similar recoge la sent. del T.S. de 5 de julio de 1989 al calificar la Buena Fe como “*la conciencia social y jurídica de un momento histórico determinado*”. En el sistema político vigente fuerza es reconocer que, con razón o sin ella, es imperativo desvincular las reglas jurídicas de la moral de origen religioso, por exigencia del art.16,3 de la Constitución actualmente vigente la cual dispone que “*ninguna confesión tendrá carácter estatal*”. Empero la civilización española tiene cuatro raíces esenciales: la religión cristiana, la filosofía griega, el derecho romano y la herencia hispánica prerromana. De ello resulta que, en nuestro País, incluso los ateos practican una moral de raíz cristiana (actualmente con algunos desvíos, como por ejemplo en materia de la permisividad del aborto) y que el derecho, la filosofía y la herencia prerromana han sido matizadas por el Cristianismo y por el modo de ser de los españoles. La consecuencia de ello es que la vinculación de la Buena Fe a la conciencia social nos lleva otra vez a una moral de raíz cristiana; o para ser más exactos, nacional-cristiana.

f) Por otra parte el propósito de desvincular la Buena Fe de concepciones religiosas no implica desvincularla de **conceptos morales**, sin perjuicio de que la Buena Fe jurídica sea distinta de la Buena Fe moral, pues una cosa es la naturaleza y otra la posible relación entre figuras distintas. El propio preámbulo del Decreto de 1974 sobre modificación del Título Preliminar se refiere a la “*irrupción del contenido ético-moral en el orden jurídico*”.

Por mucho que proceda y procede distinguir entre Buena Fe jurídica y moral, existe una relación evidente entre ambas por obedecer en última raíz a los mismos imperativos éticos. Por ello la jurisprudencia ha recogido con frecuencia la tendencia a vincular la Buena Fe a una concepción moral. Así la sent. del T. Supremo de 11 de diciembre de 1989 se refiere al “*comportamiento honrado*”; y la de 8 de marzo de 1991 aduce los “*valores éticos de la lealtad y honradez*”.

g) Advierte Rivero Hernández que, antes de la reforma de 1974, la doctrina del Tribunal Supremo giraba en torno a dos concepciones de la Buena Fe: la Buena Fe como **creencia** (convencimiento de la correcta situación jurídica del interesado; sentencias de 24 de mayo de 1956, 19 de junio de 1965 y 13 de diciembre de 1968,

entre otras) y la Buena Fe como **conducta** (forma ética de ejercer los derechos y obligaciones; sentencias de 9 de diciembre de 1963 y 24 de junio de 1969). El art.7 del Código civil, tras la reforma de 1974 se refiere expresamente al modo de ejercer los derechos, y por tanto a la conducta. También se refiere a la conducta el art. 20,2 del E.T. puesto que contempla las “*prestaciones recíprocas*” de las partes en la relación laboral. No obstante, a nuestro parecer ambas concepciones no se contraponen, por el contrario se *complementan* puesto que la conducta es subjetivamente correcta cuando concuerda con el convencimiento de la eticidad de nuestro proceder. Lo contrario supondría postular una Buena Fe objetiva contradictoria con el mismo concepto de Buena Fe.

La exigencia de Buena Fe como regla de conducta origina un **límite al ejercicio de los derechos** puesto que se requiere ejercitarlos de un modo determinado: el concorde con la Buena Fe. La Buena Fe, según la sentencia del T. Supremo de 22 de octubre de 1991, es un medio de **valoración de conductas**. Creemos evidente que estas dos notas se hallan directamente intervencidas en la aplicación del Derecho, aun cuando por vía de abstracción podemos distinguirlas

h) La Buena Fe aplicada se caracteriza asimismo por la **conurrencia de elementos fácticos y jurídicos**, lo cual contribuye a la complejidad de su naturaleza. Esta concurrencia ha sido reconocida por las sentencias civiles de 5 de julio de 1990 y 4 de noviembre de 1994. Señala esta última que “*no obsta aceptar que la buena fe es cuestión de hecho para considerarla a la vez concepto jurídico*”.

3. Fundamento

A. La Buena Fe y la Filosofía de los Valores.- El fundamento de la exigencia de Buena Fe en las relaciones jurídicas y por tanto en las de trabajo está directamente vinculado a la relación entre la Moral y el Derecho, pues en último término la exigencia de Buena Fe es consecuencia de un imperativo moral, por mucho que la Buena Fe jurídica constituya una figura autónoma. Ello es así por estar ante un problema de naturaleza axiológica. Recordemos que constituyen Valores en sentido filosófico aquellas Ideas Puras e innatas (es decir gravadas desde el nacimiento en la mente de todos los humanos) que *piden realizarse*, o sea que tienen naturaleza imperativa: deseamos el Bien y repudiamos el mal; nos agrada lo Bello y desagrada lo feo; aspiramos a la Verdad y nos molesta incurrir en error. Opinamos que ello es así por cuanto los Valores Puros son reflejo del Sumo Hacedor y aspiramos a alcanzarlos en lo que tenemos de criaturas que gozan de un conocimiento (parcial) del Divino Creador.

Ciñéndonos al Valor Bien, que es el que interesa directamente a este trabajo, su imperativo alcanza tanto al fuero interno de la conciencia y la intención como al externo de las relaciones con tercero. Del primero trata la Moral y del segundo el Derecho. Algunos autores niegan la validez de esta distinción señalando los comportamientos externos que afectan a la Moral y las actitudes internas que interesan al Derecho (por ejemplo el ánimo de delinquir). Salvando esta objeción, hemos de precisar que la Moral atiende *directamente* al fuero interno (intenciones y deseos) e *indirectamente* al externo (comportamiento consecuente con lo que debemos proponernos), mientras el Derecho atiende *directamente* al comportamiento externo e *indirectamente* interno (por ejemplo el ánimo de delinquir interesa al jurista en cuanto refleja el propósito de cometer

efectivamente delitos, y por lo tanto de afectar a terceros). Precisando el alcance de la distinción entre Derecho y Moral, hemos de señalar que ambos imperativos, el externo y el interno, *puedan relacionarse*. Por ejemplo el art. 1255 del Código civil prescribe que los contratos pueden establecerse los pactos que las partes tengan por conveniente *“siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”*. Como supuesto en que la vulneración del derecho alcanza al orden moral señalemos el caso de las normas de conducir. Moralmente es indiferente optar por la conducción por la vía izquierda, como en Inglaterra, o por la derecha, como en España. Pero, una vez escogida una de estas soluciones, conducir en dirección contraria, además de ilegal es inmoral, dado el riesgo que se origina.

Esto sentado, el imperativo de obrar con Buena Fe, es decir con el convencimiento de la regularidad de nuestro proceder, opera directamente en ambos órdenes, el legal y el moral por cuanto ambos órdenes, por participar de la Idea de Bien, tienen naturaleza imperativa y consiguientemente su mismo carácter imperativo pide que nos propongamos actuar de conformidad con lo exigido tanto por la Moral como por el Derecho., y hemos visto que ese propósito constituye la Buena Fe en su respectivo ámbito.

B. La Buena Fe y la graduación jurídico-racional.- Desde un punto de vista axiológico hemos de fijar la siguiente graduación de las categorías jurídicas, que va de abstracto a concreto: 1º La *Idea Pura de Derecho*, vinculada directamente a la de Bien en si y a su carácter imperativo (por ejemplo las normas “*haz el bien y no hagas el mal*” así como “*obra con Buena Fe, es decir con el convencimiento de la justicia de tu proceder*”).-2º El *Derecho natural*, o sea las normas que resultan de la aplicación de la Idea de Bien a las características de la naturaleza tal como la ha originado el Divino Hacedor (por ejemplo, la prohibición de matar injustificadamente).- 3º Con el mismo rango operan los mandatos divinos (o sea el *Derecho Divino positivo*), entre los que hemos de distinguir entre los de carácter permanente y los temporales en función de las condiciones de tiempo y lugar (por ejemplo la prohibición del culto de las imágenes entre pueblos expuestos a caer en idolatría).- 4º El *Derecho humano positivo*, dentro del cual caben los distinguos establecidos en cada País y que en el nuestro ha elevado el imperativo de Buena Fe a norma positiva, fundada a su vez en las acabadas de enumerar.

C. La Buena Fe y la equidad.- Una sentencia civil de 16 de noviembre de 1979 fundamentó la exigencia de Buena Fe en la equidad y el adecuado logro de la justicia. Lo señalado en los dos apartados anteriores confirma este aserto.

