

TRABAJO EFECTUADO POR:

JOSÉ LUIS GIL Y GIL

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.
Universidad de Alcalá de Henares.*

2.º Premio Estudios Financieros 1996.

Modalidad: *Derecho del Trabajo y Seguridad Social.*

Sumario:

- I. Introducción.
- II. Buena fe y moralización del contrato de trabajo.
 - 1. El principio de la buena fe.
 - 1.1. La buena fe como cláusula general.
 - 1.2. La buena fe como principio general del Derecho.
 - 2. Funciones de la buena fe.
- III. Deberes que impone la buena fe en el contrato de trabajo.
 - 1. Deber de cooperación.
 - 1.1. Rectitud en la formación del contrato.
 - 1.2. Deberes de información.
 - 1.3. Deber de ejecución útil de la prestación.
 - 1.4. Obligaciones de no hacer.
 - 2. Deber de razonabilidad.
 - 2.1. *Venire contra factum proprium*.
 - 2.2. Retraso desleal.
 - 2.3. Razonabilidad en el ejercicio de los poderes empresariales.
 - 2.4. Razonabilidad en el ejercicio de los derechos por parte del trabajador.

Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

1. El principio de la buena fe se halla muy vinculado al de la confianza, que constituye la base esencial de todas las relaciones humanas (LARENZ, 1958: 142) (1). El principio de la buena fe obliga a mantener la confianza despertada de modo imputable, esto es, aquella que se suscita cuando se sabía o debía saberse que el otro iba a confiar; pero el principio de la buena fe va más allá, al postular un respeto recíproco así en el ejercicio de los derechos como en el cumplimiento de las obligaciones, y al exigir el comportamiento que puede esperarse entre las personas que intervienen honestamente en el tráfico (LARENZ, 1985: 96).

La jurisprudencia y la doctrina están llamadas a concretar caso por caso el contenido de la buena fe, tarea en la cual conviene tener presentes dos indicaciones que realiza LARENZ (1985: 97). En primer lugar, la cláusula general no es una «fórmula vacía», en la que cada cual pueda introducir lo que le venga en gana; antes bien, «tiene un contenido, aunque no esté precisamente perfilada y no posea la forma de una definición»; los principios poseen una función negativa, que consiste en la exclusión de los valores contrapuestos y de las normas que descansan sobre estos valores, y hay muchos casos en que todos estarían de acuerdo en que una conducta determinada ha vulnerado las exigencias de la buena fe; por eso, la doctrina y la jurisprudencia pueden colaborar en la tarea de concreción de la cláusula general de buena fe, mediante la identificación de casos ejemplares como el *venire contra factum proprium*. En segundo lugar, y precisamente porque no hay una definición,

(1) La jurisprudencia alude a la vinculación de las nociones de buena fe y confianza. *Vid.*, al respecto, las SSTs, 1.ª, de 9 de mayo de 1984 (Ar. 2403), 7 de enero de 1985 (Ar. 340) y 13 de abril de 1982 (Ar. 1947).

no puede llevarse a cabo una subsunción: «la buena fe no es un concepto, es un principio, formulado con la forma exterior de una regla de derecho, que no es adecuado para que se realice una aplicación inmediata en cada caso particular, porque está necesitado de concreción». La concreción se lleva a cabo paso a paso. En palabras de WIEACKER (1956: 40), la aplicación de una cláusula general «contribuye a la creación del Derecho futuro, de la misma manera que cada golpe de aguja a la formación del tejido: traza una línea cuya dirección no puede establecerse previamente».

2. En el contrato de trabajo, se da lo que podríamos denominar una «cooperación antagonista» (CARBONNIER) o una cooperación conflictiva.

Tras la Constitución Española y el Estatuto de los Trabajadores (ET), que reconocen la existencia del conflicto y recalcan la lógica patrimonial del contrato de trabajo, carece de apoyo normativo la exigencia de un deber de fidelidad o lealtad en la relación laboral (2). Como se sabe, el concepto de lealtad a la empresa se empleó, durante la etapa franquista, para extender desmesuradamente el ámbito de las obligaciones laborales del trabajador (MARTÍN VALVERDE, 1978: 66 ss.; VALDÉS DAL-RÉ, 1992: 28). Dicha concepción no es compatible con un modelo democrático de relaciones laborales. Así pues, tras el cambio normativo y la derogación de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT), no hay razón alguna para confundir la cooperación a que obliga la buena fe, con la sujeción personal -derivada del deber de fidelidad- propia de los vínculos comunitarios (3).

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que «no cabe defender la existencia de un genérico deber de lealtad con un significado de sujeción indiferenciada del trabajador al interés empresarial, pues ello no se ajusta al sistema constitucional de relaciones laborales y aparece contradicho por la propia existencia del conflicto cuya legitimidad general ampara el texto constitucional» (4).

(2) La doctrina distingue las nociones de buenas costumbres, buena fe y fidelidad. En palabras de LARENZ (1958: 145), las buenas costumbres «se refieren únicamente a las exigencias mínimas que se derivan naturalmente de la condición social del hombre y exigen su observancia en cualquier situación, mientras los requisitos de la buena fe sobrepasan esa medida, precisamente porque presuponen una vinculación especial y una determinada confianza de las personas que intervienen». LARENZ (1958: 145, nota 5) cita a HUECK, para quien «las buenas costumbres dan la medida de la conducta que ha de observarse frente al completamente extraño; la buena fe es de observar frente a todo el que interviene en una relación jurídica concreta, conectado a ella mediante la iniciación de negociaciones contractuales o a través del ejercicio de un derecho». LARENZ (1958: 145, nota 5) se adhiere también a HUECK, al sostener que los deberes de fidelidad, «que aún exigen más que la buena fe (a saber: el sacrificio pleno de la persona), no tienen lugar en toda vinculación jurídica especial, sino fundamentalmente sólo en una relación de comunidad propiamente dicha (de carácter "jurídico personal")».

La lealtad puede considerarse, en general, como un sinónimo de la fidelidad, aunque la terminología varía según los autores. Por ejemplo, en Francia se halla muy extendido, en la doctrina laboral, el término de *Loyauté* (PICOD, 1989; CORRIGNAN-CARSIN, 1995).

(3) El paso de la lealtad a la buena fe contractual lo percibe, con claridad, la STS de 8 de mayo de 1984 (*Rel. Lab.*, 1985, I, pág. 605), que enjuicia la incitación al incumplimiento contractual llevada a cabo, como medida de presión colectiva, por un representante de los trabajadores. Luego de mencionar los artículos 7 y 1.258 del Código civil, la sentencia precisa que la buena fe «supone obrar de acuerdo con las reglas naturales y de rectitud conforme a los criterios morales y sociales imperantes en cada momento histórico». *Vid.* la breve, pero sugestiva, nota de redacción que la revista *Rel. Lab.* consagra a esta sentencia.

(4) Sentencias 120/1983, de 15 de diciembre, y 2/1996, de 16 de enero.

También la STS de 13 de diciembre de 1992 (Ar. del 93 n. 1148) constata la supresión en el ET del deber de fidelidad que imponía el artículo 70 LCT, y señala que «la fidelidad implica una fe y entrega que la propia dignidad humana la orienta hacia ámbitos en los que reina la libertad y están abiertos a la reciprocidad y no hacia relaciones como la laboral en que los valores que la deben orientar son más la rectitud, la honradez y buena fe» (5).

Por eso, la exigencia de la buena fe en el contrato de trabajo -a que se refieren los arts. 5 a), 20.2 y 54.2 d) ET- supone una aplicación de lo que prevén, con carácter general, los artículos 7.1 y 1.258 del Código civil para el conjunto de las obligaciones (RODRÍGUEZ-SAÑUDO, 1990: 526) (6).

3. Debe resaltarse, por otro lado, que la buena fe genera deberes recíprocos. Trabajadores y empresarios deben cumplir sus obligaciones y ejercer sus facultades, derechos y poderes de acuerdo con la buena fe contractual.

Si bien es cierto que, en épocas pasadas, la noción de buena fe se utilizó casi exclusivamente para dilatar las obligaciones del trabajador, hoy en día se ha convertido en un instrumento eficaz de protección de los intereses de los trabajadores.

Cabe citar, en este sentido, la evolución reciente de los derechos italiano y francés. En Italia, y a partir de la sentencia de la Casación de 2 de noviembre de 1979 (7), la jurisprudencia usa de forma creciente el principio de la buena fe para controlar los poderes privados. En Francia, la sentencia de la Corte de Casación de 25 de febrero de 1992 (8) observa que «el empresario, que ha de ejecutar de buena fe el contrato de trabajo, tiene el deber de adaptar los trabajadores a la evolución de sus empleos». En ambos países, la doctrina ha multiplicado sus esfuerzos para dotar a la buena fe de un alcance real y acorde con la evolución contemporánea del derecho de contratos.

Así pues, en la actualidad la buena fe no es tan sólo un «instrumento de sumisión»; es también un «instrumento de información, de cooperación, de adaptación» (CORRIGNAN-CARSIN, 1995: 127).

(5) Con todo, no siempre distingue la jurisprudencia con claridad las nociones de buena fe y fidelidad. En las SSTs de 26 de enero de 1987 y 27 de diciembre de 1987 (Ar. 9042), se indica que «el deber de mutua fidelidad entre empresario y trabajador es una exigencia de comportamiento ético jurídicamente protegido y exigible en el ámbito contractual», y que «la deslealtad implica siempre una conducta totalmente contraria a la que habitualmente ha de observar el trabajador respecto de la empresa, como consecuencia del postulado de la fidelidad». Igual confusión entre la fidelidad y la buena fe aparece en TS, 21 de enero y 22 de mayo de 1986, Ar. 312 y 2609; TSJ de Madrid, 8 de enero de 1991, Ar. 716; TSJ de Asturias, 22 de mayo de 1992, Ar. 2506, y TSJ de Andalucía (Málaga), 10 de diciembre de 1993, Ar. 5161.

(6) Vid. la STCT de 16 de junio de 1983 (Ar. 5734).

(7) *For. it.*, 1980, I, pág. 440.

(8) *Bull. civ.*, V, núm. 122, pág. 74; *D.*, 1992, pág. 390, con nota de M. DEFOSSEZ; *D.*, 1992, somm., pág. 294, con observaciones de A. LYON-CAEN; *JCP*, 1992, I, 3610, núm. 8, con observaciones de D. GATUMEL; *Rev. trim. dr. civ.*, 1992, pág. 761, con observaciones de J. MESTRE.

El presente artículo analiza hasta qué punto nuestro ordenamiento se sitúa en esa línea de tendencia. Para ello, se estudia en primer término la buena fe como vía de moralización del contrato de trabajo (II) y, en segundo lugar, se tratan los deberes que impone la buena fe en el contrato de trabajo (III).

II. BUENA FE Y MORALIZACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

4. Mediante la cláusula general de la buena fe, se produce una moralización del contrato y una irrupción de la ética en el derecho.

Ya RIPERT (1949: 157) indicó que la buena fe es uno de los medios que utilizan el legislador y los tribunales para hacer penetrar la regla moral en el derecho positivo. En nuestro derecho, subrayan la misma idea DE CASTRO (1967: 16) y DÍEZ-PICAZO (1993: 48 ss.).

La ética que irrumpe en el derecho, al utilizar la buena fe, no es una ética material-normativa, de validez universal y carácter atemporal; es, por el contrario, una «ética práctica», una ética jurídica. La definición de esa ética no es, pues, un asunto de las convicciones o concepciones que imperan en una comunidad histórica, sino un asunto de la clase de los juristas (WIEACKER, 1956: 34 ss.).

5. En nuestro derecho, y como ha tenido ocasión de recordar la jurisprudencia (9), la exposición de motivos del Título Preliminar del Código civil aludía a la «irrupción de la ética» en el campo de las relaciones jurídicas.

En numerosas ocasiones, la jurisprudencia social ha destacado el entronque de la buena fe con la moral (10). En este sentido, la STS de 22 de mayo de 1986 (Ar. 2609), seguida por otras muchas, indica que la buena fe «impone un comportamiento arreglado a valoraciones éticas». De igual modo,

(9) *Vid.*, en este sentido, TS, 1.ª, 9 de mayo de 1984, Ar. 2403, para la cual el influjo de la ética «ha de ser mantenido e incluso reforzado a la vista de los principios supraleales consagrados en nuestra Constitución de 1978: artículo 1.º, con su referencia al valor "justicia", y décimo, que consagra y obliga al "respeto del derecho de los demás"».

(10) También ha hecho lo propio la Sala de lo Civil del TS. Así, por ejemplo, TS, 1.ª, 6 de junio de 1991, Ar. 4421, observa que «...por buena fe, en el ejercicio de los derechos, conforme doctrina reiterada de esta Sala, ha de entenderse la adecuación de las conductas a las exigencias imperativas éticas clamadas por la conciencia social, en lugar y momento histórico determinado...». En parecidos términos, TS, 1.ª, 4 de marzo de 1985 (Ar. 1107) y de 5 de julio de 1989 (Ar. 5399), aducen que la buena fe exige acomodar el ejercicio de los derechos «a los imperativos éticos exigidos por la conciencia social y jurídica de un momento histórico determinado, imperativo inmanente en el ordenamiento positivo». Por su parte, TS, 1.ª, 6 de febrero de 1987, Ar. 685, dice que la buena fe es un «límite ético del ejercicio de los derechos». En fin, TS, 1.ª, 8 de julio de 1981, Ar. 3053, y 21 de septiembre de 1987, Ar. 6186, señalan que la buena fe en su sentido objetivo es «una norma que en su profundo sentido obliga a la exigencia, en el ejercicio de los derechos, de una conducta ética significada por los valores de la honradez, lealtad, justo reparto de la propia responsabilidad y atemimiento a las consecuencias que todo acto consciente y libre pueda provocar ni el ámbito de la confianza ajena».

se ha dicho que la buena fe «supone un enlace entre la ética social vigente y el Derecho, y se basa en la consideración de que no es posible una convivencia pacífica y próspera de personas en una comunidad sin que la confianza no sea defraudada» (11).

1. El principio de la buena fe.

1.1. La buena fe como cláusula general.

6. En los artículos 7.1 y 1.258 del Código civil (12), el legislador emplea una técnica similar a la propia del parágrafo 242 del BGB o del artículo 1.375 del *Codice civile*. La buena fe es, en tales artículos, una cláusula general.

Mucho se ha escrito en los últimos años sobre las cláusulas generales, en especial en Alemania e Italia. Aun así, la doctrina no se ha puesto aún de acuerdo sobre el significado y alcance que haya de atribuirse a las mismas (13).

-
- (11) SSTSJ de La Rioja de 3 de diciembre de 1990 (Ar. 2252), 18 de marzo de 1991 (Ar. 1799), 11 de noviembre de 1992 (Ar. 5409), 8 de febrero de 1993 (Ar. 638), 12 de mayo de 1993 (Ar. 2322), 30 de noviembre de 1993 (Ar. 4725) y 16 de febrero de 1995 (Ar. 531). La STSJ de La Rioja de 24 de abril de 1992 (Ar. 1847) señala que el principio de la buena fe aparece proclamado y consagrado por el artículo 7.1 del Código civil, «en clara referencia a un entroncamiento de la ética con el Derecho o una irrupción de la ética social en el orden jurídico, pero en forma de mandato, estableciendo un postulado de ética social, un deber de comportamiento conforme a la moral social imperante vigente, tal y como entienden tratadistas del orden civil»; y añade que «el principio de la buena fe se basa en la consideración de que una convivencia pacífica y próspera de personas en una comunidad no es posible sin que la confianza no sea defraudada, es decir, el imperativo de no defraudar la confianza dispensada y exigida halla su expresión en la exigencia de observar la buena fe y adquiere el rango y categoría de principio general, con incidencia en el ejercicio de los derechos subjetivos y en aspectos diversos del tráfico jurídico».
- (12) A partir de la Sentencia de 8 de abril de 1981 (Ar. 3053), la Sala de lo Civil del TS destaca que la buena fe a que se refieren los artículos 7.1 y 1.258 del Código civil no es la subjetiva (creencia, situación psicológica), sino la objetiva (comportamiento honrado, justo), que se eleva en nuestro derecho al rango de principio general de derecho. Reiteran esta doctrina otras SSTs, 1.ª, tales como las de 20 de febrero de 1988 (Ar. 1072), 21 de octubre de 1988 (Ar. 7595) y 6 de abril de 1988 (Ar. 3111). También distingue entre la buena fe en sentido objetivo y subjetivo TS, 1.ª, 15 de noviembre de 1990, Ar. 8712, según la cual «conviene recordar que así como la buena fe en el ejercicio de los derechos (art. 7.1) y en materia de contratación (art. 1.258) aparece configurada por el legislador en el Código civil con la generalidad propia de un principio que actúa o debe actuar como modelo de conducta o como referencia para extender la responsabilidad contractual a las derivaciones de lo expresamente pactado, la buena fe en la posesión aparece en cambio más definida, precisada y pormenorizada en nuestro Código (arts. 433, 435, 1.950...), funcionando dicha buena fe posesoria como hecho generador de determinados y concretos derechos, como la atribución de los frutos (art. 451), el abono de los gastos necesarios y los útiles con el derecho de retención (art. 453), el de los de lujo y recreo con el "ius tollendi" (art. 454), la no responsabilidad por la pérdida o deterioro de la cosa, salvo el caso del dolo (art. 457), la adquisición "a non domino" de los bienes muebles (art. 464) etc.».
- (13) Un sector de la doctrina, a partir del estudio de HEDEMANN *Die Flucht in die Generalklauseln (Eine Gefahr für Recht und Staat)*, publicado en 1933, advierte de los excesos a que puede conducir el uso de las cláusulas generales. *Vid.*, al respecto, SANTOS BRIZ (1963: 143 ss.).