D. Dificultades.- La aplicación por los Tribunales de los imperativos de la Buena Fe presenta ciertas dificultades, que por otra parte no son exclusivas de esta figura:

a) La Buena Fe ha de nacer y radicar en el fuero interno de cada sujeto; de ahí la doble dificultad de conocerlo y de considerarla exigible en el ámbito jurídico que opera directamente sobre el fuero externo. La exigibilidad jurídica de la Buena Fe, se justifica por cuanto lo que repudia el Derecho positivo es el *propósito de ejercitar la mala fe en el ámbito externo al fuero de la conciencia*. Como señala la sent. de 11 de mayo de 1992, cuando se aplica la figura de la Buena Fe al análisis

del comportamiento de un sujeto, su conducta “*se cohonestar con el fuero interno o conciencia del ejerciente*”. Un estado de ánimo malicioso sin propósito de ejercitar acciones asimismo maliciosas, ciertamente afectaría a la moral del sujeto, pero no a su comportamiento jurídicamente trascendente.

b) El conocimiento de la Buena Fe individual, solo es posible alcanzarlo por vía de deducción, *analizando la conducta externa*, lo que es de suyo posible aun cuando encierra riesgos de errores y por ello mismo exige muchas cautelas y una interpretación restrictiva de las imputaciones conductas irregulares. Lo mismo sucede con otras figuras como el fraude a la ley, la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, etc.

c) Por otra parte la exigencia de un requisito de conducta difícil de calibrar en cada caso concreto ofrece el riesgo de perjudicar a la seguridad jurídica. De ahí que, a título de garantía, en el ámbito jurídico, haya que aplicar la presunción ordinaria de Buena Fe.

4. Caracteres.

a) La Buena Fe implica siempre ***una actitud intelectual*** (pues constituye un convencimiento) ***que repercute en el comportamiento externo*** (puesto que se refiere a nuestro modo de proceder). Lo sanciona el art.7,1 del Código civil, en la redacción de 1974 puesto que dispone: “*los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe*”. En materia laboral lo ratifica el art. 20 del Estatuto de los Trabajadores.

b) La Buena Fe tiene ***carácter general***, por cuanto alcanza, por propia naturaleza, a todo el ámbito jurídico, de donde resulta que la Buena Fe laboral constituye un caso particular de una figura más amplia. Moutón ha señalado que los Derechos forales, incluso antes de las nuevas Compilaciones también recogían la exigencia de Buena Fe.

c) Asimismo la Buena Fe es una creencia que ***da lugar a un principio jurídico***, al sancionarse su obligatoriedad y sus efectos. Antes de la reforma del Título Preliminar del Código civil de 1974 la doctrina ya señalaba que las múltiples referencias de nuestro legislador a la Buena Fe implicaban un principio jurídico. Tras la reforma de 1974, la nueva redacción del art. 7,1 confirma el alcance general de la exigencia de Buena Fe, elevándola a mandato directo. La sent. del T. Supremo de 5 de julio de 1985 ha entendido que la exigencia de Buena Fe constituye un Principio que informa todo el ordenamiento legal y que consiguientemente toda conducta ha de enjuiciarse de acuerdo con este principio.

d) La Buena Fe tiene ***plurilateralidad***, en el sentido de que obliga a todas las partes de una relación jurídica. En materia laboral la plurilateralidad está formalmente sancionada en el art. 20 del E.T. dispone que “*el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe*”.

e) La Buena Fe constituye una figura ***directamente vinculada a imperativos éticos***. Lo justifica lo que hemos indicado al tratar del fundamento de

esta figura; y lo confirma el Preámbulo la Exposición de Motivos del Decreto de 31 de mayo de 1974 señalando que la sanción de la buena fe constituye una vía de “*irrupción del contenido ético-moral en el orden jurídico*”. Pero a su vez la jurisprudencia ha distinguido entre la Buena Fe moral y la jurídica (sentencias del T. Supremo de 29 de noviembre de 1985 y 8 de junio de 1994, entre otras)-

f) El requisito de Buen Fe constituye una **limitación** evidente del ejercicio de los derechos y obligaciones puesto que veda su ejercicio malicioso. La sent. de 5 de julio de 1985 ha entendido que vulnera la Buena Fe la utilización de un derecho subjetivo de forma distinta de la finalidad de su concesión, tesis que nos parece plenamente suscribible a condición de sustituir el término “distinta” por la expresión más restrictiva “contraria”, pues el ejercicio de un derecho de modo distinto a su razón originaria no implica necesariamente malicia, si la finalidad perseguida sigue estando justificada éticamente o lo piden nuevas circunstancias.

g) Como señala la sent. de 22 de Octubre de 1991 la Buena Fe constituye un instrumento de **valoración de conductas**, puesto que el juzgador ha de analizar si el ejercicio de los derechos se realiza de conformidad con las exigencias de la Buena Fe.

5. Modos de operar

Diez Picazo y Rivero Hernández han puesto de relieve que la Buena Fe opera jurídicamente de los siguientes modos:

a) Como **supuesto de hecho con efecto jurídico**. El derecho civil ofrece diversos ejemplos de este modo de operar. En materia laboral lo encontramos, por ejemplo, en la figura del despido por incumplimiento de las obligaciones de Buena Fe. En cuanto que es un hecho, la doctrina civil del Tribunal Supremo le ha atribuido las siguientes notas: 1º su mismo carácter fáctico (sent. de 22 de octubre de 1991 y 12 de marzo de 1929).- 2º su existencia se presume siempre (sent. de 7 de mayo de 1993) .- 3º su apreciación corresponde a los Tribunales (sent. de 7 de mayo de 1993).- 4º Es un hecho valorativo de conductas (sent. de 6 de julio de 1993)

b) Como **principio general** ha sido consagrada tanto por la jurisprudencia clásica como por la actual.

c) Como **modo de proceder** (rectitud en las relaciones jurídicas). En este sentido lo consagra el art-20 del E.T.). Como tal modo de proceder está afectado por la regla de reciprocidad de conductas (sent. de 5 de abril de 1991).

d) Como excepción procesal, ya que el mandato de actuar conforme a las exigencias de la Buena Fe permitirá ejercitar la **excepción de dolo**. Cossío sustentó que el ejercicio de esta excepción tiene los siguientes requisitos que suponen otros tantos límites: 1º inexistencia de remedio directo.- 2º que el resultado reputado injusto no haya sido querido por el legislador (exclusión de la Buena Fe contra ley).- 3º Buena Fe del reclamante (por cuanto la mutua mala fe se compensa); este último requisito ha de relacionarse con el problema de la graduación de la malicia que tratamos aparte .

e) Dado su carácter general e imperativo, alcanza a todos los contratos .Por lo tanto ha de ser un elemento de **interpretación de los contratos y negocios**

jurídicos y entre ellos los de trabajo. Su relación con la interpretación de los contratos ha sido puesta de relieve por la sentencia de 15 de noviembre de 1977.

f) La doble dimensión, fáctica y jurídica, de la Buena Fe tiene un efecto operativo por cuanto, como señala la sentencia de 5 de julio de 1985, el juzgador ha de partir de los hechos acreditados, pero su apreciación integra una valoración jurídica.

6. Clases

Ni el Código Civil ni el Estatuto de los Trabajadores establecen clasificaciones de la Buena Fe. No obstante, la doctrina, recogiendo una realidad distingue entre Buena fe objetiva y subjetiva.

a) Entendemos por Buena Fe subjetiva el **convencimiento** de la rectitud (sea legal, moral o ambas) de nuestro proceder. La Buena Fe subjetiva puede a su vez ser certera o errónea, según concuerde o no con la objetiva. La sent. civil de 11 de mayo de 1992 tomó la Buena Fe en el sentido de "*cumplimiento de los derechos de acuerdo con la propia conciencia*".

b) La Buena Fe objetiva consiste en la **norma de conducta** concorde con los imperativos éticos, sea morales o en su caso jurídicos. La sent. civil de 8 de marzo de 1991 ha entendido por Buena Fe "*la adecuación de las conductas a las exigencias imperativas éticas proclamadas por la conciencia social, en el lugar y momento histórico determinado*"; y la jurisprudencia laboral (sentencias del T. Supremo de 25 de junio de 1990 y 4 de marzo de 1991; y de Cataluña nº 6472 de 20 de junio del 2000) entiende que estamos ante un "*modelo de tipicidad de conducta exigible, o mejor aún, un principio general de derecho que impone un comportamiento arreglado a valoraciones éticas*".

Así como la Buena Fe subjetiva tiene naturaleza psicológica, la objetiva la tiene sociológica. Y el Tribunal Supremo ha operado unas veces con una concepción y otras con otra.

c) A su vez la Buena Fe objetiva puede ser **activa o pasiva**. Esta última se produce *por omisión* de deberes; por ejemplo es frecuente en materia de prevención de accidentes, como señaló la sent. de la Sala de lo Contencioso-administrativo de Extremadura de 22 de abril del 2003.

7. Requisitos

Sánchez Román, refiriéndose a la posesión de Buena Fe, ha señalado que ésta, para ser operativa, ha de satisfacer los siguientes requisitos: ser previa, racional, verosímil y jurídicamente eficaz. En materia laboral esta enumeración pide matizaciones:

a) Entendemos que la Buena Fe ha de ser *inmediatamente previa a la formulación del contrato de trabajo y acompañar a toda la vida de la relación laboral*. Decimos "*inmediatamente previa*" por cuanto es la que afecta directamente a la formulación del pacto. Si la posición inmediatamente precedente al pacto se beneficia de la Buena Fe, la posible malicia existente en momentos anteriores tiene que haber sido corregida. La Buena Fe ha de acompañar a toda la

vida de la relación laboral debido a que por propia naturaleza la obligación de Buena Fe es constante y continua.

b) Los requisitos de *racionalidad y verosimilitud se reducen a uno*, pues tratándose de un ámbito normativo, como el jurídico, lo que no es racional difícilmente puede resultar legalmente verosímil. Por otra parte la racionalidad se requiere no en la figura de la Buena Fe sino en la actitud de quien practica esa virtud. En efecto, quien en relaciones legales adopta una actitud irracional difícilmente puede hacerlo con rectitud de intenciones. En otras palabras, como dijo Moutón, la Buena Fe ha de tener un fundamento “serio y formal”

c) El requisito de *eficacia jurídica* es evidente puesto que de no ser así carecería de consecuencias legales.

d) Tratándose de relaciones contractuales civiles la *mutua mala fe* equivale a buena fe, es decir se neutraliza. En materia laboral esta doctrina *se matiza por la de la graduación de la mala fe* a que nos referiremos mas abajo y por la distinta posición de las partes en una relación de servicios dependientes.

8. Formas de aplicación

A. Desarrollo directo.- Con cierta frecuencia las normas legales suponen una aplicación directa y específica del imperativo de Buena Fe. Por ejemplo, están en este caso, entre las causas de despido disciplinario, la inclusión de la trasgresión de la Buena Fe contractual recogida en el art. 54 del E.T.

B. Aplicación por implicación normativa.- Incluimos en este supuesto los muchos casos en que la norma no se refiere directamente a la Buena Fe, pero la implica, por ejemplo en el repudio del fraude a la ley y del abuso del derecho o de su ejercicio antisocial. En el curso de este trabajo tendremos ocasión a referirnos a manifestaciones de este proceder normativo. Señalemos desde ahora que, según el Tribunal Supremo, el fraude a la ley se produce cuando se intenta defraudar la finalidad práctica de una norma jurídica (sent. de 12 de noviembre de 1988) y el abuso de derecho si, al amparo de la legislación, se persigue crear situaciones “*contrarias a la realización de la justicia*” (sent. de 2 de mayo de 1984). Es por tanto evidente que ambas figuras implican un apartamiento de los imperativos de la Buena Fe y por tanto que ésta se relaciona con otras figuras, particularmente las recogidas actualmente en los arts. 6 y 7 del Código civil).

9. Efectos

La actuación conforme a la Buena Fe tiene el efecto la regularidad de nuestro proceder *en cuanto al elemento intencional se refiere*. La carencia de Buena Fe tiene efectos muy diversos según las características del acto de que se trate. Podemos sintetizar la siguiente relación de efectos de la mala fe, en materia social:

a) Constituir delito . En materia social estarán en este caso la defraudación grave a la Seguridad Social, la creación de riesgos y el delito social. Antaño la huelga y en general las coaliciones laborales constituyeron delito.

b) Constituir infracción administrativa: las enumeradas en el R.D. Leg. 5/2000.

c) Constituir motivo de despido justificado del trabajador (art. 54 del E.T.).

- d) Constituir falta de menor gravedad del trabajador.
- e) Ser causa de nulidad del contrato (por ejemplo, si el trabajador ha mentado sobre datos esenciales al formular el contrato).
- f) Nulidad relativa (en los supuestos del art.9 del E.T.).
- g) Tendrá efecto novatorio en los supuestos de inclusión por presión de una parte (ordinariamente del empresario) de cláusulas abusivas o en fraude a la ley; por ejemplo, en caso de imposición de un salario inferior al legal.
- h) Originará obligaciones adicionales (por aplicación del art. 1258 del Código civil).
- i) Dará lugar a obligaciones indemnizatorias, por aplicación de la responsabilidad civil clásica, por imperativo de la legislación de Seguridad Social, por imposición del Recargo por falta de prevención, etc.

Estos efectos no se excluyen necesariamente. Es frecuente que un acto malicioso tenga más de un efecto; por ejemplo la sanción por falta de medidas de prevención y la imposición del recargo. La regla de eventual concurrencia de efectos también opera en materia extralaboral, por ejemplo en la responsabilidad civil derivada de delito.

II. SUPUESTOS APLICABLES A AMBAS PARTES DE LA RELACION LABORAL

1. Problema de la prueba

Una doctrina jurisprudencial continuada y clásica ha entendido que la Buena Fe se presume siempre. Consiguientemente, y como pusieron de relieve Albácar y Martín-Granizo, la mala fe ha de probarse; o como dice la sentencia civil del T. Supremo de 29 de marzo de 1960, *“la ausencia de buena fe no se presume nunca”*. En principio y como regla general esta doctrina es plenamente suscribible, por la doble razón de que una cuando menos relativa Buena fe es estadísticamente más frecuente que la mala fe jurídica y sobre todo por las dificultades e inseguridad que originaría la necesidad de probar continuamente nuestra Buena Fe. No obstante, existen comportamientos que de suyo son una prueba de la carencia de Buena Fe, por ejemplo en manifestaciones evidentemente difamatorias (frente a la que procedería en su caso oponer prueba en contrario). Este principio lo ha aplicado la Sala de lo Social de Cataluña (sent. nº 4148 de 31 de mayo de 1999) a los aumentos de cotización relacionados con presuntos incrementos maliciosos de las bases de pensiones de jubilación, matizando la aplicación de la doctrina del T. Supremo (sent. de 8 de abril de 1992) sobre los aumentos de bases de cotización.. La Sala de lo contencioso-administrativo de la antigua R. Audiencia de Granada (sent. de 234 de diciembre del 2003) ha operado en función de lo que pudiéramos llamar presunción indiciaria apreciando infracciones en base a *“acopio de esos datos indiciarios”*.

2. Operatividad

A. Plurivalencia vinculante.- La propia naturaleza de la Buena Fe pide que ésta obligue a todas las partes de la relación laboral, Administración laboral inclusive. El Tribunal Supremo (sentencias de 19 y 27 de junio de 1985) ha consagrado esta plurivalencia señalando que la Buena Fe alcanza a la teoría

general de los cumplimientos contractuales, y que el contrato de trabajo tiene su base más firme en la Buena Fe exigible a empresarios y trabajadores.

B. Ambivalencia operativa. La vulneración del deber de Buena Fe puede ser pasiva (por omisión) o activa (por actuación). En el curso de este trabajo señalaremos diversos supuestos de vulneración activa. La vulneración pasiva se produce por ejemplo, en el empresario si oculta un plus salarial sometido a cotización, o por omisión de medidas de prevención de accidentes (sent. de 22 de abril del 2003 de la Sala de lo Contencioso-administrativo de Extremadura). Ejemplo de vulneración pasiva del trabajador lo constituye no advertir deficiencias que debió comunicar a la empresa (sent. del T. Supremo de 21 de setiembre de 1987).

C. Malicia concurrente.- Ordinariamente los problemas de la Buena Fe se plantean como posibles comportamientos irregulares de una parte de la relación de trabajo respecto de la otra. No obstante caben también acuerdos maliciosos entre empresas y trabajadores. De ahí que el R. D.-Ley de infracciones 5/2000 haya contemplado esta eventualidad. Una de las formas de incurrir en esta vulneración del imperativo de la Buena Fe consiste en incrementar ficticiamente las cotizaciones para dar lugar a aumentos desproporcionados de las pensiones (sentencia de la Sala de lo Social de Cataluña de 16 de octubre de 1995) o formulando contratos simulados para obtener prestaciones indebidas (sent. de la Sala de lo contencioso-administrativo de la misma Región de 23 de diciembre de 1994 y de Castilla y León, Sala de Burgos de 25 de mayo del 2007), por ejemplo facilitando el cobro por desempleo tras un contrato ficticio seguido de cese (sent. de la Sala Social catalana de 22 de abril de 1994).