Para algunos autores, la normativa por cláusulas generales (*General-Klauseln*) se diferencia de la normativa por casos y supuestos de hecho (*Kasuistische Gesetzgebung*), porque reenvía a categorías o grupos, más o menos extensos, de hechos o de conductas, a los cuales anuda las consecuencias jurídicas de que se trate; por cláusula general, ha de entenderse una forma de supuesto de hecho que describe con gran generalidad un ámbito de casos; en virtud de su carácter general, dicha técnica legislativa permite imponer una consecuencia jurídica a un mayor número de supuestos de hecho concretos (ENGISCH, 1968: 193 ss.) (14).

7. No es éste, sin embargo, el criterio que emplean otros autores para definir el concepto de cláusula general. Ya WIEACKER (1956: 33) puso de relieve que la cláusula general no puede identificarse con una norma jurídica positiva que se diferencia de los demás preceptos jurídico-positivos únicamente por dos notas: de un lado, por su configuración indeterminada (en cuanto cláusula *general*) y, de otro, por remitirse a preceptos (buena fe) o criterios sociales (usos del tráfico) no positivados, sino metajurídicos. A juicio de WIEACKER, en tal concepción pesan los resabios del positivismo jurídico, es decir, la idea de que no existen lagunas en el ordenamiento jurídico y de que la aplicación del derecho se limita a ser un acto cognoscitivo de subsunción del supuesto de hecho en el juicio hipotético que contiene la norma.

Siguiendo a HIPPEL, WIEACKER (1956: 41) sostiene que la cláusula general es una directriz que remite a una significación que ha de encontrarse, esto es, una directriz que se refiere al caso y que orienta al intérprete. En otras palabras, la cláusula general «es una *máxima* de actuación justa que invita a orientarse en líneas de tendencia»; presupone, como dada, una norma que ha de elaborarse primero, como hipótesis, para la situación conflictiva concreta; por tanto, la cláusula general no es, en sentido propio, una norma o precepto general (WIEACKER, 1956: 41 y 42).

A similares conclusiones llega MENGONI (1987), cuando distingue las cláusulas generales de las normas generales. El concepto de norma general designa una técnica de determinación del supuesto de hecho legal que se opone al método casuístico. La norma general es una norma completa, formada por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, aunque el supuesto de hecho no describe un solo caso o un grupo de casos, sino un conjunto de casos genéricamente definidos mediante una categoría que los resume, para cuya concreción el juez ha de acudir, cada vez, a modelos de comportamiento y a pautas de valoración objetivamente vigentes en el ambiente social en que opera. Dicha técnica legislativa deja al juez un margen mayor de discrecionalidad; pero se trata de una discrecionalidad de hecho, no una discrecionalidad productiva e integradora de normas (MENGONI, 1987: 8 y 9) (15).

(14) Desde este punto de vista, cabe contraponer la diversa técnica que emplean los artículos 823 del BGB y el artículo 1.382 del *Code civil* (DI MAJO, 1984: 542): el párrafo 823 del BGB usa una técnica casuística al establecer la responsabilidad por hecho ilícito («quien con culpa o con dolo lesiona ilícitamente la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad u otro derecho [...]»); por el contrario, y de seguirse la tesis apenas referida, el artículo 1.382 del *Code civil* contiene una cláusula general de responsabilidad: «Cualquier hecho del hombre, que cause un daño a otro, obliga a aquél, por cuya falta se ha producido, a repararlo».

(15) Así pues, MENGONI reserva el término de norma general para lo que ENGISCH llama cláusula general. Ha de tenerse en cuenta, con todo, y según advierte CASTRONOVO (1987: 26, nota 18), que MENGONI parece identificar el concepto de norma general con el de norma que utiliza un concepto jurídico indeterminado, tal y como se desprende de los ejemplos que utiliza: «justificado motivo o justa causa» o «motivo legítimo».

Según MENGONI (1987: 10), las cláusulas generales «imparten al juez una medida, una directriz para la búsqueda de la norma de decisión: las cláusulas generales son una técnica de formación judicial de la regla que ha de aplicarse al caso concreto, sin un modelo de decisión preconstituido por un supuesto de hecho normativo abstracto». En este sentido, las cláusulas generales son «normas incompletas, fragmentos de normas» (16).

Tampoco CASTRONOVO (1987: 26) admite que las cláusulas generales sean una técnica legislativa que emplea normas generales y abstractas, contrapuesta a la técnica casuística.

8. A la hora de definir el concepto de cláusula general, el verdadero problema estriba en determinar si la cláusula general es una norma o se trata, por el contrario, de un enunciado normativo (BELVEDERE, 1988: 632; MÜLLER, 1993: 245 ss.).

Comencemos, ante todo, por distinguir entre enunciado normativo y norma; distinción que «se corresponde con la que existe entre enunciado proposicional y proposición» (ALEXY, 1986: 54) (17). Al ser la norma «el significado de un enunciado normativo» (ALEXY, 1986: 51), resulta necesario distinguir entre ambos conceptos: en primer lugar, porque la misma norma puede expresarse a través de diferentes enunciados normativos; en segundo término, porque las normas pueden expresarse también sin recurrir a enunciados, y en tercer lugar, porque una norma puede elaborarse o deducirse a partir de varios enunciados normativos (18).

A mi juicio, parece razonable sostener que una cláusula general no es un tipo especial de norma, sino de enunciado normativo. Tal es la opinión que mantiene ahora MÜLLER (1993: 245), quien rectifica un criterio anterior -recogido en Italia por MENGONI (1987: 10)-, según el cual las cláusulas generales constituyen «normas incompletas» o simples «fragmentos de normas». En cuanto normas jurídicas, las cláusulas generales son completas. Fragmentario y vago es el texto, el enunciado normativo, que remite a criterios extralegales, como la «buena fe», los «usos» o las «buenas costumbres», y que ofrece relativamente pocos argumentos que puedan utilizarse para la concreción de su elemento gramatical (MÜLLER, 1993: 247).

(16) MENGONI apoya su opinión en las tesis de MÜLLER. Ha de tenerse en cuenta, aun así, que este último autor ha cambiado de criterio en un estudio reciente, tal y como veremos a continuación.

(17) Muchos autores utilizan la distinción, aun cuando varíen los términos utilizados (*vid.*, al respecto, ALEXY, 1986: 50, nota 10). En Italia, también distinguen entre enunciado normativo y norma CASTIGNONE, GUASTINI y TARELLO, en *Introduzione teorica allo studio del diritto*, 4.^a ed., Genova, 1984, págs. 221 ss., *cit.* por BELVEDERE (1988: 632, nota 5) y el propio BELVEDERE (1988).

(18) ALEXY (1986: 51) menciona las dos primeras razones apuntadas en el texto. Para ilustrar el hecho de que la misma norma puede expresarse a través de diferentes enunciados normativos, pone el siguiente ejemplo: la norma según la cual está prohibida la extradición de un alemán al extranjero, puede expresarse a través de enunciados como los siguientes: «ningún alemán puede ser extraditado al extranjero»; «está prohibido extraditar alemanes al extranjero»; «los alemanes no pueden ser extraditados al extranjero», o «los alemanes no serán extraditados al extranjero». Por otro lado, las señales de tráfico son un ejemplo de normas que carecen de enunciado normativo.

1.2. La buena fe como principio general del Derecho.

9. Analizada ya la buena fe como cláusula general, debemos estudiar ahora si constituye, además, un principio general del derecho. El problema lo plantea con acierto LARENZ (1958: 145 y 146), cuando se pregunta si el parágrafo 242 del BGB es tan sólo una norma (un enunciado normativo, diríamos nosotros) o si representa un principio supremo del derecho de obligaciones, que sirve de parámetro para medir todas las demás normas.

Un sector de la doctrina más moderna rechaza la opinión tradicional, que caracteriza a la buena fe como un principio general del derecho.

MENGONI (1987: 9 y 10) distingue las cláusulas generales de los principios generales, tanto de los principios axiomáticos o dogmáticos (verbigracia, libertad de contrato, *pacta sunt servanda*, principio de causalidad en las transferencias patrimoniales), como de las simples máximas de origen retórico (por ejemplo, *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*, *nemo potest cum alterius detrimento locunpletari*). Según MENGONI (1987: 10), «los primeros son autónomos *principia demonstrandi*, premisas mayores de deducción, en la forma del silogismo apodíctico, de reglas de decisión en el ámbito de categorías más o menos amplias de supuestos de hecho; los segundos ofrecen puntos de vista, bases de partida para argumentaciones del juez en las formas dialécticas de la lógica preferencial. Las cláusulas generales no son ni principios deductivos, ni principios de argumentación dialéctica, sino que imparten al juez una medida, una directriz para la búsqueda de la norma de decisión: las cláusulas generales son una técnica de formación judicial de la regla que ha de aplicarse al caso concreto, sin un modelo de decisión preconstituido por un supuesto de hecho normativo abstracto».

También RODOTÀ (1987: 260 y 261) contrapone las cláusulas generales a los principios. Luego de identificar los principios con los valores que fundamentan el ordenamiento o una de sus partes, RODOTÀ precisa que las cláusulas generales no son principios, sino que «se hallan destinadas a operar en el ámbito marcado por los principios». Dicho autor añade que la cláusula general de la buena fe sólo puede concretarse legítimamente adecuándola a las indicaciones que ofrecen principios tales como la solidaridad y la igualdad. Y concluye: «Los principios pueden concebirse, entonces, como un límite al desarrollo elástico del sistema o, mejor, como la condición concreta de su elasticidad. Se trata, en sustancia, de una elasticidad "orientada", por la característica de norma de fines que asumen, de ordinario, los principios. Ciertamente es que también se subraya la valencia dinámica de los principios: pero la distinción con las cláusulas generales es posible, precisamente, considerando su diverso ámbito de operatividad».

10. Definida la cláusula general como una clase de enunciado normativo, no existen razones para contraponer esta noción a la de principio general del derecho (19).

(19) Conviene recordar que los juristas hablan de principio general en varios contextos: como valor, como noción fundamental, como «espíritu» del ordenamiento o como regla general y abstracta (ALPA, 1993: 6 ss.).

Según la opinión que parece más razonable, tanto los principios como las reglas son normas. Ambos dicen lo que debe ser y pueden formularse «con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisón y la prohibición». Tanto los principios como las reglas «son razones para juicios concretos de deber ser» (ALEXY, 1986: 81 ss.). Los principios se diferencian de las reglas en que «son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes»; son, por lo tanto, «mandatos de optimización», que se caracterizan por el hecho de que pueden cumplirse en diferente grado; la medida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas o reales, sino también de las jurídicas, que están determinadas por las reglas y principios opuestos (ALEXY, 1986: 86, y 1994: 162).

Quiere esto decir que la ponderación es la forma de aplicación del derecho que caracteriza a los principios; en cambio, la subsunción es la forma de aplicación del derecho característica de las reglas (ALEXY, 1994: 162).

En los supuestos de colisión de reglas, la contradicción se elimina declarando nula una de las reglas y excluyéndola del ordenamiento. Por el contrario, la colisión de principios debe resolverse mediante la máxima de la proporcionalidad. Importa saber cuál de los principios, que poseen igual jerarquía, tiene un peso mayor en el caso concreto (ALEXY, 1994: 162 y 163).

Cuanto acaba de decirse demuestra que no es posible contraponer las cláusulas generales a los principios generales. Las cláusulas generales son un tipo de enunciado normativo; los principios generales, un tipo de norma. En cuanto enunciado normativo, las cláusulas generales pueden contener una regla o un principio. Nada impide, pues, que una cláusula general exprese un principio general del derecho.

En suma, la buena fe es un principio general del derecho que la ley formula por medio de una cláusula general. Al hablar de cláusula general, se designa la clase de enunciado normativo que emplea el legislador cuando reconoce normativamente el principio de la buena fe. Al aludir al carácter de principio general del derecho, el acento se pone en su naturaleza de fundamento del ordenamiento jurídico. Así pues, tanto da decir que la buena fe es un principio general del derecho como

La doctrina española ha revelado una extraordinaria sensibilidad en el estudio de los principios generales del derecho. Dos nombres vienen de inmediato a la mente: DE CASTRO (1949: 421 ss.) y GARCÍA DE ENTERRÍA (1963). DE CASTRO es uno de los autores que antes y con mayor sutileza se ocuparon de resaltar la trascendencia de los principios generales del derecho. Fue él quien escribió que los principios «son como el aire en que jurídicamente se vive, cuya existencia no se advierte mientras no está en cuestión», y los definió como «las ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídica de la comunidad española». DE CASTRO resaltó la heterogeneidad, desde un punto político, de las tendencias favorables y contrarias a la admisión de los principios generales como fuente del derecho. Y elaboró una clasificación de los tipos de principios generales, al distinguir entre las reglas del derecho natural, los principios jurídicos sociales, tradicionales o nacionales y los principios organizadores de la comunidad o principios políticos. Por su parte, GARCÍA DE ENTERRÍA (1963) escribió algunas de las páginas más hermosas e inspiradas acerca de los principios generales del derecho. Muy influido por la doctrina alemana, GARCÍA DE ENTERRÍA destacó la importancia de los principios generales del derecho en la labor cotidiana del jurista y, con su crítica del positivismo, sentó las bases de una jurisprudencia principal en el derecho administrativo. GARCÍA DE ENTERRÍA (1964 y 1984) no ha dejado de ocuparse de los principios generales del derecho.

una cláusula general. Por esta razón, el hecho de que LARENZ (1985: 95 ss.) reconozca que el párrafo 242 del BGB es una cláusula general, no le impide considerar a la buena fe como un principio del derecho justo en la esfera individual.

11. La doctrina y la jurisprudencia españolas son unánimes al reconocer a la buena fe el carácter de principio general del Derecho (DÍEZ-PICAZO, 1963: 134 ss., 1986 y 1993; DE LOS MOZOS, 1965; HERNÁNDEZ GIL, 1979; LASARTE, 1980; FERREIRA, 1984; MIQUEL, 1991; GETE-ALONSO, 1992). Aun antes de la reforma del Título Preliminar del Código civil, la jurisprudencia venía considerando a la buena fe como un principio general del derecho, pese a la falta de un precepto como el artículo 7.1 del Código civil (*vid.*, por todos, SANTOS BRIZ, 1958: 146; DÍEZ-PICAZO, 1986: 10 y 1993: 49).

En nuestros días, la Sala de lo Civil del TS califica a la buena fe como un principio general del derecho (20). También la jurisdicción social entiende que la buena fe constituye un principio general del derecho. Así, la STS de 22 de mayo de 1986 (Ar. 2609) -seguida por otras muchas (21)- declara que «la buena fe en su sentido objetivo constituye un modelo de tipicidad de conducta exigible, o mejor aún, un principio general de derecho que impone un comportamiento arreglado a valoraciones éticas, que condiciona y limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos (arts. 7.1 y 1.258 del Código civil) con lo que el principio se convierte en un criterio de valoración de conductas con el que deben cumplirse las obligaciones, y que se traduce en directivas equivalentes a lealtad, honorabilidad, probidad y confianza».