La doctrina de la Sala de lo contencioso-administrativo de Madrid (sent. de 5 de junio del 2007) admite asimismo la posibilidad de acuerdos maliciosos entre las direcciones de empresas y los representantes de los trabajadores en perjuicio de parte de la plantilla, con la consiguiente acción de los perjudicados para impugnar lo acordado maliciosamente. Efectivamente, la malicia concurrente cabe asimismo en materia colectiva. Ello implica que los trabajadores puedan accionar individualmente incluso contra los Comités que los representan. La legislación sobre convenios introdujo las figuras del dolo, fraude y coacción que son otros tantos atentados contra la Buena Fe. El art. 90,5 del E.T. regula la impugnación de los convenios por conculcación de la legalidad o lesión de los intereses de terceros. Nuestra jurisprudencia admite asimismo la impugnación de los acuerdos maliciosos en Regulación de Empleo (sentencia del T. Supremos Sala de lo Social de 12 de junio del 2006 y del País Vasco de 14 de junio del 2000, entre otras).

3. La Buena Fe en el origen del contrato

La Buena Fe por propia naturaleza ha de presidir el contrato desde su origen, por lo mismo que supone una obligación que alcanza a toda relación jurídica en su plenitud.. Si el origen de un pacto laboral está viciado desde su inicio, por la mala fe empresarial el contrato queda novado y es por tiempo indefinido en virtud del principio de seguridad en el empleo; si la mala fe es del trabajador el contrato está viciado de anulabilidad. Ejemplo de lo acabado de indicar lo ofrece la jurisprudencia referente al contrato de fomento de empleo (sentencias de la Sala

Social de Madrid de 7 de diciembre de 1995 y 7 de julio de 1998 y del T. Supremo de 18 de noviembre de 1996 y 29 de abril de 1998) según la cual el contrato de fomento de empleo, si se le atribuye tal carácter debido a un fraude del empresario, pasa a ser contrato por tiempo indefinido; pero si se celebra debido a un fraude del trabajador, es inmediatamente rescindible.

4. El problema de la graduación de la Buena Fe.

No existe unanimidad de criterio, ni doctrinal, ni jurisprudencial, respecto de si, en materia de trasgresiones de la Buena Fe, caben graduaciones. Este problema es de alcance jurídico general. Tanto en principio, como desde el punto de vista de la legislación positiva, hemos de pronunciarnos a favor de la doctrina gradualista, ya que evidentemente todas las trasgresiones de la Buena Fe no tienen siempre la misma entidad (cuestión de principio) y la legislación no reacciona siempre del mismo modo ante las trasgresiones de la Buena Fe (solución positiva). La regla de graduación la recoge por ejemplo el R.D. Legislativo 5/2000 al clasificar las infracciones en muy graves, graves y leves y subdistinguir entre tres grados de malicia y lo aplica. Aplican esta distinción, analizando y ponderando la calificación y ponderación procedentes, entre otras la sent. de la Sala de lo Contencioso-administrativo de Cataluña, Sección Segunda, de 20 de enero de 1995 y la de Extremadura de 22 de abril del 2006. También opera en la graduación del Recargo por falta de medidas de seguridad entre el 30% y el 50 % que ha permitido sustentar a la jurisprudencia (por todas sent. del T. Supremo de 19 de enero de 1996) que debe aplicarse el importe del Recargo en relación con la gravedad de las faltas. Asimismo se ha planteado en relación con el despido de trabajadores por lo que volveremos sobre ello al tratar de dicha cuestión.

5. El requisito de Buena Fe como integrante de otras figuras jurídicas

A. El abuso de derecho.- La exigencia de Buena Fe y el repudio del abuso del derecho están directamente vinculados. El T. Supremo reiteradamente (sentencias civiles de 26 de abril de 1976 y 16 de febrero de 1987 entre otras) ha venido a considerar que el repudio del abuso del derecho se asienta en la exigencia de Buena Fe. En materia laboral es clásica la doctrina según la cual la reiteración inmotivada de contratos laborales temporales constituye abuso de derecho y transforma tales contratos en indefinidos.

B. La doctrina de los actos propios.- En virtud de esta figura opera la prohibición clásica de ir contra los propios actos. También esta norma está directamente vinculada a la exigencia de Buena Fe en las relaciones humanas en general y jurídicas en particular, aun cuando su fundamento es complejo. La Sala civil del T. Supremo ha vinculado directamente la doctrina de los actos propios con la obligación de Buena fe (entre otras sentencias de 8 de julio de 1981, 11 de mayo de 1988 y 6 de junio de 1992). Una sent. de 21 de setiembre de 1987 especificó que va contra la Buena Fe quien con sus propios actos hizo confiar en otro respecto de algo determinado. Creemos evidente que, en nuestras actuaciones trascendentes, nos auto-vinculamos pues expresamos una manifestación de voluntad. Por otra parte la doctrina de los actos propios constituye una figura de fundamento complejo en que, además de la Buena Fe, concurren otras razones en

su fundamentación. Díez Picazo ha observado que estas dos razones (exigencia de Buen Fe y auto-vinculación) se han invocado para fundamentar la obligación de aceptar las consecuencias de nuestros actos. Gullón adiciona la confianza generada en terceros (lo que en último término también obliga por un imperativo de Buena Fe). A nuestro parecer las tres razones, sin implicarse las dos primeras, son concurrentes, sin bien bastaría cualquiera de las ellas para justificar por sí sola la obligación de estar vinculado por los propios actos. En principio la obligación de respetar las consecuencias de los actos propios afecta a todas las partes de la relación laboral. En la práctica vinculará especialmente al empresario puesto que tiene el poder de mando. La sent. de 16 de febrero de 1988 (Sala Civil) señala otra razón concurrente en la exigencia de actuación concorde con los propios actos: la estabilidad y seguridad en las relaciones jurídicas. Por tal causa la doctrina de los propios actos viene a relacionarse con el principio de seguridad jurídica. Cercana a esta posición es la del Tribunal Constitucional (sent. de 21 de abril de 1988) que vincula la doctrina de los propios actos a la confianza que ha de regir en las relaciones jurídicas

La aplicación de la doctrina de los actos propios en relación con la Buena Fe laboral supone la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) Que un sujeto haya observado, dentro de una relación de trabajo una conducta legalmente vinculante, es decir de creación o modificación de algún derecho o de su expectativa (vistas las sent. de 31 de enero de 1996 y 25 de octubre del 2000) y que por lo tanto sean jurídicamente eficaces (sent. de 31 de octubre de 1984) y causen estado (sent. de 20 de febrero de 1990).

b) Que el mismo sujeto formule posteriormente una pretensión incompatible con la anterior según un principio de Buena Fe; la sentencia de 16 de febrero de 1988 se refiere a la palmaria contradicción entre dos comportamientos de un mismo sujeto.

c) Que la nueva pretensión pertenezca a la esfera dispositiva, pues en materia imperativa procederá estar a lo ordenado por el legislador; tratándose de materia laboral operarán además las reglas de irrenunciabilidad de derechos por parte de los empleados, de respeto en su caso de la condición más beneficiosa y de la irrenunciabilidad de la autoridad laboral por parte del empresario (so pena de desvirtuar la naturaleza del vínculo) y la ostentación del derecho de variar; tampoco se produce el efecto auto-vinculante de los actos propios en esferas en que no opera la autonomía de la voluntad (sentencias de 21 de mayo de 1982 y 6 de junio de 1992) y por lo tanto en los actos del trabajador en que obedece órdenes empresariales o en los del patrono que ejecuta un requerimiento de la Inspección de Trabajo.

d) Que las circunstancias sean las mismas (cuestión trascendente en las relaciones de tracto sucesivo cual las de trabajo).

e) Que la actuación del auto-obligado sea expresión inequívoca de un consentimiento (sents. de 22 de enero de 1997 y 30 de setiembre de 1996).

f) En materia civil se requerirá la identidad de sujetos en la relación en que se exige el respeto de los propios actos. Pero en materia laboral la respuesta es más delicada debido al carácter colectivo de muchas relaciones. Entendemos por consiguiente: 1º Tratándose de actos de la parte patronal, la identidad de sujeto opera incluso si ha variado su representante, pues el primero tenía poder de obligar a la entidad patronal y el sucesor se subroga en los derechos y obligaciones de su predecesor (art. 44 del E.T.).- 2º Asimismo tratándose de la parte patronal,

el vínculo establecido con un trabajador tendrá alcance general si se le atribuyó este carácter o si lo exige la excesivamente rígida norma actual de prohibición de la discriminación.- 3º Tratándose de actos de la parte trabajadora, los vínculos establecidos por un Comité (o en su caso por un Sindicato) obligan a éste como organismo aun cuando varíen sus componentes.- 4º Respecto de ambas partes, la obligación de ser consecuente con los propios actos alcanza a la negociación y relaciones colectivas.

g) Reiterada jurisprudencia civil, cuya doctrina alcanza al ámbito laboral (entre otras sentencias de 16 de junio de 1984, 5 de octubre de 1987 y 20 de febrero de 1990) requiere que se trate de actos que por sus características causen estado o sea que tengan trascendencia legal, creando, negando o modificando derechos (sentencias de 10 de noviembre de 1992 y 17 de noviembre de 1994).

C. Desviación de atribuciones.-La sentencia de 5 de julio de 1985, sustenta en materia civil una tesis extrapolable a los ámbitos laboral y administrativo. Según dicha resolución judicial se vulnera el imperativo de Buena Fe cuando se ejercita un derecho subjetivo con una finalidad económico-social distinta de aquella para la cual el ordenamiento jurídico otorgó la facultad. La generalización de esta tesis pide más precisiones, particularmente en la fijación del derecho ejercitado y de los ámbitos afectados. En todo caso en lo que tiene de suscribible alcanza al abuso de derecho y a la desviación administrativa de poder y por tanto a las eventuales relaciones de la Administración laboral y de Seguridad Social con las partes en los contratos de trabajo. También debería alcanzar a la actuación sindical, al ejercicio del mando empresarial, etc.

D. La Buena Fe en materia punitiva.- Tanto las infracciones penales como las administrativas han de ser cometidas voluntariamente, según admiten pacíficamente los penalistas. Esta tesis es evidentemente extensible a las faltas que puedan cometer los trabajadores en su relación con los empresarios. No obstante así como en general, la Buena Fe se presume siempre, en materia punitiva se presume la conciencia de la irregularidad de nuestro proceder. Entendemos que en ambos casos opera el mismo propósito de alcanzar la seguridad jurídica, aun cuando aplicado a circunstancias distintas. En efecto, si en las relaciones ordinarias tuviéramos que probar continuamente la Buena Fe, las dificultades que ello originaria son evidentes. En cambio en las infracciones estamos ante un hecho que objetivamente parece señalar la mala fe (en propio acto infractor); y de exigir una difícil comprobación adicional de la mala fe del infractor, quebraría el derecho punitivo en lo que tiene de garantía de los derechos del que obra correctamente. Por lo tanto en ambos casos estamos ante el mismo criterio (presumir lo más probable, aparente y menos oneroso, según las circunstancias), pero admitir prueba en contrario (en atención a posibles excepciones). De conformidad con lo acabado de sustentar, la doctrina judicial en materia de faltas tributarias, extrapolable a las cotizaciones en materia de Seguridad Social, corrobora el requisito de inexistencia de infracción en caso de Buena Fe. Así lo han entendido los Tribunales Constitucional (sentencias nº 76 de 26 de abril de 1990 y nº 164 de 20 de junio del 2005) y Supremo (sentencias de 9 de diciembre de 1997 y 16 de marzo del 2002 entre otras). Aplicando esta doctrina, la Sala de lo Contencioso-administrativo de Cataluña, Sección Primera (sent. nº 307 de 27 de marzo de 2008) anuló una sanción tributaria en caso de infidelidad del gestor encargado de

satisfacer los tributos, y la Sala de lo Social de la misma Región (sent. de 28 de octubre de 1992) entendió que no había malicia en un descubierto original imputable al gestor de la empresa. También en materia penal, para apreciar los delitos de defraudación fiscal o a la Seguridad Social, se ha requerido el ánimo infractor (entre otras sentencias de 14 de diciembre de 1989 de la Audiencia Penal de Las Palmas de G. Canaria y sentencias del T. Supremo, Sala Penal de 29 de junio de 1985, 31 de octubre de 1992 y 9 de marzo de 1993) . En otro campo, no cabe sancionar a la empresa cuando un accidente tiene por causa una vulneración de la legislación prevencionista imputable al trabajador (sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de Extremadura nº 400 de 9 de mayo del 2006) .

E. La cláusula “rebus sic stantibus”.- La sentencia civil de 18 de noviembre de 1979 fundamenta la cláusula r.s.s. en la Buena Fe y efectivamente vulnera la idea de Buena Fe tratar de aprovecharse, en perjuicio de la contraparte de un contrato, de un suceso inevitable e imprevisible. No obstante, en materia laboral, entendemos que esta cláusula no es invocable directamente por existir las figuras de los expedientes de Regulación de empleo y de Modificación de condiciones. Donde si operará la Buena Fe es en la fundamentación de dichos expedientes.

F. La temeridad procesal.- Nuestra jurisprudencia ha vinculado la temeridad procesal con la Mala Fe (por todas sentencias de la Sala de lo Social de Cataluña de 25 de setiembre de 1989, y de 28 de mayo de 1999, esta última condenando a la Administración laboral regional) e incluso con las diligencias y trámites administrativos meramente dilatorios (sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del T. Supremo de 22 de enero del 2000) o sea con las llamadas “diligencias argucia”, es decir, las que se practican con un propósito “*puramente dilatorio*”. En la gran mayoría de los casos, actuaciones de esta índole son argucias cuyo trasfondo es efectivamente incompatible con la Buena Fe procesal. En algunas ocasiones la temeridad es fruto de comportamientos culposos, más irresponsables que maliciosos, lo que no quita que sean censurables y sancionables Pero en otras se trata de comportamientos administrativos manifiestamente maliciosos (véanse las sent. de 1 de abril de 1991 de la Sala de lo Contencioso administrativo de Sevilla y la de 14 de junio de 1997 del T. Supremo).

6. La continuidad en la malicia

A. La continuidad como elemento propio de la vulneración de la Buena Fe.- Determinados comportamientos requieren continuidad en la malicia para incurrir en la figura repudiada por el ordenamiento legal. Por ejemplo es el caso del llamado “mobbing” (sentencias de las Salas de lo Social de Cataluña de 7 de noviembre del 2005, Galicia de 12 de setiembre del 2002, Madrid de 18 de junio del 2001, y Castilla y León, Sala de Burgos de 10 de noviembre del 2006). En otros casos no se requiere tal continuidad y bastará un acto único. El requisito de continuidad dependerá consiguientemente de las características del comportamiento concreto.

B. La continuidad como elemento de la malicia.- Asimismo determinados comportamientos, requieran o no continuidad, se producen de modo continuo y

en ocasiones oculto. Es evidente que en tal caso la vulneración de la Buena Fe ha tenido lugar durante todo un determinado periodo y que si, a mayor abundamiento se ha producido tratando de ocultar el comportamiento irregular, su puesta en evidencia requiere una investigación. De ahí que, con plena lógica, el Tribunal Supremo, Sala de lo Social (sentencias de 3 de noviembre de 1988, 20 de octubre de 1990, 15 de abril de 1994 y 2 de setiembre de 1995, entre otras) haya entendido que, en las faltas continuadas, la prescripción se inicia una vez terminado el comportamiento irregular, y en el caso de las ocultas, que el periodo de investigación puede interrumpir la prescripción ya que el pleno conocimiento solo se produce una vez efectuada la investigación en cuestión.

III. SUPUESTOS REFERIDOS AL EMPRESARIO

1. Abuso de nulidad.

A tenor de la doctrina del abuso de nulidad es contrario a la Buena Fe invocar la nulidad de un acto jurídico después de haber iniciado voluntariamente su cumplimiento. En este sentido se han pronunciado las sentencias civiles de 15 de marzo de 1951 y 27 de mayo de 1987. Esta doctrina resulta de aplicación muy limitada en materia laboral: a) Respecto de las obligaciones del trabajador, por cuanto éste siempre puede rescindir el contrato de trabajo y las limitadas responsabilidades derivadas de una rescisión sancionable operan al margen de la doctrina del abuso de nulidad; b) Por lo que se refiere al empresario, los efectos de las nulidades tienen regulación especial y restrictiva en materia laboral (art.9 del E.T.), debiéndose estar a dicha normativa; con todo podría ser operativa si, tras un largo periodo de relación de servicios, el empresario tratara de justificar un despido invocando una nulidad de origen en el contrato de empleo.