Para la jurisprudencia la buena fe es, además, uno de los «principios cardinales» (22) o uno de los «principios básicos» (23), fundamentales (24), esenciales (25) o informadores (26) de nuestro ordenamiento jurídico. Alguna sentencia ha calificado a la buena fe como «piedra angular de la relación laboral» (27). Y se ha subrayado que, por figurar en el título preliminar del Código civil, el artículo 7.1 de ese cuerpo legal «tiene vocación casi constitucional y aplicación general» (28).

(20) Cabe citar, en este sentido, las Sentencias de 22 de octubre de 1991 (Ar. 7234), 28 de febrero de 1990 (Ar. 726), 15 de noviembre de 1990 (Ar. 8712), 20 de febrero de 1988 (Ar. 1072), 21 de octubre de 1988 (Ar. 7595), 21 de septiembre de 1987 (Ar. 6186) y 19 de junio de 1985 (Ar. 3300).

(21) Pueden citarse las siguientes: TS, 27 de diciembre de 1987, Ar. 9042; TS, 4 de marzo de 1991, Ar. 1822; TSJ de Andalucía (Málaga), 6 de marzo de 1992, Ar. 1380; TSJ de Navarra, 26 de marzo de 1993, Ar. 1274; TSJ de Aragón, 26 de mayo de 1993, Ar. 2185, y TSJ de Andalucía (Málaga), 10 de diciembre de 1993, Ar. 5161.

(22) STS de 27 de diciembre de 1987 (Ar. 9042).

(23) STS, 1.ª, de 3 de febrero de 1988 (Ar. 588); Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de octubre de 1989 (Ar. 7050), y STSJ de Andalucía (Málaga) de 10 de diciembre de 1993 (Ar. 5161).

(24) STS, 1.ª, de 8 de julio de 1981, (Ar. 3053), y STSJ de Cataluña de 30 de junio de 1994 (Ar. 2608).

(25) SSTSJ de La Rioja de 3 de diciembre de 1990 (Ar. 2252), 18 de marzo de 1991 (Ar. 1799), 8 de febrero de 1993 (Ar. 638) y 16 de febrero de 1995 (Ar. 531), entre otras muchas de la Sala de lo Social de ese TSJ.

(26) SSTS, 1.ª, de 14 de enero, 19 de junio y 5 de julio de 1985 (Ar. 42, 3300 y 3642); STSJ de Canarias (Las Palmas) de 31 de enero de 1994 (Ar. 194).

(27) STS de 27 de diciembre de 1987 (Ar. 9042).

(28) SSTS de 14 de julio de 1987 (Ar. 5367) y de 27 de diciembre de 1987 (Ar. 9042).

El principio general de la buena fe no sólo despliega sus efectos en el campo del derecho privado, sino que rige también en las relaciones jurídicas de derecho público (GONZÁLEZ PÉREZ, 1989: 45 ss.; LARENZ, 1985: 96) y de derecho procesal. En este último campo, el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ordena que se respeten en todo tipo de procedimientos las reglas de la buena fe, y que se rechacen las peticiones, incidentes o excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de la ley procesal.

Por otro lado, la buena fe se considera también un principio fundamental de la *lex mercatoria*, utilizado en los arbitrajes que resuelven las controversias de los contratos internacionales (PICOD, 1989: 103 ss.; OSMAN, 1992: 19 ss.; GHESTIN, 1993: 235 y 236).

Resulta, pues, innegable el papel central que la buena fe ocupa en el ordenamiento jurídico.

12. En efecto, la buena fe cumple las tres funciones propias de los principios generales del derecho (29): es fundamento del ordenamiento jurídico, fuente en caso de insuficiencia de la ley o de la costumbre, y criterio de orientación de la labor interpretativa.

En primer lugar, sirve de fundamento al ordenamiento jurídico. Una porción de normas, tanto del Código civil como de las leyes especiales, constituyen aplicaciones del principio general de la buena fe. Basta citar algunos ejemplos; así, el artículo 1.478.5 Cc, que sanciona la mala fe del vendedor, o el artículo 1.705 Cc, que impone la necesidad de ejercitar de buena fe determinadas facultades del socio en la sociedad civil. Son, asimismo, manifestaciones específicas del deber de buena fe en el contrato de trabajo: la prohibición de concurrencia desleal del trabajador [arts. 5, d) y 21.1 ET], y algunos de los deberes que establecía la hoy derogada LCT: la prohibición de recibir propinas y otras ventajas (arts. 70 y 71 LCT) y la obligación de secreto (art. 72 LCT). El de buena fe es quizá el primero y más elevado de los principios del derecho de obligaciones, y de él podrían derivarse, en puridad, muchas de las normas de los Códigos: según una opinión muy extendida, a la que alude WIEACKER (1956: 53 y 54), aunque el legislador las hubiese olvidado, el juez las hubiera hallado sin dificultad, concretando las exigencias de la buena fe.

En segundo lugar, la buena fe sirve para colmar las inevitables lagunas de la ley (GALGANO, 1988: 434). En lo que aquí interesa, las partes de la relación obligatoria no sólo han de cumplir lo estrictamente pactado, sino también lo que exija la buena fe en cada caso (art. 1.258 Cc). GALGANO (1988: 434) ha escrito que la ley no puede prever todas las situaciones imaginables, ni puede prevenir todos los abusos en que pueden incurrir las partes; prevé, tan sólo, las situaciones más frecuentes y condena los abusos más comunes. Muchos comportamientos escaparían a la sanción de la ley, si se considerase permitido todo comportamiento que no prohíbe ninguna norma («como la ley

(29) Los principios generales del derecho «son el aire mismo en el que jurídicamente se vive» (DE CASTRO, 1949: 421), y desempeñan una triple función: son fundamento del ordenamiento jurídico, orientadores de la labor interpretativa y fuente en caso de insuficiencia de la ley y de la costumbre (DE CASTRO, 1949: 427 a 429). *Vid.*, asimismo, en el derecho italiano, ALPA (1993: 13), que menciona cuatro funciones de los principios generales.

no lo prohíbe, puedo hacerlo»), o sólo facultativo todo comportamiento que ninguna ley declara obligatorio («la ley no lo impone, luego puedo no hacerlo»). Así pues, el principio general de la buena fe permite identificar otras prohibiciones y otros deberes, aparte de los previstos en la ley; realiza, en este sentido, el «cierre» del sistema legal, al ofrecer criterios «para colmar las lagunas que éste puede revelar en la variedad y multiplicidad de las situaciones de la vida económica y social» (GALGANO, 1988: 434).

El principio de la buena fe orienta, en fin, la labor interpretativa. Los contratos deben interpretarse conforme a la buena fe. Aunque nuestro derecho carece de una norma como el artículo 1.366 del Código civil italiano, que impone la buena fe en la interpretación, no cabe duda de que «la buena fe es un criterio decisivo en todo el desenvolvimiento del contrato», y de que «la interpretación de buena fe es una consecuencia evidente del principio general de buena fe en el desarrollo de las relaciones jurídicas de todas clases y del deber general de comportarse de buena fe en el tráfico jurídico» (DÍEZ-PICAZO, 1993: 372). Por ello, y tal y como ha puesto de relieve DÍEZ-PICAZO (1993: 372 y 373), los contratos han de interpretarse presuponiendo la buena fe y corrección de las partes que los elaboraron, es decir, considerando que las partes quisieron expresarse según el modo usual en que lo hacen las gentes honestas, sin buscar oscuridades o confusiones deliberadas; además, el contrato debe interpretarse de modo que el sentido que se le atribuya sea el más adecuado para lograr un desarrollo leal de las obligaciones contractuales, y para llegar a las consecuencias contractuales que exigen las normas éticas; en fin, la buena fe impone también que se apliquen las ideas de la confianza y de la autorresponsabilidad en la interpretación. En este sentido, es una consecuencia muy importante del principio general de buena fe en la interpretación la regla de la *interpretatio contra stipulatorem*, que recoge el artículo 1.288 Cc (30).

13. Desde un punto de vista histórico, la protección general contra la actuación de mala fe se entronca con la figura de la *exceptio doli*, a través de la cual los juristas romanos hicieron posible la aplicación de la *bona fides*. La *exceptio doli* era un medio de defensa del demandado frente a la *actio* ejercida dolosamente, y permitía paralizar ésta, a causa de la contravención de la buena fe en que incurría.

Los autores discuten hasta qué punto puede sostenerse la existencia de la excepción de dolo en el derecho actual, una vez desaparecido el formalismo estricto que caracterizaba al derecho romano y, con él, las razones que justificaban el nacimiento y extensión de la misma (*vid.*, al respecto, COSSÍO, 1955: 230 ss.). En Italia, NATOLI (1974: 37 s.) se ha mostrado partidario de la pervivencia de la *exceptio doli generalis*, la cual surgirá cuando una de las partes de la relación obligatoria viole el principio de buena fe. En opinión de DÍEZ-PICAZO (1993: 52), no puede afirmarse que subsista, propiamente hablando, la *exceptio doli* del derecho romano. No obstante, «el reconocimiento de la buena fe como un límite del ejercicio de los derechos obliga a admitir que el sujeto pasi-

(30) Según dicho artículo, «la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no debe favorecer a la parte que ha ocasionado la oscuridad».

vo del derecho subjetivo ejercitado en contra de los dictados de la buena fe posee unos medios de defensa *per exceptionem* que le permiten enervar, repeler o detener la pretensión del titular del derecho»; a tales remedios se les puede denominar genéricamente *exceptio doli*. DÍEZ-PICAZO (1993: 52) recuerda, además, que el artículo 11 LOPJ ordena que en toda clase de procedimientos se respeten las reglas de la buena fe y que se rechacen las peticiones, incidentes o excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de la ley procesal. Y añade que «el precepto parece referirse de manera inmediata a la utilización contraria a la buena fe de los derechos y facultades de orden procesal, pero nada impide aplicarlo a la falta de buena fe en el ejercicio procesal de los derechos materiales o de fondo, de modo que permite una *exceptio* frente a la pretensión abusiva o de mala fe y una *replicatio* frente a la *exceptio* de aquellas características» (31).

2. Funciones de la buena fe.

14. Un buen criterio para explicar las funciones de la buena fe, utilizado por WIEACKER (1956: 50), consiste en señalar que la misma actúa *iuris civilis iuvandi, supplendi o corrigendi gratia*. En otras palabras, la buena fe actúa *secundum legem, praeter legem o contra legem* (32).

El juez actúa *secundum legem* cuando reconoce a la buena fe una función integradora o de complemento de lo que está ya contenido, aun no expresamente, en la obligación. En tal caso, el juez cumple de forma estricta el ordenamiento jurídico escrito y, en virtud de su *officium iudicis*, se limita a concretar el proyecto que previamente ha establecido y planificado la regulación legal (WIEACKER, 1956: 51) (33).

(31) Al tratar de la doctrina de los propios actos, el propio DÍEZ-PICAZO (1963: 164) puso de relieve que la violación de dicha regla no determina la pérdida del derecho o de la facultad, sino «la inadmisibilidad de su ejercicio en un determinado litigio y en unas determinadas circunstancias»; en otras palabras, «supone una inadmisibilidad del actual ejercicio del derecho, pero no prejuzga la suerte de las futuras pretensiones que del mismo derecho puedan dimanar».

(32) RIPERT (1949: 8) había escrito ya que la ley moral puede servir para «reforzar, atenuar o afinar la regla jurídica».

(33) Según WIEACKER (1956: 53 ss.), varias son las manifestaciones de esta forma de actuación del juez. En primer lugar, el juez se comporta *secundum legem* cuando desarrolla la ordenación contractual conforme a su sentido, es decir, cuando establece el cómo de la prestación. En dicho supuesto, el juez se comporta del mismo modo que el legislador cuando establece los preceptos dispositivos del derecho de obligaciones.

Una segunda manifestación del *officium iudicis* son los llamados *naturalia negotii* de la tradición del derecho común, que con frecuencia no convienen expresamente las partes porque derivan de la naturaleza de las cosas. Así, por ejemplo, la obligación del autor de no vender los ejemplares que ha recibido rebajados.

En tercer lugar, en tal función de integración o complemento se basan los denominados deberes de protección. Así, por ejemplo, los deberes de custodia, de información, de aclaración y de defensa de los intereses del otro contratante. También encuentra aquí su base, a juicio de WIEACKER, la responsabilidad derivada de la comunidad contractual por *culpa in solvendo e in exigendo*.

Por último, pertenece también a esta función la extensión que se concede al juez en caso de insignificancia: *minima non curat praetor*. Aunque la ley no lo prevea expresamente, el juez dispone de esa facultad en casos tales como los de imposibilidad parcial de la prestación, excepción de incumplimiento por falta de cumplimiento en pequeña cuantía o insignificancia de los vicios de la cosa vendida.

El juez se comporta *praeter legem* cuando emplea la buena fe como criterio ético de valoración del comportamiento de los sujetos. En el sentir de WIEACKER (1956: 51), el juez actúa con mayor libertad cuando exige a las partes que se conduzcan de modo justo en el ejercicio o defensa de sus derechos. WIEACKER recuerda que, desde un punto de vista histórico, tal era el campo que ocupaba el concepto de la *exceptio doli*, con inclusión del *dolus generalis sive praesens* (34).

En fin, el juez actúa *contra legem*, cuando usa el principio de buena fe como instrumento de ruptura del derecho vigente. En tal caso, surge un derecho judicial, «que va más allá, tanto de la realización de un proyecto legislativo como de la salvaguarda del Derecho y la justicia en el comportamiento concreto de las partes» (WIEACKER, 1956: 51) (35).

15. No vamos a estudiar ahora cada uno de los supuestos en que se concretan las funciones que WIEACKER atribuye a la buena fe. De dicha tarea, por lo que hace al contrato de trabajo, nos ocuparemos en la tercera parte de este artículo. Ahora nos interesa, tan sólo, aludir a dos problemas: el primero, relativo a la contraposición entre los momentos de la integración y de la ejecución del contrato; el segundo, relacionado con el arbitrio judicial.

Empezando por la primera de las cuestiones, debemos señalar que una contraposición excesiva entre el momento de la integración y el de la ejecución puede conducir a «excesos nominalistas», que no ayudan a comprender la noción de buena fe (RODOTÀ, 1987: 269). Quien prefiere poner el acento en el perfil de la integración del contrato, subraya el hecho, por lo demás incontrovertible, de que las obligaciones que poseen una relevancia en la fase ejecutiva no pueden resultar sino de una valoración (que puede conducir, precisamente, a una integración) del contenido de la regulación con-

(34) WIEACKER (1956: 59 y 60) conserva la terminología de la *exceptio doli*, aun cuando ve en la misma «una concepción anticuada de la excepción de inadmisibilidad del ejercicio del derecho», e incluye en dicho apartado todas las máximas en cuya virtud el juez exige a una parte procesal «una conducta personal ético-jurídica», aunque dicha exigencia no se vincule a «una censura ético-jurídica (*dolus praesens*)».

WIEACKER analiza las reglas a que aluden los brocardos *venire contra factum proprium, dolo agit qui petit quod statim redditurus, tu quoque* o «adquisición de mala fe de un derecho» e *inciviliter agere* o «acción judicial claramente iniqua y desconsiderada».

Puede decirse, en suma, la buena fe comporta una serie de limitaciones al ejercicio de los derechos subjetivos y poderes jurídicos (DÍEZ-PICAZO, 1986: 19). Como ha señalado LARENZ (1958: 150 y 151), «es inadmisibles todo ejercicio de un derecho que infrinja en el caso concreto las "buenas costumbres" o las consideraciones que dentro de la relación obligatoria o de otra especial vinculación jurídica está obligada a adoptar cada parte respecto a la otra, según la buena fe».