La figura del abuso de nulidad la conocen los Códigos francés (art.1340) e italianos de 1865 (art. 1311) y 1942 (arts 590 y 799). El texto francés la trata exclusivamente respecto de la donación y los italianos de la donación y los testamentos. Destacamos que su limitada aplicación en estos derechos no abona la extensión en España a la materia laboral.

2. La dejación aparente (Verwirkung).

La doctrina de la dejación es de origen jurisprudencial alemán, que han recogido algunas sentencias civiles del Tribunal Supremo (sentencias de 21 de mayo de 1982, 21 de setiembre de 1987 y 6 de junio de 1992) y que en todo caso entendemos no es de aplicación al trabajador. Según los partidarios de esta figura, si una persona tiene un comportamiento (especialmente en la dejación de ejercicio de algún derecho) que induce a pensar que no va a formular ciertas exigencias, originando en la otra parte de una relación jurídica las correspondientes expectativas, es contrario a la Buena Fe la exigencia tardía del derecho aparentemente abandonado.

Sobre la aplicabilidad de esta figura en materia laboral hemos de señalar: 1º Las instituciones de la prescripción y la caducidad hacen que esta figura sea de aplicación limitada.-2º La Verwirkung requiere en el titular del derecho un comportamiento que induzca justificadamente a la contraparte que no va a ejercitar la facultad en cuestión, pues solo en este caso operaría la vulneración de

la Buena Fe y por lo tanto, en la medida en que opera es como caso particular de la doctrina de los propios actos.- 3º Las normas sobre irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores hacen que la Verwirkung solo sea aplicable a los trabajadores en la medida en que pueden renunciar o compensar sus derechos.- 4º por tal razón tampoco cabe por esta vía entender que el empresario ha hecho dejación total de su autoridad, ya que ello supondría la novación unilateral del contrato de trabajo transformándolo en un contrato civil de suministro de servicios.- 5º En supuestos concretos es posible opere esta figura respecto de las facultades específicas del empresario, pero la interpretación de cada caso ha de ser altamente restrictiva.- 6º Como veremos más abajo, sin invocar directamente la doctrina de la Verwirkung, la Sala de lo Social del T. Supremo ha aplicado una tesis muy cercada a esta figura cuando ha entendido que las irregularidades del trabajador reiteradamente toleradas por la empresa, no vulneran la Buena Fe salvo previo requerimiento de rectificación de conducta.

3. Responsabilidad administrativa.

La ausencia de mala fe y de negligencia han de liberar de responsabilidad administrativa, pues lo contrario supondría admitir la responsabilidad objetiva en materia sancionador, reiteradamente repudiada por nuestra jurisprudencia (sentencias del T. Constitucional nº 76 de 26 de abril de 1990 y nº 164 de 20 de junio del 2005; del T. Supremo de 17 de octubre de 1989; de las Salas de lo contencioso-administrativo de las antiguas RR. Audiencias de Canarias de 18 de diciembre de 1991, Cataluña de 21 de setiembre de 1994 y 30 de setiembre del 2003 y Navarra de 31 de mayo del 2006, entre otras). En efecto la inexistencia de malicia y negligencia, es decir la plena Buena Fe excluye la razón y justificación de sancionar, dada la finalidad misma del derecho sancionador de inducir a la corrección de conductas. De conformidad con esta orientación, la Sala de lo contencioso-administrativo de Madrid (Sección 3ª) ha levantado la sanción propuesta en Acta de infracción por incumplimiento de la obligación de elaborar Plan de Seguridad en atención a circunstancias que hacían que esta omisión no fuera imputable a la empresa encartada. También, de conformidad con la misma doctrina, la sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo de Cataluña de 17 de julio del 2000 levantó una sanción sobre acumulación de tareas por inexistencia de ánimo fraudulento e intencionalidad infractora. Asimismo el Tribunal Supremo (en sent. de 4 de marzo de 1992, dictada en materia tributaria, pero cuya doctrina es extrapolable a la Seguridad Social) ha entendido que, si una norma es oscura y admite diversas interpretaciones, no cabe sancionar por apartamiento de la interpretación que prevalezca ante la Administración. En el mismo sentido se ha pronunciado la Sala de lo Contencioso-administrativo de Navarra (sent. nº 405 de 31 de mayo del 2006) esta vez en un problema de selección de epígrafes en la cotización de accidentes. Lo mismo han entendido nuestros Juzgadores cuando la empresa ha venido cotizando pacíficamente sin objeciones de la Inspección de Trabajo (véanse las sentencias de 10 de julio de 1998 de la Sala de lo Contencioso-administrativo de Burgos; y de Madrid de 14 de octubre del 2005). La inexistencia de mala fe y consiguiente causa exculpatoria por oscuridad de la norma también ha sido aplicada en materia tributaria (sent. del T. Supremo, Sala de lo Contencioso-

administrativo de 12 de setiembre de 1997 y sent. de La Rioja de 29 de abril de 1991).

4. La Buena Fe en el ejercicio del derecho de variar

Nuestro sistema jurídico autoriza al Jefe de Empresa a introducir variaciones en la prestación del trabajo a condición de que no se trate de variaciones sustanciales, pues en tal caso se precisa autorización administrativa. Pero el concepto mismo de variación sustancial es impreciso y la jurisprudencia (por todas sentencias de 15 de marzo de 1996 del actual T.S.J. de Murcia y de 5 de abril de 1994 del de Madrid) ha tendido a medir la sustancialidad de las condiciones variadas según las circunstancias del caso. De ahí que la sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo de Cataluña de 18 de febrero de 1988 haya considerado que no hay mala fe jurídica en una variación que, por su limitación en el tiempo, no podía considerarse sustancial, lo que supone que con carácter general no vulneran la obligación de Buena Fe aquellas modificaciones en que no cabe apreciar ánimo atentatorio a la obligación de respetar las condiciones esenciales del empleo. En cambio la misma Sala (sent. de 10 de setiembre de 1998) ha apreciado mala fe manifiesta y sancionable en un traslado de puesto de trabajo dirigido a aislar a la trabajadora afectada por el cambio.

5. La Buena Fe en el empleo de extranjeros

El empleo de extranjeros está sometido al requisito de previa autorización administrativa, garantía mínima para prevenir una invasión laboral de sujetos poco deseables. Ello supondría en principio que, al proponerse emplear a un extranjero, el empresario ha de esperar la concesión del permiso antes de proceder a la efectividad del empleo. No obstante, la tardanza frecuente en la tramitación de los permisos puede originar periodos de espera incompatibles con el ritmo funcional de las empresas. De ahí que, en caso de dar de alta en la Seguridad Social a un trabajador cuyo permiso laboral está en trámite, las sentencias de 20 de febrero y 19 de abril, ambas del 2002 de la Sala de lo contencioso-administrativo de Cataluña (Sección 2ª) hayan considerado que en tal caso el empresario actúa de Buena Fe, anulando la multa impuesta por utilizar un trabajador extranjero sin permiso, o más exactamente con permiso en trámite. Asimismo el Tribunal Supremo (sentencias de 17 de octubre de 1989 y 1 de diciembre de 1989) ha exonerado de responsabilidad en esta materia al empresario cuando la falta es exclusivamente imputable al trabajador. De suyo esta doctrina es suscribible, si bien la ausencia o no de Buena Fe deberá analizarse en cada supuesto en función de las circunstancias del caso; de lo contrario bastaría dar de alta en la Seguridad Social para obviar la obligación de conseguir el permiso..

6. La mala fe indirecta

El Tribunal Supremo (sentencias de la Sala Social de 18 de febrero de 1994 y 1 de junio de 1999) ha entendido que cabe efectuar actos directamente legales persiguiendo indirectamente un fin ilícito, por ejemplo en materia discriminatoria. Ello supone una mala fe indirecta. Aun cuando los casos en que se ha aplicado esta

doctrina son discutibles (se trataba de pretendida discriminación por razón del sexo), en si mismo el principio es plenamente suscribible por cuanto lo que importa principalmente, a efectos de buena o mala fe, es el fin último perseguido.

7. Concurrencia de figuras legales

A. Interrogatorios de la Inspección de Trabajo.-En caso de concurrencia de normas cuyos efectos son contradictorios se plantea el problema de determinar la norma preferente y de cómo opera la Buena Fe en función de esa preferencia. Un caso importante respecto de esta figura lo constituye la eventual negativa a suministrar información al ser interrogado por la Inspección de Trabajo pues, de una parte, la negativa a informar puede considerarse obstrucción, visto el art. 50 del R.D.Leg. 5/2000 (que sanciona la omisión del deber de colaboración con la Inspección, así como los actos que dificulten la labor inspectora) y por otra la Constitución vigente (art. 24) reconoce el derecho a no declarar en contra propia. La sentencia de 2 de mayo de 1996 de la Sala de lo contencioso-administrativo de Cataluña (Sección segunda) ha dado preferencia al derecho a no declarar en contra propia, en un supuesto en que tal negativa se interpretó por la Administración laboral como agravante de la sanción al considerarlo indicio de mala fe. En efecto, reconociendo, con carácter general, una obligación de colaborar con los organismos dedicados a atender a los intereses comunes de nuestro País, es evidente que este deber no puede llegar a constituir un deber de auto declaración de culpabilidad y que la auto-defensa mediante el silencio difícilmente puede considerarse contraria a la obligación de Buena Fe. En cambio la sentencia de la misma Sala de 3 de diciembre de 1992, apreció la procedencia de una sanción por obstrucción a un empresario que se negó a proporcionar un dato objetivo (el DNI de un trabajador); pero en este caso no se trataba de un reconocimiento de la propia malicia.

B. Sucesión injustificada de contratos especiales.- Podemos considerar clásica la doctrina del T. Supremo que consideró contratos por tiempo indefinido los de carácter temporal sucesivos sin justificación de la causa de temporalidad, pues la mala fe objetiva de tal proceder es manifiesta. La misma doctrina ha recogido la sent. de 18 de mayo del 2007 de la Sala de lo contencioso-administrativo de Madrid. También la Sala de lo Social de Cataluña (sent. de 5 de marzo de 1992) ha aplicado la misma doctrina en el caso de contratos de formación que suceden a un contrato de lanzamiento en virtud del cual ya se formó al trabajador. La misma Sala (sent. de 12 de diciembre de 1996) ha extendido esta doctrina al caso de dos empresas que solo formalmente pertenecen a personas distintas y que formulan contratos temporales a un mismo trabajador alternativamente en una y otra empresa. Se trata por lo tanto de casos en que el fraude a la ley es manifiesto.

C. El problema de la garantía de Buena Fe.- Los Tribunales no han tenido siempre el mismo criterio sobre los efectos de las altas tardías en materia de Seguridad Social; como ejemplo de esas discrepancias nos remitimos a las sentencias de las Salas de lo Social de Extremadura de 8 de marzo del 2004 y de la Ciudad y Reino de Valencia de 12 de abril del 2005. El T. Supremo (sent. de 18 de enero del 2007) se ha inclinado precisamente por una postura restrictiva en

nombre de que abrir la mano facilitaría los comportamiento de empresarios maliciosos.

IV. SUPUESTOS REFERIDOS AL TRABAJADOR

1. Alcance de la obligación de Buena Fe

A. La Buena Fe y su relación con el fraude, la deslealtad y el abuso de confianza.-La Ley de Contrato de Trabajo de 1944 en lugar de incluir la vulneración de la Buena Fe como causa de despido contemplaba el fraude la deslealtad y el abuso de confianza (art.77) que desaparece en el Estatuto de los Trabajadores (art. 54), donde en cambio se consigna la referencia directa a la obligación de Buen Fe. No obstante la Sala de lo Social del T. Supremo (sentencia de 21 de diciembre de 1987) ha incluido el fraude, la deslealtad y el abuso de confianza entre los incumplimientos de la obligación de Buena Fe lo que por otra parte es evidente, dada la naturaleza de la Buena Fe.. Asimismo la sent. de la Sala Social de Málaga de 13 de noviembre de 1999 ha considerado que la vulneración de "*los deberes de fidelidad y lealtad*", infringen la obligación de Buena Fe, con lo cual llegamos a resultados muy similares a los contemplados en la Ley de Contrato de Trabajo de 1944. En concreto la Sala de lo Social de Cataluña (sent. de 15 de mayo de 1991) ha entendido que concurre el requisito de vulneración de la Buena Fe en un empleado que trata de robar a un cliente de su empresa, pues en tal caso existe plena conciencia de la irregularidad del propio proceder.

B. La Buena Fe y la tolerancia empresarial.- En caso de una conducta irregular reiterada, pero manifiestamente tolerada, la Sala de lo Social del T. Supremo ha considerado que no hay vulneración de la Buena Fe salvo que se de previa advertencia requiriendo la rectificación de la conducta (sentencias de 20 de julio de 1988 y 2 de enero de 1991) . En el fondo esta solución jurisprudencial está muy cerca de la doctrina de la Verwirkung, aun cuando no la invoque.

C. El aseguramiento de la Buena Fe y la concurrencia de otros valores sociales.- Cuando el aseguramiento de la Buena Fe entra en colisión con otros valores jurídico-sociales surge necesariamente el problema del concepto prevalente. Por ejemplo, en caso de vigilancia de la conducta de un trabajador se plantea el problema del alcance del derecho a la intimidad. La sentencia de la Sala de lo Social de Cataluña de 19 de julio de 1989 ha concluido que la vigilancia del proceder de un trabajador es lícita cuando no existe otro medio de verificar la Buena Fe de su conducta , lo que implica optar por una ponderación casuística en función de las circunstancias del caso.

2. La vulneración de la Buena Fe como falta laboral

A. La competencia desleal.- Entre los comportamientos que atentan a la Buena Fe laboral figura la competencia desleal del trabajador respecto de su patrono. El Tribunal Supremo (sentencias de 8 de junio de 1987 y 26 de enero de 1988) ha especificado que esta irregularidad consiste en realizar tareas de la misma actividad para un segundo empresario sin consentimiento del primero. El

mismo Tribunal (sentencias de 7 de octubre de 1988 y 5 de junio de 1990) ha especificado que para que se produzca este atentado a la Buena Fe no se requiere perjuicio real al empresario afectado, que basta el, perjuicio potencial, pues tratándose de la figura de la Buena Fe, el art. 54 del E.T. no requiere la concurrencia de un perjuicio. En efecto un comportamiento malicioso genera de suyo una desconfianza justificativa de la rotura de la relación de servicios.

También ha especificado el T. Supremo (sentencias de 2 de julio de 1985 y 7 de marzo de 1990) que la competencia desleal puede efectuarse tanto sirviendo a otros empresarios como actuando en interés propio.

B. El abuso de confianza.- Este comportamiento irregular evidentemente vulnera la obligación de Buena Fe. Así lo señaló la sentencia de la Sala de lo Social de Málaga de 8 de noviembre de 1999, especificando que entendía que constituye abuso de confianza en un empleado bancario las practicas “heterodoxas” incompatibles con la Buen Fe contractual.

C. La Buena Fe y la libertad de información.- Nuestra legislación reconoce el derecho a emitir información y exponer sus puntos de vista a ambas partes de la relación de trabajo y específicamente a los trabajadores y sus organismos representativos. De suyo esta libertad la amparan las más diversas doctrinas ya que estamos ante una manifestación de la necesidad humana de exponer los propios criterios.. El problema esencial no lo plantea este derecho en si, sino los límites de su ejercicio y su relación con otros derechos y obligaciones por ejemplo la Buena Fe contractual. A estos efectos la Sala de lo Social de la antigua R. Audiencia de Canarias (sent. de 1 de junio de 2001) entendió justificado el despido de un Presidente de Comité de empresa del Ramo de Hostelería que, en una situación de conflictividad, envió escritos a la clientela en que no se limitaba a exponer y defender su postura, sino que llegaba a aconsejar se dirigieran a otros lugares. No obstante el Tribunal Constitucional (sent. nº 198 de 15 de noviembre del 2004) entendió improcedente la sanción, lo que implica dar prioridad al derecho a exponer la propia postura sobre la Buen Fe contractual. Es de advertir que la Sala de lo Social de Madrid (sent. de 5 de octubre de 1995) había considerado malicioso el comportamiento de un trabajador que formuló manifestaciones injuriosas para con sus superiores y que en este caso el Tribunal Constitucional (sent. 204 de 25 de noviembre de 1997) entendió que la libertad de expresión no es libertad de insulto, denegando el amparo. En cambio la Sala de lo Social de Canarias (sent. de 30 de setiembre de 1993) había considerado maliciosas las manifestaciones vertidas por un futbolista, pero el T. Constitucional (sent. nº 6 de 10 de enero de 1995) las calificó de mera discrepancia en el tratamiento recibido en el desenvolvimiento de su relación contractual. Cuando el problema de la libertad de manifestación e información se ha planteado como derecho sindical, algunos Tribunales han tendido a ser mas benévolo para con las expresiones inadecuadas (por todas sent. de la Sala de lo Social de Madrid de 23 de julio del 2003). No obstante el T. Supremo (sent. de 20 de abril del 2005), ha adoptado una postura algo más severa.