(35) WIEACKER (1956: 74 y 75) incluye entre las *brechas ético-jurídicas* en el derecho legal «la libre revalorización y el reajuste de la contraprestación a causa de un cambio total *sobrevenido* de las circunstancias económicas, con independencia de que institucionalmente se construyan como casos de inexigibilidad, de imposibilidad económica o de desaparición de la base del negocio». Incluye asimismo «otros casos de "dificultad inmoderada de la obligación" o de traspaso del "límite de sacrificio", como la subida del salario en el supuesto de aumento desproporcional de costes o la reducción de las pensiones de empleados directivos desde la perspectiva de comunidad de riesgos con la empresa». WIEACKER (1956: 75 y 76) añade que «prácticamente en todos estos casos existe una perturbación de la equivalencia económica entre prestación y contraprestación. Las sentencias consecuentemente tienden hacia el reconocimiento de un principio material de equivalencia, a veces en favor del acreedor de dinero (como en los casos de revalorización) y con frecuencia a su cargo (como en casi todas las demás agravaciones de la prestación)».

tractual, reconstruido también al margen de las previsiones explícitas de las partes. Pero no debe exagerarse el juego dialéctico, so pena de incurrir en un exceso de formalismo que oculte la realidad jurídica. Por eso, es más correcto poner de relieve que la buena fe se revela, cada vez con mayor nitidez, como un «instrumento de definición del *cómo* de la obligación y del cuadro en que la obligación se inserta, con indudables consecuencias en la fase ejecutiva». Según esta línea, la buena fe puede actuar como criterio que tienda a conseguir «la plena conexión de la regulación contractual, en su efectividad, a la operación definida por las partes», y como criterio que garantiza «coherencia entre la operación privada y las finalidades generales que persigue el ordenamiento» (RODOTÀ, 1987: 269).

16. Por lo que hace al problema del arbitrio judicial, debemos indicar que, en la actividad normativa, el recurso a las cláusulas generales se resuelve en una renuncia parcial a legislar y, más en concreto, en una renuncia a dictar reglas minuciosas y taxativas, y en la determinación, por el contrario, de una tabla de valores para el uso de quienes han de aplicar las normas así previstas; ello comporta una ampliación de los poderes del intérprete y, de modo particular, del juez, sin que sea posible valorar *a priori*, de forma positiva o negativa, el recurso a dicha técnica: dada la polivalencia que es propia normalmente de las técnicas legislativas, la valoración de los diversos fines que es posible pretender mediante el recurso a las cláusulas generales podrá llevarse a cabo más desde un punto de vista político que técnico-jurídico (PIZZORUSSO, 1988: 662).

El problema del arbitrio judicial, que tanto preocupa a algunos teóricos y prácticos del derecho, no puede hacernos olvidar que la concreción de las *notions à contenu variable*, como la buena fe, no es enteramente arbitraria, pues se halla sometida a un límite infranqueable: el uso irrazonable (PERELMAN, 1978b: 814). Aunque los intérpretes no se hallen siempre de acuerdo sobre el modo de obrar en una situación concreta, debido a que varias soluciones pueden ser igualmente razonables, existe normalmente, en una comunidad humana, llegados a un cierto punto, un amplio acuerdo sobre lo que sería irrazonable y, por tanto, inaceptable o intolerable (PERELMAN, 1978b: 814). De ahí que siempre quepa establecer la distinción entre el uso y el abuso, entre el uso razonable e irrazonable de un derecho (PERELMAN, 1978b: 815).

Un ordenamiento jurídico moderno no puede prescindir de las cláusulas generales, ya que cumplen importantes funciones. Las cláusulas generales responden, en primer lugar, a una lógica diacrónica. No sólo son «ventanas abiertas a la sociedad», o «instrumentos de reducción del conflicto entre normas que envejecen y una realidad en continuo cambio», sino «modos para dar sentido al ser del tiempo jurídico, donde el presente engloba ya el futuro»; así, por ejemplo, en los contratos de duración, la cláusula de buena fe atrae en el presente la lógica de los comportamientos futuros de las partes (RODOTÀ, 1987: 257). Pero las cláusulas generales cumplen una función ulterior, que deriva de su capacidad para operar también según una lógica sincrónica. Responden así, una vez más, a problemas de discontinuidad. En este sentido, las cláusulas generales pueden ser el instrumento más adecuado para dar entrada a un pluralismo de valores, de comportamientos y culturas, que se hallan presentes al mismo tiempo en una organización social. En una sociedad pluralista, las cláusulas generales son un recurso técnico dúctil, que puede legitimar valores diversos y hacer posibles la autonomía y la compatibilidad. Así opera la buena fe, cuando determina la regulación contractual según la posición social específica de los contratantes (RODOTÀ, 1987: 257 y 258).

III. DEBERES QUE IMPONE LA BUENA FE EN EL CONTRATO DE TRABAJO

17. Ya desde el estudio de WIEACKER (1956), la doctrina se ha preocupado por clasificar y tipificar las líneas de actuación de la jurisprudencia, para tratar de «dotar de unidad u homogeneidad» al derecho judicial *praeter legem* o acaso *contra legem* que irrumpe a través de la noción de buena fe (DÍEZ-PICAZO, 1986: 17).

El que la buena fe sea una cláusula general cuyo contenido no puede determinarse de forma previa y abstracta, no convierte en inútiles los esfuerzos doctrinales por dotar a este concepto de una cierta determinación. La agrupación de los casos más frecuentes resulta legítima siempre que no se pretenda reducir la aplicación del principio a un proceso de subsunción en los supuestos de hecho previamente determinados (36).

En este contexto, resulta obligado mencionar el empeño de BIANCA (1983) por traducir, en términos claros y comprensibles, las implicaciones prácticas de la buena fe. Dicho autor sostiene que, en cuanto principio de solidaridad contractual, la buena fe impone dos fundamentales deberes de conducta: la fidelidad del comportamiento, que posee una relevancia principal en la formación y en la interpretación del contrato, y el deber de salvaguarda de los intereses de la contraparte, que despliega sus efectos, ante todo, en la fase de ejecución del contrato y de la relación obligatoria.

La propuesta de BIANCA es sugerente. Con todo, en las páginas que siguen vamos a seguir un criterio diferente para agrupar los deberes de comportamiento que exige la buena fe a las partes del contrato de trabajo (37). Y hablaremos, en consecuencia, de dos deberes fundamentales: el deber de cooperación (1) y el deber de razonabilidad (2). El estudio de tales deberes pone de relieve que la buena fe es un principio llamado a desempeñar un papel cada vez más importante en el contrato de trabajo.

(36) MIQUEL (1991: 47) ha escrito que, aunque «un programa de precisión del principio con ayuda de la formación de constelaciones de casos no pueda ni debe resolver totalmente la indeterminación inmanente al mismo, no cabe duda de que la sistematización de las soluciones obtenidas a partir del principio es una labor imprescindible, que ayuda a disminuir la incerteza (*sic*) que la cláusula general provoca y contribuye al progreso del Ordenamiento jurídico en cuanto incorpora las nuevas soluciones y lo hace de modo coherente».

(37) CORRIGNAN-CARSIN (1995: 127) señala que la lealtad se traduce en exigencias de comportamiento. A su vez, la jurisprudencia española ha tenido ocasión de recalcar que la buena fe impone a las partes «especiales deberes de conducta». Las SSTs, 1.ª, de 8 de julio de 1981 (Ar. 3053) y 21 de septiembre de 1987 (Ar. 6186) señalan que la buena fe en su sentido objetivo es «una norma que en su profundo sentido obliga a la exigencia, en el ejercicio de los derechos, de una conducta ética significada por los valores de la honradez, lealtad, justo reparto de la propia responsabilidad y atencimiento a las consecuencias que todo acto consciente y libre pueda provocar en el ámbito de la confianza ajena». La STS de 30 de abril de 1987 (Ar. 2844) dice que de la buena fe «nacen especiales deberes de conducta exigibles en cada caso, en armonía con la relación nacida, que adquiere categoría jurídica, y que determina unos efectos congruentes, que pueden ser postulados por las partes mediante pretensiones procesales». Repiten la misma doctrina: TSJ de Andalucía (Málaga), 26 de abril de 1991, Ar. 2780, y TSJ de Extremadura, 17 de agosto de 1993, Ar. 3761.

1. Deber de cooperación.

18. El contrato de trabajo postula la existencia de un mínimo de confianza y de cooperación mutuas, tanto en la fase de formación, como en las de integración y ejecución del contrato. De otro modo, se hace imposible la convivencia y se menoscaba o destruye la utilidad común. La jurisprudencia lo ha resaltado, al precisar que la buena fe impide el «actuar humano en función de su interés exclusivo con pérdida del sentido de la utilidad común» (38).

El deber de cooperación afecta tanto al deudor como al acreedor (PICOD, 1989: 104) (39). En primer lugar, el deudor debe ejecutar la prestación de forma útil. El deudor deberá llevar a cabo, en algunos supuestos, prestaciones no expresamente previstas en el contrato, y deberá abstenerse de todo comportamiento que pueda perjudicar la utilidad del acreedor. A su vez, el acreedor debe facilitar al deudor la ejecución de sus obligaciones.

Para estudiar el deber de cooperación, haremos una referencia a la rectitud en la formación del contrato (1.1), a los deberes de información (1.2), al deber de ejecución útil de la prestación (1.3) y a ciertas obligaciones de no hacer (1.4).

1.1. Rectitud en la formación del contrato.

19. Las partes no están obligadas a llegar a un acuerdo. Aun así, entre el comienzo de los tratos preliminares y la conclusión definitiva del acuerdo o la ruptura de las negociaciones, la buena fe impone una conducta recta en los métodos de investigación y en el desarrollo de la negociación (CORRIGNAN-CARSIN, 1995: 127).

Otras sentencias aducen que la buena fe es un «arquetipo rector» de la conducta humana o de los comportamientos contractuales: TSJ de Canarias (Las Palmas), 20 de septiembre de 1994, Ar. 3363; TSJ de La Rioja, 30 de noviembre de 1993, Ar. 4725, que cita otras muchas; TS, 6 de noviembre de 1986, Ar. 6288, y 11 de abril de 1989, Ar. 2962. O un «criterio de valoración de conductas con el que deben cumplirse las obligaciones, y que se traduce en directivas equivalentes a lealtad, honorabilidad, probidad y confianza»: TS, 22 de mayo de 1986, Ar. 2609; TS, 27 de diciembre de 1987, Ar. 9042; TS, 4 de marzo de 1991, Ar. 1822; TSJ de Andalucía (Málaga), 6 de marzo de 1992, Ar. 1380; TSJ de Navarra, 26 de marzo de 1993, Ar. 1274; TSJ de Aragón, 26 de mayo de 1993, Ar. 2185; TSJ de Andalucía (Málaga), 10 de diciembre de 1993, Ar. 5161; TSJ del País Vasco, 9 de mayo de 1994, Ar. 2283, y TSJ de Cataluña, 30 de junio de 1994, Ar. 2608.

En fin, para las SSTSJ de Baleares de 31 de enero de 1991 (Ar. 1021) y 12 de abril de 1991 (Ar. 2814), el principio de buena fe supone la obligación de «orientar la conducta respectiva de cada contratante con arreglo a pautas de lealtad, honradez, probidad y respeto a la confianza que legítimamente el uno deposita en el otro».

(38) STS de 14 de enero de 1985 (Ar. 42) y STSJ del País Vasco de 9 de mayo de 1994 (Ar. 2283).

(39) Según la STCT de 3 de febrero de 1987 (Ar. 2180), «si bien en las relaciones laborales no es exigible la no obstante deseable y conveniente cordialidad como pauta enriquecedora de todo tipo de relaciones humanas, no es menos cierto que un estado próximo a aquella, cual es la buena fe, sí cae dentro del marco positivo del derecho».

1. Rectitud en los métodos de investigación.

20. De acuerdo con el principio de la libertad de empresa, que reconoce el artículo 38 CE, el empresario puede elegir libremente sus trabajadores. No obstante, el empresario ha de comportarse de buena fe en la selección de los trabajadores.

En Francia, la Ley núm. 92-1446, de 31 de diciembre de 1992, sobre el empleo, el trabajo a tiempo parcial y el seguro de desempleo, ha encuadrado jurídicamente los procesos de selección de personal, obligando al empresario a respetar la buena fe. Dicha ley impone «la transparencia y la pertinencia de los métodos utilizados, la necesidad intrínseca de las informaciones solicitadas y el respeto de la confidencialidad de las informaciones recibidas» (CORRIGNAN-CARSIN, 1995: 128).

En primer lugar, el proceso de selección ha de ser transparente. Para que la selección se desarrolle de acuerdo con la buena fe, el candidato a un empleo debe «ser expresamente informado, con carácter previo a su puesta en práctica, de los métodos y de las técnicas de selección que se le aplicarán» (art. L. 127-7 *Code du Travail*). La ley francesa se refiere, pues, a los sistemas de evaluación o a las modalidades de interpretación de los resultados. A su vez, el artículo L. 121-8 *Code du Travail* declara que no puede usarse un método o técnica de recogida de información si no se ha informado de ella al trabajador.

En segundo lugar, la ley francesa alude al requisito de la pertinencia. Según el artículo L. 121-7 *Code du Travail*, los métodos y las técnicas de selección «deben ser pertinentes con respecto a la finalidad que persigan». De este modo, los métodos que emplee el empresario han de presentar un grado razonable de fiabilidad, «lo que parece condenar las técnicas irrazonables o esotéricas» (CORRIGNAN-CARSIN, 1995: 129).

Por último, la ley francesa exige que sean necesarias las informaciones solicitadas. De un lado, esto significa que sólo pueden solicitarse informaciones a fin de determinar la capacidad del candidato para «ocupar el empleo propuesto o sus aptitudes profesionales» (art. L. 121-6 *Code du Travail*), es decir, a fin de precisar sus conocimientos técnicos y circunstancias tales como sus facultades de adaptación, su aptitud para integrarse en un equipo o sus potencialidades para evolucionar en la carrera profesional. Por otra parte, «estas informaciones deben tener una relación directa y necesaria con el empleo propuesto» (art. L. 121-6, párrafo segundo, *Code du Travail*).

Aun a falta de previsión legal, a iguales exigencias puede llegarse, en nuestro país, mediante la aplicación de la cláusula general de la buena fe.

21. Así como el empresario debe conducirse de buena fe, resulta también exigible al trabajador un mínimo de buena fe en el proceso de selección. En Francia, lo expresa con claridad el artículo L. 121-6, párrafo segundo, *Code du Travail*, a cuyo tenor el trabajador debe «responder de buena fe a las preguntas que se le hagan», siempre que sean pertinentes y necesarias. El trabajador no tiene

por qué revelar, de forma espontánea, ciertos hechos que podrían perjudicarle en el proceso de selección. En este sentido, el artículo L. 122-25 *Code du Travail* dispone que la mujer que postula un empleo no tiene por qué revelar su embarazo. Ahora bien, el silencio del trabajador sólo es legítimo en caso de pasividad del empresario: si éste solicita una información pertinente y que guarde una relación directa con el empleo, el trabajador debe responder de buena fe a las preguntas que se le hagan.

2. Rectitud en el desarrollo de la negociación.

22. Las partes también deben comportarse de forma recta en el desarrollo de la negociación. Aunque existe libertad para romper las negociaciones, cada parte puede esperar un mínimo de buena fe de la otra.

En el derecho del trabajo, el problema esencial consiste en determinar cuándo se produce una ruptura injustificada de las negociaciones, que suponga la obligación de indemnizar al trabajador por los daños y perjuicios sufridos.

Tal y como ha hecho la jurisprudencia francesa, pueden tomarse en consideración varios indicios a la hora de establecer si la ruptura de las negociaciones se halla o no justificada: si se hallan muy avanzadas las negociaciones, hasta el punto de que el trabajador ha acordado su crédito a la proposición del empresario; la intención de contratar, pues atenta contra la buena fe ofrecer a un candidato puestos que no existen o unas perspectivas de promoción ilusorias; la reacción del trabajador, para ver si ha renunciado a un empleo anterior o ha llevado a cabo gastos importantes o inútiles (CORRIGNAN-CARSIN, 1995: 131).

En general, puede decirse que revela una actitud contraria a la buena fe iniciar y mantener las negociaciones cuando se ha tomado ya la decisión de no contratar (CORRIGNAN-CARSIN, 1995: 131 y 132).

Digamos, asimismo, que los candidatos deben comportarse también de acuerdo con la buena fe. La renuncia injustificada de un candidato a firmar el contrato de trabajo, cuando el empresario lo había seleccionado, puede causar perjuicios a éste y al resto de los candidatos (CORRIGNAN-CARSIN, 1995: 133).

1.2. Deberes de información.

23. La moderna doctrina civil considera como una de las obligaciones que se desprenden del deber de buena fe la de informar, en ciertos supuestos, a la contraparte (DI MAJO, 1988: 317; PICOD, 1989: 114; GHESTIN, 1993: 576 ss.). LARENZ (1958: 238 y 239) ha subrayado que «la realización de una pretensión depende frecuentemente de que el titular de la misma reciba información sobre

ciertos hechos o relaciones o de que le sean rendidas cuentas»; que dichas obligaciones «se deducen casi siempre a tenor del principio de "buena fe", como accesorias de relaciones jurídicas existentes», y que «las circunstancias indicarán en cada caso hasta dónde llega el deber de informar» (40).

Ya nos hemos referido anteriormente a los deberes de información en la formación del contrato. Trataremos ahora algunos casos típicos, que demuestran hasta qué punto el deber de información se aplica también en el contrato de trabajo.

24. Existe, en primer lugar, un deber de información de las condiciones aplicables al contrato. Hoy lo recoge el artículo 8.4 ET, que ha incorporado a nuestro derecho la Directiva 91/533/CEE del Consejo, de 14 de octubre de 1991, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral. Cuando la relación laboral sea de duración superior a cuatro semanas, el empresario ha de informar por escrito al trabajador sobre «los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral», siempre que tales elementos y condiciones no figuren en el contrato de trabajo formalizado por escrito. La información habrá de hacerse «en los términos y plazos que se establezcan reglamentariamente». El reglamento de desarrollo habrá de tener en cuenta lo dispuesto en la directiva comunitaria con carácter mínimo (art. 7 de la directiva). En este sentido, el artículo 2.2 de la directiva establece el contenido mínimo de la información, y el artículo 3.1 de la directiva dispone que la entrega de información habrá de hacerse «en el plazo máximo de dos meses, tras el comienzo de su trabajo» (41). Por lo demás, resulta irrelevante la forma de la información. Puede llevarse a cabo por medio de un contrato de trabajo escrito, una carta de contratación, uno o más documentos escritos o una declaración escrita firmada por el empresario, siempre y cuando, en cualquiera de estos casos, se incluyan los elementos esenciales del contrato (art. 3.2 de la directiva).

El deber que comentamos obliga al empresario a informar al trabajador no sólo en el momento de contratar, sino también en caso de modificación de alguno de los elementos esenciales del contrato laboral. Así, dice el artículo 5 de la directiva 91/533/CEE que cualquier modificación de los elementos esenciales «deberá ser objeto de un documento escrito que el empresario deberá entregar al trabajador a la mayor brevedad y en el plazo máximo de un mes a partir de la fecha de entrada en vigor de la modificación de que se trate». Tal documento escrito sólo será obligatorio en caso de que se produzcan modificaciones contractuales, no en el caso de que se modifiquen las disposiciones legales, reglamentarias, administrativas o estatutarias o los convenios colectivos aplicables.

(40) La STS, 1.ª, de 21 de octubre de 1988 (Ar. 7595) dice que, «como también ha señalado esta Sala, hay ocasiones en las que el que calla debe hablar y no adoptar una actitud meramente negativa en el curso de las relaciones jurídicas que le ligan con la otra parte, pues de tal forma se induce a error».

(41) En caso de que el contrato termine antes de la expiración del plazo de dos meses a partir del inicio de su trabajo, la información deberá serle suministrada al trabajador a más tardar a la expiración de dicho plazo (art. 3.3 de la directiva).

Dentro del deber general de información de las condiciones aplicables al contrato, se sitúa el deber de seguridad que pesa sobre el empresario, y que le obliga a informar al trabajador de los riesgos a que puede verse expuesta su salud como consecuencia de la prestación de servicios. De tal cuestión se ocupa, en nuestro país, el artículo 18 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

25. En el ejercicio del poder disciplinario, el empresario también debe respetar el deber de información: ha de garantizar el derecho de defensa del trabajador y, como consecuencia del fin correctivo y no punitivo del poder disciplinario, ha de realizar avisos al trabajador que incumple (GIL, 1994: 101 ss.).

El artículo 7 del Convenio 158 de la OIT recoge el derecho de defensa del trabajador antes de que termine la relación laboral. Dispone este precepto que «no deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad».

Es el derecho de defensa un derecho previo a la extinción del contrato de trabajo, basado en los más elementales principio de justicia. En palabras de LARENZ (1985: 38), «el principio de audiencia en derecho es un principio del Derecho justo para todos los tipos de procedimiento, de modo que su inobservancia en un Derecho positivo hace de éste, por lo menos hasta cierto punto, un Derecho injusto». Y es que existe una conexión entre el principio de audiencia y el de respeto de la persona: es un imperativo moral de justicia, que rige también en las relaciones entre particulares, el ofrecer a alguien la ocasión de manifestarse antes de tomar una decisión que le concierna (LARENZ, 1985: 188 y 189).

El derecho de defensa parte de la idea de que el despido es la máxima de las sanciones, y un remedio drástico, y trata de asegurar un diálogo entre las partes, que evite una extinción apresurada.

Como se sabe, la doctrina y la jurisprudencia han negado que el artículo 7 del Convenio 158 haya introducido alguna novedad en nuestro derecho [ALONSO OLEA, 1986 (42)]. Aun así, parece razonable mantener que la existencia de garantías coetáneas o posteriores al acto de despido, tales

(42) TS, 4 de noviembre de 1987, Ar. 7810; 5 de noviembre de 1987, Ar. 7815; 30 de mayo de 1988, Ar. 4667; 30 de mayo de 1988, Ar. 4668; 11 de julio de 1988, Ar. 5787; 3 de noviembre de 1988, Ar. 8508, y las que cita ALBIOL MONTESINOS (1990: 73). En este sentido, la STS de 4 de noviembre de 1987 (Ar. 7810) apunta dos argumentos para negar el carácter innovador de dicho precepto. Afirma, en primer término, que el artículo 7 es una «norma interna de nuestro ordenamiento jurídico que no es de aplicación directa, al exigir que el legislador desarrolle el procedimiento adecuado que ofrezca al trabajador la garantía que postula». En segundo lugar, sostiene que las garantías a que se refiere el artículo 7 se hallan suficientemente aseguradas por la legislación española: mientras tanto no se produzca el desarrollo legislativo del artículo 7 del Convenio 158, «el trabajador no se encuentra en alguno de los supuestos que se contemplan en el precepto examinado, está garantizado con la exigencia establecida en el artículo 55.1 ET de que el empresario deberá entregarle carta de despido en la que figuren los hechos que motivan el despido y la fecha en la que tendrá efecto; de cuyos cargos puede defenderse en el Acto de Conciliación ante el Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación, en el Acto de Conciliación previo al proceso [...] y en el proceso jurisdiccional». Las demás sentencias abundan en el mismo razonamiento.

como la carta de despido, la conciliación en el SMAC o ante el Magistrado o la posibilidad de impugnar el despido, no colma el reconocimiento y la tutela de garantías previas al despido, cuales son la imputación del incumplimiento y el derecho de defensa. A falta, pues, de una disposición legal interna que afirme el derecho de defensa del trabajador, la aplicación del artículo 7 del Convenio 158 de la OIT puede asegurarse a través del empleo de la cláusula general de la buena fe, que actuará como fuente de integración del contrato de trabajo (art. 1.258 Cc) (GIL, 1994: 112 y 113).

26. Como decíamos, la buena fe obliga al empresario a llevar a cabo avisos -o a imponer sanciones menores- antes de aplicar la sanción máxima de despido (GIL, 1994: 114 ss.).

En este sentido, el artículo 7 de la recomendación 166 de la OIT, sobre terminación de la relación de trabajo, preceptúa que «no debería darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por una falta cuya índole, en virtud de la legislación o la práctica nacional, sólo justificaría la terminación en caso de reincidencia una o varias veces, a menos que el empleador haya prevenido por escrito al trabajador de manera apropiada». Según dicho precepto, el poder disciplinario posee un fin correctivo, no punitivo.

El fin correctivo del poder disciplinario se traduce en el necesario carácter progresivo de las sanciones; al dirigirse principalmente las sanciones a la readaptación del trabajador, y no a la punición del mismo, debe existir una progresión en las medidas de carácter disciplinario, antes de que pueda imponerse la máxima de despido; del mismo modo, la empresa ha de advertir al trabajador de que se le aplicará la pena más grave, si continúa incumpliendo (D'AOUST, LECLERC y TRUDEAU, 1982: 89 y 190).

Habida cuenta de que las sanciones disciplinarias poseen un fin correctivo y no punitivo, pesa sobre el empresario la obligación de realizar avisos o advertencias (*warnings*), que deben ser explícitas y contener, al menos, las siguientes previsiones:

1. El estándar de conducta que se espera del trabajador.
2. El modo en que éste no llega a dicho estándar.
3. Que el trabajador debe rectificar su comportamiento.
4. La sanción que se le impondrá si no rectifica su conducta dentro de un período de tiempo razonable (HEPPLE y O'HIGGINS, 1981: 222).

En nuestro país, la jurisprudencia se ha mostrado sensible al deber que pesa sobre el empresario de realizar avisos o advertencias. Así, la STS de 28 de enero de 1984 precisa que «en ningún caso pueden utilizarse contra el empleado aquellas prácticas que, aunque fueron irregulares, eran conocidas y tácitamente aprobadas por la superioridad, creando la empresa una conciencia de tolerancia de ciertas prácticas que, al no ser advertido el personal como era debido, impide su posterior

utilización para provocar un despido, pues al hacerlo así se atentaría a la buena fe y a la lealtad que recíprocamente se deben empleadores y empleados» (43). De igual modo, la STS de 18 de diciembre de 1984 (Ar. 6408) declara que se viola el principio de buena fe cuando la empresa, en un clima de cierta tolerancia en cuanto al cumplimiento de los horarios de entrada y salida del centro de trabajo, «no advierte al trabajador de la necesidad de ajustarse al cumplimiento riguroso y exacto en los tiempos de trabajo o no le sanciona adecuadamente frente a las primeras infracciones, pues no puede olvidarse que el relato de incumplimientos se inicia el 1 de junio y la carta es de agosto, y espera silenciosa a una cierta acumulación de faltas para dar lugar al despido». También la STSJ de Navarra de 17 de noviembre de 1989 (44) indica que «es un deber ligado a la propia fidelidad contractual que la empresa, antes de ejercer la extrema medida disciplinaria del despido, haga al trabajador las advertencias pertinentes, e imponga sanciones adecuadas de acuerdo a su potestad disciplinaria». En fin, la STSJ de Extremadura de 26 de julio de 1994 (Ar. 2833) dice que, «en general, el empresario que ha conocido y tolerado un incumplimiento durante largo tiempo deberá comunicar al trabajador que no se halla dispuesto a tolerarlo más, o podrá a lo sumo, aplicar una sanción menor dejando bien claro que, en caso de reincidencia, irrogará la sanción máxima de despido» (45).

1.3. Deber de ejecución útil de la prestación.

27. En su tratado sobre la compraventa, POTHIER escribió que «obligarse a hacer una cosa, es obligarse a hacerla útilmente». PICOD (1989: 97), de quien se ha tomado la cita, añade que, hoy más que nunca, la ejecución de buena fe exige que se busque la mayor eficacia posible para la contraparte, procurándole el mayor grado posible de satisfacción, más allá de lo previsto en las estipulaciones contractuales.

La idea apuntada aparece en la jurisprudencia. Así, la STS, 1.^a, de 9 de octubre de 1993 (Ar. 8174) declara que «la buena fe contractual, entendido este concepto en su sentido objetivo como comportamiento justo y adecuado, consiste en dar al contrato cumplida efectividad, en orden a la realización del fin propuesto, por lo que deben estimarse comprendidas en las estipulaciones contractuales aquellas obligaciones que constituyan su lógico y necesario cumplimiento». En parecidos términos, la STS, 1.^a, de 22 de marzo de 1994 (Ar. 2564) aduce que «la buena fe contractual, en sentido objetivo, consiste en dar al contrato cumplida y debida efectividad, para la realización del fin propuesto, lo que exige comportamientos justos, adecuados y reales de los interesados».

28. En ocasiones, la jurisprudencia social ha impuesto al trabajador deberes accesorios, para asegurar un cumplimiento útil de la prestación.

(43) *Cit.* por GARCÍA BLASCO (1985: 541).

(44) *Rel. Lab.*, 1990, I, pág. 566.

(45) *Vid.*, asimismo, TSJ de Aragón de 26 de enero de 1994; TSJ de Galicia de 9 de septiembre de 1992, y TSJ de Asturias de 21 de abril de 1992, *Trib. Soc.*, núm. 63, marzo de 1996, pág. 82.

Así, la STCT de 13 de diciembre de 1988 (Ar. 8216) impone al trabajador un deber de cooperación, al considerar ajustada a derecho la solicitud de la empresa para que, fuera de las horas de trabajo, el trabajador ayudase a poner en funcionamiento una máquina. También la STCT de 5 de julio de 1988 (Ar. 4989) considera adecuado que se pida al dependiente que permanezca unos minutos más en una zapatería, un sábado por la tarde, para atender a los últimos clientes. Por su parte, la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 30 de noviembre de 1992 (Ar. 5366) entiende adecuado que la empresa RENFE imponga a los agentes Factores de Circulación que controlen la limpieza de los trenes de cercanías y regionales, aunque tal función corresponda, en principio, al Jefe de Estación. Son otros deberes accesorios que aparecen en la jurisprudencia: la obligación de rellenar partes de obra (46), de pintar una serie de pequeños detalles de la fábrica (47), de realizar funciones de apoyo (48), o de rellenar diariamente los partes de trabajo con el fin de medir su rendimiento (49).

Para aceptar la licitud de la pretensión empresarial, la jurisprudencia tiene en cuenta algunas circunstancias. En primer lugar, que la orden no sea abusiva, ni tenga carácter vejatorio (50), ni atente contra la dignidad del trabajador (51). En segundo lugar, y con buen criterio, la jurisprudencia exige el carácter poco significativo y esporádico dentro de la jornada laboral de la prestación accesoría que se exija al trabajador (52). En fin, la jurisprudencia tiene en cuenta el hecho de que el trabajador se niegue a desempeñar tareas que antes llevaba a cabo (53).

29. No debe olvidarse, sin embargo, que la buena fe es también un instrumento adecuado para imponer nuevas obligaciones al empresario. Así, y como ya hemos recordado más arriba, la sentencia de la Corte de Casación francesa de 25 de febrero de 1992 (54) rechazó el carácter legítimo de la supresión de un puesto de trabajo que realiza la empresa, mediante la alegación de causa económi-

(46) STCT de 23 de febrero de 1982 (Ar. 1077).

(47) STCT de 3 de mayo de 1985 (Ar. 2902).

(48) STSJ de Galicia de 16 de enero de 1991 (Ar. 48).

(49) STCT de 24 de noviembre de 1981 (Ar. 6870).

(50) TCT, 2 de septiembre de 1983, Ar. 7326.

(51) TJSJ de Castilla y León (Burgos), 30 de noviembre de 1992 (Ar. 5366).

(52) TJSJ de Galicia, 16 de enero de 1991, Ar. 48, la cual señala que «la realización de "funciones de apoyo" de carácter poco significativo y esporádico dentro de la jornada y no como actividad normal, vienen impuestas a los capataces como consecuencia de las reglas de buena fe y diligencia que debe observar el trabajador al cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo de capataz». A su vez, la STCT de 5 de julio de 1988 (Ar. 4989) dice: «...pues la actividad que se le exigía consistía en atender a los clientes que todavía quedaban dentro del establecimiento, que tampoco consta fueran muchos, ocupación esporádica, que no puede equipararse a la realización de horas extraordinarias con habitualidad, ni se trataba de trabajo fuera del normal de la empresa y que presumiblemente no había de repetirse, máxime si además la propia dueña del establecimiento había de colaborar a terminar de atender a la clientela».

(53) TCT, 20 de noviembre de 1986, Ar. 11984; TCT, 2 de septiembre de 1983, Ar. 7326.

(54) *Bull. civ.*, V, núm. 122, pág. 74; *D.*, 1992, pág. 390, con nota de M. DEFOSSEZ; *D.*, 1992, somm., pág. 294, con observaciones de A. LYON-CAEN; *JCP*, 1992, I, 3610, núm. 8, con observaciones de D. GATUMEL; *Rev. trim. dr. civ.*, 1992, pág. 761, con observaciones de J. MESTRE.

ca. La Corte de Casación declaró que «el empresario, que ha de ejecutar de buena fe el contrato de trabajo, tiene el deber de adaptar los trabajadores a la evolución de sus empleos», y añade que, lejos de despedir a la trabajadora, la empresa pudo haberle ofrecido un puesto compatible con sus aptitudes profesionales, para el que contrató, sin embargo, a otra persona. En palabras de CORRIGNAN-CARSIN (1995: 142), el empresario «debe concebir, asegurar y poner en práctica una formación seria, adecuada, suficiente para permitir a los trabajadores que ejecuten las nuevas funciones solicitadas». En suma, la ejecución de tal obligación debe incitar a las empresas a practicar una gestión anticipada y a implantar una política activa de formación.