D. Actividades incompatibles con la situación de incapacidad temporal.- La ejecución de actividades incompatibles con el estado de incapacidad

temporal, por ejemplo cargar camiones, alarga el periodo de invalidez y consiguientemente, según la sentencia de la Sala del Social de Cataluña de 4 de diciembre de 1996, supone un comportamiento “en trasgresión de la buena fe contractual” justificativo del despido.

E. Las prácticas homosexuales durante la jornada laboral.- Ante un despido imputando practicas homosexuales durante la jornada de trabajo, se planteó el problema de su licitud en nombre de la libertad sexual. Planteada la cuestión ante la Sala de lo Social de Madrid, ésta, mediante sentencia de 6 de noviembre de 1989, sustentó que sin negar el derecho a la libertad sexual, las prácticas homosexuales durante la jornada en que es imperativo desarrollar una actividad productiva, constituyen una patente vulneración de la Buena Fe contractual. Sin entrar en este trabajo sobre el problema del trato que “de lege ferenda” merece la homosexualidad (materia en que nuestro punto de vista difiere ampliamente del legislador), es evidente que las prácticas sexuales, cualquiera que fuere su naturaleza, durante el tiempo de trabajo constituyen un incumplimiento evidente de la obligación de desarrollar la actividad laboral y por tanto son sancionables por vulnerar la obligación de buena fe, demás de vulnerar la de desarrollar el trabajo ordinario encomendado.

3. La graduación de la trasgresión de la Buena Fe

A. La doctrina gradualista.- La jurisprudencia, principalmente al tratar del despido, ha variado respecto del problema de si, en la vulneración de la Buena Fe, caben o no graduaciones. Han sustentado que la trasgresión de la Buena Fe no admite graduaciones por cuanto da lugar a una radical pérdida de confianza las Salas de lo Social del T. Supremo (sents. de 26 de enero de 1987 y 8 de febrero de 1991), Cantabria (sent. de 28 de agosto de 1996), Cataluña (sent. de 18 de junio de 1998) y Granada (sent. de 31 de julio de 1998). Han aplicado el sistema gradualista, concorde con el principio de proporcionalidad el T. Supremo (sents. de 18 de julio de 1990 y 26 de febrero de 1991), y las Salas de lo Social de Aragón (sent. de 26 de enero de 1994), Málaga (sent. de 14 de octubre de 1996) y Navarra (sent. De 27 de setiembre de 1996).

A nuestro parecer, como principio general, hemos suscribir la tesis gradualista, pues es evidente que en la mala fe caben grados. Tanto en su dimensión moral (no todas las infracciones morales son equiparables) como en la jurídica. Prueba de ello es que tanto el Código Penal como el R.D.Leg. 5/2000 sobre infracciones laborales gradúan la gravedad de las diversas vulneraciones del ordenamiento legal. Ahora bien, en el caso concreto del despido, una vulneración relativamente leve de la obligación de Buena Fe puede ser suficiente para originar una incompatibilidad con la prestación de servicios. Concretar esta eventualidad depende de las circunstancias del caso y no se puede formular al respecto una afirmación apriorística de alcance general. La tesis de la graduación ha llevado a fijar circunstancias agravantes. La Sala de lo Social del T. Supremo ha fijado las siguientes: 1º La categoría profesional del interesado y confianza propia del cargo (sent. de 24 de abril de 1988).- 2º Ocupación de puestos que permiten manejar fondos (sent. de 15 de octubre de 1985).- 3º Desempeño de puestos en que es difícil al empresario controlar la actividad del empleado (sent. de 30 de octubre de 1989).

B. La graduación de la responsabilidad indemnizatoria.- En materia civil, la causación de daños por negligencia da lugar al deber de indemnizar. En materia laboral la jurisprudencia ha introducido una matización cuando se trata de daños causados por el trabajador a su empresario (sentencias del T. Supremo de 14 de noviembre del 207 y de la Sala de lo Social de Valladolid de 3 de noviembre del 2006), pues ha corregido la negligencia en función del grado de temeridad, entendiendo que un daño causado por el trabajador sin especial malicia forma parte de los riesgos de empresa y que este solo ha de indemnizar si actúa con mala fe o negligencia temeraria.

C. Graduación de las faltas.- El Tribunal Supremo ha graduado la vulneración de la Buena Fe en lo que a las faltas de los trabajadores se refiere. Así, ha considerado que la trasgresión de los deberes de fidelidad y lealtad requiere, para justificar un despido, una conducta que suponga plena conciencia de la vulneración de ese deber (sentencia de 24 de febrero de 1989, entre otras) y que la desobediencia sea grave y trascendente (sentencias de 18 de marzo de 1985, de 6 de abril de 1990 y de 6 de mayo de 1992).

D. El sujeto activo de la graduación.- Suponiendo que se acredite que un trabajador ha incurrido en infracción muy grave de la Buena Fe, subsiste el problema de si la ponderación de la sanción (despido o una sanción menor) compete exclusivamente al empresario o los Tribunales la pueden moderar. Es cuestión evidentemente polémica en que la jurisprudencia del antiguo Tribunal Central se inclinó por entender se trata de una facultad exclusiva empresarial (sentencias de 26 de junio de 1985 y 21 de setiembre de 1988). Pero el Constitucional (sent. nº 96 de 29 de mayo de 1989) y el Supremo (sentencias de 28 de enero de 1984, 5 de diciembre de 1988 y 15 de octubre de 1999) han adoptado la tesis contraria. De suyo, si los Tribunales tuvieran un conocimiento pleno y real de lo sucedido en cada caso, su facultad revisoría sería una garantía de justicia efectiva. Pero cuando no se da esta circunstancia, esa facultad encierra el riesgo de distorsionar la necesaria disciplina empresarial.

E. La agravación en función de las circunstancias.- El trabajador actúa sometido a la autoridad y supervisión patronal. Ahora bien existen actividades en que la *supervisión directa es difícil*, por ejemplo en casos de desplazamiento. De ahí que el Tribunal Supremo (sent. de 11 de julio de 1989) haya considerado que se agrava la culpabilidad cuando el trabajador vulnera la obligación de Buena Fe prevaleándose de la dificultad de supervisión; por ejemplo en el cobro injustificado de dietas.

F. La calificación en función de las circunstancias.- La obligación de Buena Fe ha sido relacionada con el *derecho de indemnidad*. En virtud del mismo, el trabajador ha de estar amparado frente a represalias por ejercer sus derechos (entre otras, sentencias del T. Constitucional nº 196 de 24 de julio del 2000 y nº 5 de 2º de enero del 2003). De ahí que en principio no se le pueda sancionar por fotocopiar un dato de la empresa que precisa para ejercer su derecho; pero en cambio si se le puede sancionar por efectuar esta operación con el único propósito

de perjudicar a la empresa (sentencia de la Sala de lo Social de Cataluña nº 8533 de 9 de noviembre del 2005), pues en este caso es un acto de mala fe.

4. La prueba de honestidad

La prueba de honestidad consiste en facilitar aparentemente al trabajador la comisión de un acto contrario a la Buena Fe (ordinariamente facilitarle coger algún dinero) para comprobar su moralidad. A favor de esta prueba se alega la necesidad de comprobar la moralidad del empleado, En contra se alega la doctrina del delito provocado y se imputa un atentado a la dignidad del trabajador. Creemos que ninguna de ambas objeciones es válida. No hay delito provocado por cuanto no hay inducción a delinquir (pues nadie aconseja el robo) lo que si hay es una facilitación de una opción aparente entre un comportamiento conforme a la Buena Fe y otro malicioso; pero sin inducción a la opción por este último. Menos estamos ante un atentado a la dignidad, pues en nada el trabajador honesto se ve obligado a cometer actos indignos; al contrario la prueba se dirige a comprobar que el trabajador opta por un comportamiento correcto. Esto no obstante la Sala de lo Social de Cataluña ha tendido a una aceptación restrictiva de este prueba (véase la sent. 5282 de 31 de julio del 2003).