Por otro lado, la jurisprudencia francesa ha precisado también que el empresario tiene el deber de reclasificar a un trabajador en el seno del grupo, antes de proceder a su despido por causa económica (*vid.*, al respecto, CORRIGNAN-CARSIN, 1995: 142).

El ejemplo francés ilustra con claridad que la buena fe puede evolucionar también en nuestro ordenamiento, e imponer asimismo al empresario un deber de ejecución útil de su prestación.

1.4. Obligaciones de no hacer.

30. La buena fe impone también al trabajador ciertas obligaciones de no hacer. A algunas de ellas aludía la LCT. Así, la prohibición de soborno (art. 70.2 LCT) o la obligación de secreto del trabajador (art. 72 LCT). Pese a la derogación de la LCT, dichas obligaciones de no hacer, junto con otras que ahora veremos, son otras tantas manifestaciones del genérico deber de buena fe.

En primer término, el trabajador no debe aceptar propinas, regalos o cualquier otra ventaja que constituya soborno para hacerle incumplir sus obligaciones. Si se incumple el deber y el empresario resulta perjudicado, el trabajador habrá de indemnizar a éste por los daños y perjuicios que haya causado. Además, el empresario podrá ser sancionado o despedido.

En segundo lugar, el trabajador a quien se encomienda la conclusión de negocios no puede recibir gratificación alguna sin consentimiento del empresario (ALONSO OLEA y CASAS, 1995: 285).

Por otro lado, el trabajador ha de abstenerse de causar todo perjuicio en los locales, los materiales, las máquinas y los instrumentos de trabajo. Si, con su conducta negligente o dolosa, daña tales elementos de la empresa, habrá de responder por los daños y perjuicios que ocasione. Tal y como ha advertido la doctrina, dicha abstención viene exigida no sólo por la buena fe, sino por un cumplimiento diligente de las obligaciones laborales (ALONSO OLEA y CASAS, 1995: 286).

Otra obligación accesoria del trabajador, derivada de la buena fe, es la de no desvelar los secretos relativos a la explotación o negocio del empresario. Tal obligación perdura tras la extinción del contrato de trabajo (ALONSO OLEA y CASAS, 1995: 286).

Muy numerosas son las sentencias que consideran una transgresión de la buena fe la violación, por parte del trabajador que se halla en situación de incapacidad temporal, del deber de no realizar trabajos o cualesquiera otras actividades incompatibles con el estado de enfermedad (55).

En fin, uno de los deberes básicos del trabajador es el de «no concurrir con la actividad de la empresa, en los términos fijados en esta Ley» (art. 5, d) ET). En este sentido, el artículo 21.1 ET declara que no podrá efectuarse la prestación laboral de un trabajador para diversos empresarios «cuando se estime concurrencia desleal». Tal y como ha indicado la STS, 1.^a, de 6 de abril de 1988 (Ar. 3111), «la competencia ilícita constituye un ataque a la buena fe exigible en todo contrato». La concurrencia desleal -cuyo estudio no podemos abordar aquí- puede producirse tanto durante la ejecución del contrato como extinguido éste (*vid.*, por todos, ALONSO OLEA y CASAS, 1995: 287 ss.) (56).

2. Deber de razonabilidad.

31. Tal y como ha indicado PERELMAN (1978a: 512 y 513), el ejercicio de un derecho o de un poder, incluso discrecional, habrá de reputarse ilegítimo cuando se ejerza de forma irrazonable. El uso inadmisibles del derecho se calificará técnicamente de formas diversas, como abuso de derecho, exceso o desviación de poder, iniquidad o mala fe, aplicación ridícula o inapropiada de las disposiciones legales, o como contrario a los principios generales del derecho comunes a todos los pueblos civilizados. Poco importa la técnica jurídica que se invoque. Lo esencial es que, en un Estado de derecho, desde que un poder o un derecho se halla sometido al control judicial, su ejercicio podrá declararse ilegítimo si se ejerce de forma irrazonable. Así pues, ningún derecho puede ejercerse de forma irrazonable, porque lo irrazonable es contrario al derecho (PERELMAN, 1978a: 521): en cualquier rama del derecho, puede declararse abusivo o contrario a derecho el ejercicio irrazonable de un poder discrecional (PERELMAN, 1978b: 815); sea cual sea el motivo que se invoque para apoyar su licitud, el comportamiento irrazonable no puede considerarse como jurídicamente válido (PERELMAN, 1978b: 816).

La razonabilidad es idea que no coincide exactamente con la de buena fe: lo irrazonable puede resultar del carácter ridículo o inapropiado, y no sólo inicuo o no equitativo (PERELMAN, 1978a: 521); por otro lado, la razonabilidad supera la idea de corrección (y de buena fe), porque es, o debería ser, medida de esta última, sea cual sea el sentido ético que se le quiera atribuir: no

(55) Pueden consultarse: TCT, 4 de octubre de 1988, Ar. 6291; TSJ de Castilla y León (Burgos), 10 de mayo de 1991, Ar. 3015; TSJ de Cataluña, 13 de mayo de 1991, Ar. 3489; TSJ de Andalucía (Málaga), 23 de octubre de 1992, Ar. 5040; TSJ de Cataluña, 29 de octubre de 1992, Ar. 5165; TSJ de Cataluña, 10 de diciembre de 1993, Ar. 5289.

(56) *Vid.*, para un supuesto reciente, STSJ de Cantabria de 12 de diciembre de 1994, *Act. Lab.*, núm. 18, 1-7 mayo, pág. 1.274, ref. 655.

puede juzgarse razonable un comportamiento que no sea coherente con la moral individual y con el orden social; no siempre es exacto, aun así, lo contrario (CRISCUOLI, 1984: 752). Pero, según ha propuesto CRISCUOLI (1984) en Italia, inspirándose en los derechos anglosajones, nada impide entender la buena fe como sinónimo de razonabilidad. La razonabilidad será, de este modo, una medida del necesario equilibrio entre el individualismo y la sociabilidad del hombre (CRISCUOLI, 1984).

Lo razonable no remite a una solución única, sino que implica una pluralidad de soluciones posibles; hay, sin embargo, un límite a esta tolerancia, en la medida en que lo irrazonable es contrario a derecho (PERELMAN, 1978a: 515). Irrazonable es aquello que resulta inadmisibles en una comunidad, en un momento dado (PERELMAN, 1978a: 516). Por tanto, la noción de *reasonable*, que con tanta frecuencia emplean los tribunales anglo-americanos, aparece en el derecho continental sobre todo en su forma negativa, para condenar el ejercicio irrazonable de los derechos o poderes (PERELMAN, 1984: 794).

El juez podrá y deberá usar el parámetro de la razonabilidad a la hora de concretar la cláusula general de buena fe (57). En las páginas que siguen, vamos a analizar algunos de los supuestos en que late la exigencia de un comportamiento razonable: la prohibición de ir contra los propios actos (2.1), la condena del retraso desleal (2.2), la condena del ejercicio irrazonable de los poderes empresariales (2.3) y la condena del ejercicio irrazonable de los derechos por parte del trabajador (2.4).

2.1. *Venire contra factum proprium*.

32. La exigencia de un comportamiento coherente es una de las consecuencias que se derivan de la buena fe. El brocardo *venire contra factum proprium*, que se basa en algunos textos romanos, quiere indicar que «el acto de ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad es inadmisibles cuando con él la persona se pone en contradicción con el sentido que objetivamente y de acuerdo con la buena fe había que dar a su conducta anterior». En otras palabras, la máxima «veda una pretensión incompatible o contradictoria con la conducta anterior» (DÍEZ-PICAZO, 1986: 21).

Desde antiguo, la jurisprudencia española ha reconocido la doctrina de los propios actos (DÍEZ-PICAZO, 1963) (58).

(57) En este sentido, la STS, 1.ª, de 20 de febrero de 1988 (Ar. 1072) declara que el artículo 1.258 del Código civil constituye «una llamada a la lógica exigible en el comportamiento humano».

(58) De entre las resoluciones más recientes, pueden citarse las SSTs, 1.ª, de 21 de mayo de 1982 (Ar. 2588), 21 de septiembre de 1987 (Ar. 6186), 23 de marzo de 1988 (Ar. 2228), 11 de mayo de 1988 (Ar. 4053), 5 de octubre de 1988 (Ar. 7381) y 6 de junio de 1992 (Ar. 5165).

En el campo laboral, la STSJ de Madrid de 29 de junio de 1990 (Ar. 120) aplica la doctrina de los propios actos a un supuesto en que los trabajadores dejan de impugnar, durante un período de casi dos años, una modificación de sus condiciones de trabajo (59). Asimismo, algunas sentencias admiten -con carácter restrictivo- que pueda producirse una vulneración de la doctrina de los propios actos en los supuestos de faltas continuadas del trabajador (60).

(59) Según señala la sentencia, el 30 de mayo de 1986 «dos trabajadores suscriben por el personal del grupo 14 y firman un Acuerdo, pactando un sistema de rendimiento con una serie de cláusulas contenidas en un protocolo». El acuerdo no se pacta con el comité de empresa, que se constituye en una fecha posterior, no precisada en la sentencia. El 16 de febrero de 1988 «los trabajadores integrantes del grupo afectado se dirigen por escrito al Comité de empresa, con la finalidad de que en la representación que legalmente ostentan negociaran una nueva tabla de rendimiento e incentivos y el protocolo al mismo, lo que evidencia que durante el período de tiempo transcurrido desde el 30 de mayo de 1986 al 16 de febrero de 1988 venía aplicando la empresa el Acuerdo suscrito por aquellos dos trabajadores sin que los restantes del grupo hicieran alguna manifestación en contrario, ni efectuaran reclamación por considerar que con el nuevo sistema se producía una modificación sustancial en sus condiciones de trabajo, lo que evidencia que por sus propios actos implícitamente admitían el Acuerdo de referencia, con lo que el contenido del mismo entra a formar parte de sus condiciones de trabajo, en mérito de lo establecido en el precitado artículo 3.1 c) ET, pues no hay que olvidar que el artículo 7.1 del Código civil dispone que los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe...». La sentencia concluye: «Pretender ahora la nulidad de aquel Acuerdo que incorpora un nuevo sistema es poner en contradicción esta actitud con el sentido que objetivamente y en armonía con la buena fe había que dar a la conducta anterior de los interesados, los cuales han venido admitiendo el sistema de rendimientos que aquí contradicen, y es más, aun en el caso de entender que debiera haber cumplido la empleadora los requisitos del artículo 41 ET, al acatar durante tan dilatado período de tiempo las modificaciones que comportaba el nuevo sistema es contrario a la buena fe ejercitar después la acción de nulidad, especialmente motivada por el fracaso de nuevas negociaciones sobre la materia».

(60) Al enjuiciar la conducta de los demandantes que habían servido consumiciones «sin entregar el ticket y sin marcar el importe de éstas en la caja registradora o marcando cero, y ello a pesar de haberse dictado normas estrictas por la empresa en esta materia», la STS de 30 de septiembre de 1987 (Ar. 6436) rechazó que la actuación de la empresa pudiera configurarse como una actitud permisiva de tolerancia, y señaló que «para que ésta pueda apreciarse con las consecuencias que establece la doctrina de los propios actos aquella actuación debe tener suficiente consistencia para que a partir de la misma sea deducible una voluntad de admitir como no sancionables determinados incumplimientos contractuales, lo que no sucede cuando no sólo no exterioriza esa tolerancia a través de actos u omisiones suficientemente significativos para crear la confianza de que se actúa dentro de un margen de permisividad, sino que se imparten instrucciones al respecto con la advertencia de que su inobservancia será sancionada con el máximo rigor, se abre una investigación para determinar las posibles desviaciones y, practicada ésta, se procede a sancionar las infracciones, sin que pueda compararse el argumento de los recurridos de que el mero conocimiento de los datos iniciales de la investigación por la empresa equivale a una tolerancia de los incumplimientos».

Así, por ejemplo, la STCT de 18 de noviembre de 1980 (Ar. 5915) consideró relevante, para descartar la excepción de prescripción de las faltas laborales, que «la empresa no toleró nunca tales faltas ni ha sorprendido a la actora con una decisión sancionadora súbita tras una actitud permisiva, sino que en las ocasiones anteriores y por idéntica motivación sancionó a la recurrente, primero con advertencia por escrito y después con suspensión de empleo y sueldo durante veintidós días, sanciones que no fueron recurridas».

En la misma línea, la STCT de 21 de septiembre de 1982 (Ar. 4863) declaró que «el fallo no infringe el criterio judicial consistente en que la empresa no puede sancionar hechos que haya venido consintiendo, porque no consta que se haya producido tal consentimiento o quietud patronal, antes al contrario el hecho probado afirma que "el trabajador había sido advertido en diversas ocasiones por su encargado acerca de su poco rendimiento en el trabajo" decayendo con esto todo el recurso».

A su vez, y poco antes de mantener que el cómputo de seis meses de la prescripción larga ha de contarse desde que se dan las circunstancias precisas para que la transgresión sea conocida, la STS de 22 de septiembre de 1986 (Ar. 5019) advierte que ello es así «salvo supuestos de manifiesta pasividad de la empresa».

En fin, la STS de 11 de febrero de 1981 (Ar. 672) enjuició un despido por concurrencia desleal a los cuatro años de haber conocido la empresa que el trabajador incurría en dicho incumplimiento contractual. El TS suscribió el criterio del juzgador de instancia, para el cual la actitud de la empresa suponía, «en cierto modo, una condonación de la falta cometida (si no el consentimiento tácito a que el art. 73 LCT se refiere), con la consiguiente declaración de que al producirse el despido la falta estaba prescrita».

2.2. Retraso desleal.

33. Como señala DÍEZ-PICAZO (1986: 22), la buena fe impone que un derecho subjetivo o una pretensión no pueda ejercitarse «cuando el titular no sólo no se ha preocupado durante mucho tiempo de hacerlos valer, sino que incluso ha dado lugar con su actitud omisiva a que el adversario de la pretensión pueda esperar objetivamente que el derecho ya no se ejercitará». Tal función de la buena fe se conoce, en la doctrina alemana, con el nombre de *Verwirkung*.

No hay dificultad alguna para aplicar, en nuestro derecho, la construcción de la *Verwirkung*, que puede traducirse entre nosotros como retraso desleal. La doctrina mayoritaria configura el retraso desleal como el caso principal de aplicación del principio que prohíbe el *venire contra factum proprium* (WIEACKER, 1956: 62; DÍEZ-PICAZO, 1963: 99; DREIFUSS-NETTER, 1985: 218); principio usualmente admitido y aplicado en nuestro país (DÍEZ-PICAZO, 1963: 143).

La *Verwirkung* se apoya en la idea de protección de la confianza y es uno de los supuestos típicos de la inadmisibilidad del ejercicio del derecho por conducta contradictoria de su titular (MIQUEL, 1991: 53). El retraso desleal se aplica tanto en el derecho privado como en el derecho administrativo (GONZÁLEZ PÉREZ, 1989: 111 ss.), y afecta a todos los derechos, poderes, facultades y pretensiones.

34. Tres requisitos han de concurrir, para que pueda aplicarse la figura del retraso desleal. De un lado, la omisión del ejercicio del derecho; de otro, el transcurso de un cierto período de tiempo; en tercer lugar, que el ejercicio posterior aparezca como desleal o intolerable para el adversario (DÍEZ-PICAZO, 1986: 22) (61).

(61) No debe confundirse el retraso desleal con la renuncia tácita. A diferencia de cuanto sucede con esta última, en el supuesto del retraso desleal se realiza un análisis objetivo del comportamiento, y no una búsqueda hipotética de la voluntad tácita del titular del derecho (VAN OMMESLAGHE, 1989: 1111). Para que exista una renuncia tácita, ha de existir una voluntad negocial, una declaración de voluntad tácitamente emitida por medio de una conducta concluyente; por tanto, el titular del derecho puede excluir la producción del efecto extintivo si demuestra que no concurrió tal voluntad. La *Verwirkung* se mueve, en cambio, «en un círculo completamente objetivo y es, por ello, independiente de la voluntad del titular del derecho»; en otras palabras, «la inadmisibilidad del ejercicio no se funda en que haya existido una declaración de voluntad, sino en el significado objetivo de la conducta, cualquiera que haya sido la voluntad que la haya originado» (DÍEZ-PICAZO, 1963: 99).

Tampoco debe confundirse el retraso desleal con la prescripción. La doctrina alemana ha puesto de relieve que los plazos de prescripción, heredados del derecho tradicional, son demasiado largos y no se ajustan a las necesidades de nuestro tiempo; por esa razón, ha concluido que hay ciertas hipótesis «en que el ejercicio retrasado de un derecho aún no prescrito puede considerarse contrario a la buena fe por permitir el retraso, según una interpretación objetiva de las circunstancias, la conclusión de que el derecho no sería ya ejercitado» (DÍEZ-PICAZO, 1963: 98). Así pues, el retraso desleal se diferencia de la prescripción en que requiere, junto a la omisión del ejercicio del derecho durante un cierto tiempo, que la conducta omisiva haga inadmisibles y abusivos el ejercicio ulterior del derecho; a diferencia de la prescripción, el lapso necesario para que se produzca el retraso desleal es indeterminado, y ha de medirlo el juez, según las circunstancias concretas del caso; el retraso desleal no depende de la posibilidad de ejercitar la acción, puede afectar a derechos o pretensiones que, con arreglo a la ley, sean imprescriptibles, y en él no se aplican de forma rigurosa las causas de interrupción (DÍEZ-PICAZO, 1963: 98).

Por lo que se refiere a la omisión del ejercicio del derecho, hay que señalar que resulta necesaria la inactividad del titular del derecho en lo que hace al ejercicio y defensa del mismo. No se aplican, aun así, las reglas sobre la interrupción de la prescripción (MIQUEL, 1991: 53).

La duración del tiempo dependerá de las circunstancias del caso y, en caso de conflicto, habrá de determinarla el juez. Son circunstancias relevantes, a la hora de fijar el período de tiempo necesario, «la clase de derecho, la intensidad de la confianza suscitada y el alcance de las medidas tomadas a consecuencia de la misma» (MIQUEL, 1991: 53).

A fin de que el ejercicio posterior aparezca como desleal o intolerable para el adversario, ha de existir una confianza legítima de éste en que el titular del derecho no lo ejercerá. Además, no ha de ser exigible a la otra parte que soporte tan tardíamente el ejercicio del derecho. En palabras de MIQUEL (1991: 54), «el ejercicio retrasado debe aparecer como intolerable desde los criterios de la buena fe, lo que sucederá normalmente cuando la otra parte, en virtud de la confianza depositada, haya procedido de modo irreversible».

35. La jurisprudencia civil ha aplicado ya la construcción del retraso desleal. La STS, 1.^a, de 21 de mayo de 1982 (Ar. 2588) rechaza, por contraria a la buena fe, la pretensión de compensar unos honorarios médicos, no exigidos durante mucho tiempo, con el precio de construcción de una vivienda. El TS señala que actúa contra la buena fe «el que ejercita su derecho tan tardíamente que la otra parte pudo efectivamente pensar que no iba a actuarlo -retraso desleal- vulnerando tanto la contradicción con los actos propios como el retraso desleal, las normas éticas que deben informar el ejercicio del derecho, las que lejos de carecer de trascendencia determinan el que el ejercicio del derecho se torne inadmisibles, con la consiguiente posibilidad de impugnarlo por antijurídico al amparo de la preceptiva contenida en el artículo 7.1 del Código civil». Reitera tal doctrina la STS, 1.^a, de 6 de junio de 1992 (Ar. 5165) (62).

Por lo que mira al campo específico del derecho del trabajo, la figura del retraso desleal se ha aplicado, en Alemania, a los supuestos de demora en el ejercicio de las facultades de resolución del contrato de trabajo. La doctrina y la jurisprudencia han sostenido que la buena fe impone al empresario que haga uso de su poder de despido tan pronto como haya conocido la causa justificativa del mismo; un retraso en la decisión de despedir crea la confianza de que no se ha tenido en cuenta la falta; es, pues, contrario a la buena fe valerse de una causa antigua para despedir al trabajador (BOEHMER, 1959: 261; DÍEZ-PICAZO, 1963: 96 y 97, quien cita, además del autor apenas mencionado, a SIEBERT, HAMBURGUER, GUBTER y FRANKE; LARENZ, 1975: 302, aun cuando en la traducción española se alude a la caducidad).

36. En España, la doctrina laboralista más moderna ha empleado la doctrina del retraso desleal para corregir las disfunciones del sistema legal de prescripción de las faltas laborales, y ha elaborado el concepto de inmediatez en el ejercicio del poder disciplinario, del que se derivan varias consecuencias (GIL, 1993: 65 ss. y 1994: 132 ss.).

(62) *Vid.*, además, los casos que cita MIQUEL (1991: 54).

En primer lugar, el principio de inmediatez determina que sólo sean admisibles los actos de interrupción de la prescripción de las faltas que revelen, desde un punto de vista objetivo, la vitalidad del poder disciplinario. Todo acto dilatorio, o que no constituya un índice de la vitalidad del poder, habrá de reputarse contrario al principio de inmediatez o, lo que es lo mismo, contrario al principio de buena fe.

Y, dado que el conocimiento a que alude el artículo 60.2 ET es sinónimo de convicción o certeza suficiente en cuanto a los hechos y a las circunstancias relevantes para atribuirles el carácter de gravedad requerido, los plazos de la prescripción corta no admitirán, en la práctica, actos interruptivos: al conocimiento preciso y cabal debe seguir una reacción disciplinaria inmediata, incompatible con cualquier acto interruptivo. En otras palabras: los plazos de la prescripción corta actúan como si fuesen de caducidad.

En segundo lugar, la prescripción de las faltas laborales crea un marco general que no impide actuaciones concretas del principio de buena fe. En ciertas hipótesis, y como sucede de modo particular en las llamadas faltas continuadas, la inercia del empresario no habrá producido la prescripción de la falta, pero determinará que el ejercicio intempestivo o sorpresivo del poder vulnere la buena fe. Si el ilícito persiste, la falta no prescribe a pesar de la inercia del empresario. Y, no obstante, una reacción repentina del empresario puede contravenir la buena fe, si el ejercicio resulta objetivamente inadmisibles. En general, el empresario que ha conocido y tolerado un incumplimiento durante largo tiempo deberá comunicar al trabajador que no se halla dispuesto a tolerarlo más, o podrá, a lo sumo, aplicar una sanción menor, dejando bien claro que, en caso de reincidencia, impondrá la sanción máxima de despido. Las sanciones disciplinarias poseen un fin correctivo y no punitivo.

En tercer lugar, la imputación del incumplimiento y la ejecución material de la sanción habrán de sujetarse, en principio, a la regla de la inmediatez, ya que la prescripción afecta esencialmente al tiempo que va desde el conocimiento o la comisión de la falta a la aplicación de la sanción.

En cuarto lugar, deben acogerse favorablemente los pactos individuales o colectivos que reduzcan los plazos de la prescripción de las faltas laborales, o que establezcan plazos de caducidad para el válido ejercicio de las facultades disciplinarias.

Recientemente, la jurisprudencia ha acogido la doctrina de la inmediatez (63).

(63) La STSJ de Extremadura de 26 de julio de 1994 (Ar. 2833) afirma que, desde el punto de vista de la legalidad vigente, el problema que suscita la coordinación entre la regla de la inmediatez y la prescripción de las faltas laborales, no puede resolverse «inaplicando el sistema de prescripción de las faltas creado por el artículo 60.2 ET. Si tal se hiciera, el principio de buena fe, actuaría "contra legem", como factor de ruptura del derecho positivo. Ha de utilizarse, pues, el principio de buena fe y, por lo mismo, el principio de inmediatez, como criterio de control de la discrecionalidad empresarial, con carácter "praeter legem". Más en concreto, el principio de inmediatez determina que sólo sean admisibles los actos de interrupción de la prescripción de las faltas que revelen, desde un punto de vista objetivo, la vitalidad del poder disciplinario. Todo acto dilatorio, o que no constituya un índice de la vitalidad del poder, habrá de reputarse contrario al principio de buena fe. Con ello se corrobora una observación común en la doctrina civilista, según la cual sólo poseen carácter interruptivo los actos idóneos, en cada supuesto concreto, para destruir la inercia que se halla en la base de la prescripción».

2.3. Razonabilidad en el ejercicio de los poderes empresariales.

37. El control del poder privado es uno de los casos típicos en que se ha concretado la aplicación del principio de buena fe (DI MAJO, 1980, 1983: 346 ss., 1987: 356 ss., y 1988: 344 ss.; BUONCRISTIANO, 1983 y 1986: 187 ss.; BIANCA, 1983: 214 y 215; RODOTÀ, 1987: 268 y 271; NANNI, 1988: 153 ss.; GALGANO, 1988: 448 ss.; ZOLI, 1988: 212 ss. y 231 ss. y 1992; TULLINI, 1990: 113 ss.; BALLETTI, 1990; FERRARO, 1991). En Italia, la jurisprudencia emplea de forma creciente el principio de buena fe para controlar los poderes privados, a partir de la Sentencia de la Casación de 2 de noviembre de 1979 (64). Así, la cláusula general de buena fe se ha empleado, en dicho país, para controlar la discrecionalidad del empresario en lo que hace a la promoción o a los concursos para el ingreso de los dependientes, así como en los supuestos de atribución de categoría, traslado o elección de quienes han de colocarse en la *cassa integrazione guadagni*. Un significado particular asume la jurisprudencia que admite el control judicial del despido o de la sanción del trabajador, de acuerdo con el parámetro de la buena fe, para descubrir si han existido motivos irrazonables que vicien el acto. Y la jurisprudencia ha llegado a exigir incluso, en ciertos supuestos, un deber de información y de motivación de los actos discrecionales.

En el tercer de sus Considerandos, la sentencia citada precisa: «La prescripción de las faltas laborales crea un marco general que no impide actuaciones concretas y particularidades del principio de buena fe y de las consecuencias que se derivan del mismo: así, la inmediatez en el ejercicio del poder disciplinario, cuya violación determinará una conducta contraria a los propios actos o una renuncia de derechos. En ciertas hipótesis, y como sucede de forma particular en las llamadas faltas continuadas, la inercia del empresario -según el profesor GIL y GIL- no habrá producido la prescripción de la falta, pero determinará que el ejercicio intempestivo o sorpresivo del poder vulnere el principio de buena fe. Si el ilícito persiste, la falta no prescribe a pesar de la inercia del empresario. Y, no obstante, una reacción repentina del empresario puede contravenir la buena fe, si el ejercicio resulta objetivamente inadmisibles. En general, un empresario que ha conocido y tolerado un incumplimiento durante largo tiempo deberá comunicar al trabajador que no se halla dispuesto a tolerarlo más, o podrá a lo sumo, aplicar una sanción menor dejando bien claro que, en caso de reincidencia, irrogará la sanción máxima de despido. Y ello como consecuencia -concluye el citado profesor- de que resulta inadmisibles seguir considerando que el empresario posee la facultad omnimoda de aplicar, en todo momento, la sanción que le parezca más oportuna, por cuanto el artículo 7 de la Recomendación 166 de la OIT alude al fundamento coercitivo y no punitivo de las sanciones disciplinarias, y tal previsión ha de considerarse, en nuestro ordenamiento, como una de las implicaciones del principio general de la buena fe en el ejercicio de derechos».

La sentencia citada -seguida por la STSJ de Extremadura de 26 de julio de 1994 (inérita)- menciona varias resoluciones judiciales en apoyo de tal doctrina: la STCT de 8 de septiembre de 1987 (Ar. 18606), la STSJ de Galicia de 9 de septiembre de 1992 (Ar. 4170) y la STS de 20 de febrero de 1991 (Ar. 854) y las en ella citadas.

Aplica también la doctrina de la inmediatez la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 20 de Madrid de 14 de julio de 1995 (inérita), la cual dice que «la buena fe exige inmediatez en el ejercicio de las facultades disciplinarias; y que precisamente la finalidad correctiva y no punitiva de la sanción laboral abunda en la necesidad de su inmediatez; cabe concluir lo siguiente: a nuestro juicio, y conforme entiende la mejor doctrina, la equidad y buena fe, unida a la finalidad correctiva de la pena, impide el cambio brusco e intempestivo de una situación de tolerancia a una situación de intolerancia». Esta sentencia menciona las SSTS de 28 de enero y 18 de diciembre de 1984.

Asimismo, la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 15 de junio de 1993 (Ar. 2801) exige, de acuerdo con la buena fe, un ejercicio tempestivo del poder disciplinario. Señala dicha resolución: «A más abundamiento y aunque se llegase a la conclusión de que debería cumplirse la orden e impugnarla, que no es la conclusión en el caso que nos ocupa, es evidente que tras numerosos años sin horario la existencia de una orden de que se cumpla cierto horario, incumpléndose desde el primer momento, reaccionando la empresa de manera sorpresiva pasado algo más de un mes, evidentemente supone una transgresión de la buena fe contractual por parte de la empresa, pues la misma dada la situación que venía de atrás e incluso la problemática judicial surgida entre las partes, debería, ejerciendo de buena fe los derechos, haber realizado algún acto de apercibimiento, y no tolerar el incumplimiento inicial para sorpresivamente producir un despido; por lo que no habiéndose infringido los preceptos denunciados es evidente que procede la desestimación del recurso».

(64) *For. it.*, 1980, I, pág. 440.

Se ha afirmado, en Italia, que uno de los terrenos más propicios para el empleo del principio de buena fe es el de los *poderes de autotutela* en las relaciones contractuales, debido a que tales poderes son discrecionales y resulta fácil abusar de ellos (DI MAJO, 1988: 327; véanse, asimismo, las observaciones de BUONCRISTIANO, 1986 y, en especial, 216 ss., y del propio DI MAJO, 1987: 356 ss.). Tal y como ha advertido DI MAJO (1983: 358), el poder «genera siempre un *surplus* de poder», que reclama una forma de control.

El principio de buena fe gozará, pues, de un protagonismo especial a la hora de establecer los límites que debe respetar el empresario en el ejercicio de sus poderes: la buena fe será una «"regla de gobierno" de la discrecionalidad» (DI MAJO, 1988: 304).

En la doctrina laboral española más reciente, GIL (1994: 123 ss.) ha analizado, desde la perspectiva de la buena fe, el ejercicio irrazonable del poder disciplinario empresarial. En su opinión, no basta con que el ejercicio del poder disciplinario no suponga una discriminación. Todo derecho o poder ha de ejercerse de acuerdo con los postulados de la buena fe. Y ciertas motivaciones del empresario pueden resultar irrazonables, por contrarias a la buena fe, aun cuando no tengan un carácter discriminatorio.

38. Como no podía ser menos, la jurisprudencia española condena el ejercicio irrazonable del poder empresarial.

La Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 20 de Madrid de 19 de diciembre de 1994 (65), dictada en un supuesto de despido por causas objetivas, señala que cabe mantener dos posturas para determinar el alcance del juicio de razonabilidad: «En primer lugar es posible sostener que el Juez debe llegar a la convicción de que la medida adoptada es la única razonable, de modo que si existen otras alternativas que permitan eludir el despido o cese, el Juez debe rechazar la medida -hard look-. Por contra cabe sostener que el Juez sólo debe ponderar si la medida es razonable acudiendo a un parámetro o standard de conducta; de modo que si la decisión se encuentra entre la que adoptaría un empresario diligente y regido por precedente proceder y buena fe, no debe irse más allá en el enjuiciamiento, aunque existan, al menos como posibles, otras medidas. Postura esta última que aquí se acoge y a la que invita la prudencia, máxime si se tiene en cuenta que la ciencia de la gestión no es una ciencia exacta. Sin embargo, si se observa una patente y clara inadecuación entre la medida del cese y el fin perseguido, no debe dudarse en declarar la medida injustificada» (66). La razonabilidad aparece, pues, en su forma negativa, para condenar el ejercicio irrazonable de los derechos y poderes del empresario.

(65) *Act. Lab.*, núm. 18, 1-7 de mayo de 1995, pág. 1.329, ref. 687.

(66) La sentencia añade: «Por lo demás, compete al empresario acreditar mediante el razonamiento lo justificado de su medida, pues él es quien la toma y por lo tanto quien conoce su causa, sin que pueda ésta presumirse; debe por lo tanto explicar con detalle el beneficio probable o razonable en que se traduzca la medida, sin que le pueda ser exigida prueba cumplida de su éxito, y bastando con que se conforme a un standard medio de prudencia empresarial, aparezca como posible el resultado pretendido». Y concluye que, aplicando la anterior premisa al caso de autos, «lo cierto es que no se alcanza a comprender, ni la empresa explicó, en qué medida, el cese de una oficial administrativa, puede concurrir a solven-

Varias sentencias afirman que la buena fe proscribe la arbitrariedad en el ejercicio de los poderes empresariales. Así, por ejemplo, la STSJ de Cataluña de 18 de enero de 1993 (Ar. 409) observa que el *ius variandi* «no puede entenderse como una facultad arbitraria y omnímoda, sino que debe utilizarse para la finalidad con que está concebida -exigencias organizativas del proceso productivo o del servicio-, pues «si bien cuando existe un interés objetivo en la organización de la empresa, nuestro ordenamiento ofrece protección jurídica a la necesidad empresarial, rechaza el no basado en una causa objetiva, pues entonces dicho interés -"subjetivo" y "espurio"-, es contrario al principio general de la buena fe contractual y laboral (arts. 1.258 Cc y 20.2 ET)» (67).

39. La jurisprudencia ha condenado el ejercicio irrazonable de las facultades y poderes del empresario en supuestos tales como la movilidad funcional, los traslados, el poder disciplinario, el despido tácito, la readmisión del trabajador, la alegación de la prescripción o la revocación de los cargos de libre designación.

En efecto, y por lo que hace a la movilidad funcional, la STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 30 de diciembre de 1993 (Ar. 5237) observa que el «refuerzo que del principio general de la buena fe que hace la Ley Laboral [STS de 27 de noviembre de 1989, (Ar. 8264)] impide al patrono utilizar el mecanismo de la movilidad funcional de manera arbitraria» (68). Según la STS de 27 de noviembre de 1989 (Ar. 8264), «es cierto que la vigente disciplina legal de la movilidad funcional no atribuye a ésta carácter causal; mas ello no debe suponer que tal facultad pueda ser ejercida de manera arbitraria y con finalidad de situar al trabajador en puesto de trabajo para el que carezca de aptitudes, pues, de esta manera, amén de perjudicar sus derechos profesionales -y el respeto de éstos sí que constituye límite legal de la movilidad funcional- se atendería contra el principio de la buena fe, al cual se hallan recíprocamente sometidos trabajador y empresario (art. 20.2 ET)» (69).

tar la grave pendiente de crisis de la empresa; cierto es que el impago de su salario evidentemente recorta gastos y disminuye pérdidas; pero no resulta razonable entender que el ahorro de un salario de 2.918.160 ptas., sin la acreditación de ninguna otra medida concurrente, permita a la empresa superar su situación crítica; es más a otras trabajadoras, también administrativas, les ha sido novado el contrato o les ha sido renovado en indefinido. Por lo tanto la decisión debe ser calificada de irrazonable y por ende el despido declarado improcedente».

(67) *Vid.*, en el mismo sentido, STSJ de Castilla-La Mancha de 30 de noviembre de 1994 (Ar. 5087).

También la STSJ del País Vasco de 14 de junio de 1993 (Ar. 2859) subraya la conexión de la razonabilidad con el legítimo interés empresarial. Según esta sentencia, «no hay que olvidar que en el ámbito de la relación laboral, ambas partes están obligadas a satisfacer sus recíprocas prestaciones con arreglo a las exigencias de la buena fe (art. 20.2 ET), lo que viene a introducir un criterio limitativo del poder de dirección de la actividad empresarial, del que es titular el empresario según lo establece el núm. 1 de ese precepto, al no permitirle que ejercite las facultades que dimanen del mismo con desprecio a los efectos que produce en el trabajador. Los perjuicios que éste sufra como consecuencia del ejercicio de esas facultades, no constituirán violación de ese específico deber siempre que la decisión obedezca a un legítimo interés empresarial, pero sí lo infringirán en la medida en que se ofrece desconectada de la razón de ser que justifica su atribución al empresario».

(68) *Vid.*, asimismo, STSJ de la Comunidad Valenciana de 18 de noviembre de 1982 (Ar. 5885), STSJ de Andalucía (Málaga) de 23 de octubre de 1992 (Ar. 5038), STSJ de Baleares de 7 de abril de 1992 (Ar. 1796), STSJ de La Rioja de 7 de diciembre de 1991 (Ar. 6614), STSJ de Madrid de 15 de diciembre de 1989 (Ar. 2739).

(69) La sentencia añade que, «en el supuesto de autos, el cambio de tareas impuesto al trabajador manifiesta la finalidad antes puesta de relieve, pues, de una parte, resulta evidente que las funciones que aquél desarrollaba con anterioridad a tal cambio -director técnico del proceso de producción de galletas en fábrica de pequeña entidad- no acredita de manera

En materia de traslados, la STCT de 5 de octubre de 1988 (Ar. 6105) dice que «no hay un poder o facultad para el traslado de trabajadores, aun sin exigir cambio de residencia, que implique arbitrariedad, es decir, habrá que tener alguna justificación motivadora que sea relevante y aceptable», y concluye que «no es posible aceptar la pretensión de la parte demandada y recurrente de poder adoptar decisiones de traslado de personal por su libre y sola voluntad, con independencia de soporte justificativo alguno». Del mismo modo, la STSJ de Galicia de 1 de octubre de 1993 (Ar. 4238) declara contrario a la buena fe el proceder de la empresa en un supuesto de traslado (70).

También exige la jurisprudencia un ejercicio razonable del poder disciplinario (71). En algún supuesto, la jurisprudencia tiene en cuenta, para valorar la conducta del trabajador, la actitud arbitraria del empresario que elude sus obligaciones (72).

alguna competencia para efectuar estudios tan complejos, importantes y ajenos a dicho proceso de producción, como eran los que se le encomendaron y que se describen con detalle en el relato histórico de la sentencia recurrida; y, de otra, las circunstancias concurrentes impiden entender la recta intención en la encomienda, pues ni ésta es lógica cuando existe situación de tensión entre las partes -y ésta se pone de relieve con la nota interna girada por la empresa al trabajador por la que se imputa un supuesto delito de apropiación indebida con relación a un vehículo del que la propia empresa dice desconocer su titularidad- ni demuestra la fe en el encargo el informe aportado a los autos, elaborado por decisión de la empresa por "Management, Consultants, S.A."».

- (70) En el supuesto que enjuicia la sentencia últimamente citada, la empresa comunica «en Ferrol a un trabajador, a última hora del sábado 3 de abril (que no viernes, como en la sentencia se señala), que el inmediato día laboral ha de presentarse en Barcelona para un reciclaje profesional cuya perentoriedad se nos escapa, y con mayor motivo sin proporcionarle billete para el transporte, siendo así que al empleado aún se le adeudaba la remuneración del precedente mes de marzo y que, alegada tal circunstancia por el requerido, no llegue a subsanarse por la empresa la deficiencia, sino con el ofrecimiento por parte del supervisor del centro de Ferrol de una cantidad (8.000 ptas.) que se presenta insuficiente al indicado efecto».
- (71) Según la STS de 28 de diciembre de 1987 (Ar. 9045), «si es verdad que la conducta de la actora, al no comparecer a su trabajo en la tarde del día 24 ni los días 25, 26, 27 y 28 de febrero y 1 de marzo sin que se haya acreditado que lo hiciera por indicación de su empleador, no está exenta de reproche y podría ser merecedora de sanción incluso, no es tributaria de la de despido; puesto que las faltas de puntualidad a que alude con reiteración el demandado como "algo que me molestaba" pero que nunca corrigió formalmente hasta que hizo cerrar el acceso del centro de trabajo para la actora creó una anómala situación patentizada en lo probado por la confusa actuación del empresario, creadora de dudas justificadas que degrada, claramente, la gravedad y culpabilidad de la conducta de la actora. Y de todo ello ha de concluirse que al adoptar la decisión del despido, transgredió en efecto el empresario las exigencias de la buena fe». A su vez, la STS de 5 de octubre de 1990 (Ar. 7530) declara que el poder disciplinario ha de ejercerse de acuerdo con los postulados de la buena fe.
- (72) Según la STS de 28 de septiembre de 1988 (Ar. 7137), la arbitraria actitud del empresario, que eludió el cumplimiento de la concesión de un día libre retribuido, debe tenerse en cuenta «a la hora de valorar la desobediencia de la trabajadora, y sin duda esta conducta y actitud de la empresa que frente a una colisión de intereses apela exclusivamente a sus derechos e impone la obligación de obediencia con ignorancia de los derechos de los trabajadores y sin ofrecer alternativa alguna que hagan cohonestables los derechos contrapuestos, significa un olvido de sometimiento a las exigencias de la buena fe exigido por el artículo 20.2 ET en su último inciso. Y por ello la desobediencia de la actora, que aisladamente puede ser enmarcada en el precepto citado, cualificada sin embargo, por la propia conducta de la empresa con la que constituye una unidad, no es acreedora a la sanción máxima de despido, pues para que ésta proceda no sólo es necesario que se dé objetivamente una conducta tipificable en alguno de los supuestos del artículo 54.2 ET, sino que se exige que la conducta sancionada sea plenamente culpable y este requisito esencial se ve sensiblemente atenuado cuando la empresa con su conducta maliciosa u olvidadiza de las exigencias de la buena fe, sirvió de motivación a la conducta del trabajador». Aparece la misma doctrina en la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 1 de septiembre de 1992 (Ar. 4249).

Por su parte, la STSJ de Andalucía (Málaga) de 2 de septiembre de 1992 (Ar. 4279) recuerda que «la doctrina jurisprudencial trata con recelo y sentido restrictivo la figura del despido fáctico y tácito, en tanto el mismo se deduce de conductas equívocas del empresario, por contrariar el principio de la buena fe».

La STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 18 de noviembre de 1993 (Ar. 4781) alude a «una actitud abusiva de la empresa que nada más readmitir a la trabajadora la envía [...] a dos términos municipales distantes de su domicilio, contraviniendo las reglas de la buena fe».

A su vez, la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 19 de octubre de 1993 (Ar. 4589) exige que el empresario ejercite de forma razonable la excepción de prescripción.

En fin, la STS de 30 de septiembre de 1987 (Ar. 6438) y la STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 1 de febrero de 1994 (Ar. 453) declaran que la buena fe impide al patrono utilizar de manera «torcida o arbitraria» cualesquiera de sus facultades, derechos o poderes. Y, en concreto, tienen en cuenta la buena fe en lo que hace a las facultades de revocación de los cargos de libre designación.

2.4. Razonabilidad en el ejercicio de los derechos por parte del trabajador.

40. Para concluir el artículo, conviene precisar que el trabajador también debe ejercer sus derechos de forma razonable.

El problema principal se ha producido en lo que hace al ejercicio de los derechos fundamentales por parte del trabajador. Ya la STC 120/1983, de 15 de diciembre, declaró que el ejercicio de la libertad de expresión debe enmarcarse en unas determinadas pautas de comportamiento que expresa, con carácter general, el artículo 7 del Código civil. A juicio del TC, «la existencia de una relación contractual entre el trabajador y el empresario genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que condiciona, junto a otros, también el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, de modo que manifestaciones del mismo que en otro contexto pudieran ser legítimas no tienen por qué serlo necesariamente dentro del ámbito de dicha relación».

A su vez, la STC 88/1985, de 19 de julio, precisó que «la emisión o difusión de opiniones en forma desajustada a lo que constituye una regla de general observancia en el tráfico jurídico convierte en ilícito y abusivo el ejercicio de la libertad de expresión, pudiendo por consiguiente entrar en juego el cuadro de responsabilidades contractuales derivadas del cumplimiento de buena fe. Y viceversa, la libertad de expresión ejercida sin tacha atrae hacia sí los mecanismos de protección jurídica que garantizan el legítimo ejercicio de los derechos fundamentales».

Por su parte, la STC 6/1988, de 21 de enero, precisa que la libertad constitucionalmente protegida no podrá invocarse «para romper el marco normativo y contractual de las relaciones jurídico-privadas, pero tampoco los principios que informen a estas últimas, y que preservan el honesto y leal cumplimiento por las partes de sus obligaciones respectivas, podrán entenderse en términos tales que se impida, más allá de los imperativos propios impuestos por el contrato, el ejercicio de la libertad civil que la Constitución preserva». La sentencia concluye que «el cumplimiento leal y de buena fe de las obligaciones dimanantes del contrato laboral proscribire, sin duda, cualesquiera actuaciones del trabajador intencionalmente dirigidas a inferir un daño moral o material al empleador».

Al respecto, debe indicarse que la doctrina ha criticado el empleo de nociones tales como el abuso del derecho para limitar los derechos fundamentales (MÜLLER, 1993: 97 y 98). Si, como hemos indicado más arriba, la ponderación es el modo usual de aplicación de los principios, parece más correcto -desde un punto de vista metodológico- utilizar el principio de proporcionalidad para resolver las colisiones que se produzcan entre principios tales como la libertad de expresión y la libertad de empresa. De aplicar el principio de proporcionalidad, como hacen la doctrina y la jurisprudencia alemanas, resultaría ociosa la referencia a la buena fe contractual.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBIOL MONTESINOS, Ignacio (1990), *El despido disciplinario y otras sanciones en la empresa*, Madrid-Barcelona-Bilbao, Ediciones Deusto, S.A., 157 págs.
- ALEXY, Robert (1986), *Theorie der Grundrechte*, en (1993), *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción castellana, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 607 págs.
- ALEXY, Robert (1994), *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 208 págs.
- ALONSO OLEA, Manuel (1986), «Sobre la forma del despido en relación con el Convenio (de la OIT, núm. 158, Ginebra, 1982), sobre la terminación de la relación de trabajo», *Documentación Laboral*, número 20, 1986, págs. 43 a 50.
- ALONSO OLEA, Manuel; CASAS BAAMONDE, María Emilia (1995), *Derecho del Trabajo*, 14.ª edición, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1.068 págs.

- ALPA, Guido (1993), *I principi generali*, Milano, Giuffrè, 464 págs.
- BELVEDERE, Andrea (1988), «Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme», *Politica del Diritto*, págs. 631 a 681.
- BIANCA, Massimo (1983), «La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale», *Rivista di Diritto Civile*, 1983, I, págs. 205 a 216.
- BOEHMER, Gustav (1959), *El derecho a través de la jurisprudencia. Su aplicación y creación*, traducción y anotaciones de derecho español por José Puig Brutau, Barcelona, Bosch, 669 págs.
- BUONCRISTIANO, Mario (1983), «Note a Cassazione, 19 giugno 1982, n. 3773; 12 giugno 1982, n. 3592; 8 febbraio 1982, n. 755; 14 aprile 1981, n. 2278; 14 aprile 1981, n. 2250», *Foro Italiano*, 1983, I, 113 a 117.
- BUONCRISTIANO, Mario (1986), *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, Padova, Cedam, 315 págs.
- CASTRONOVO, Carlo (1987), «L'avventura delle clausole generali», en *Il principio di buona fede*, Milano, Giuffrè, págs. 19 a 29.
- CORRIGNAN-CARSIN, Danielle (1995), «Loyauté et droit du travail», en *Mélanges en l'honneur de Henry Blaise*, Paris, Economica, págs. 125 a 152.
- COSSÍO, Alfonso (1955), *El dolo en el derecho civil*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado.
- CRISCUOLI, Giovanni (1984), «Buona fede e ragionevolezza», *Rivista di Diritto Civile*, 1984, I, págs. 709 a 754.
- D'AOUST, Claude; LECLERC, Louis; TRUDEAU, Gilles (1982), *Les mesures disciplinaires: étude jurisprudentielle et doctrinale*, Montréal, École de Relations Industrielles, Université de Montréal, Monographie 13, 484 págs.
- DE CASTRO, Federico (1949), *Derecho civil de España*, Parte General, Tomo I, Libro preliminar, *Introducción al derecho civil*, segunda edición, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 703 págs.
- DE LOS MOZOS, José Luis (1965), *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil Español*, Barcelona, Bosch, 305 págs.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (1963), *La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, Bosch, 505 págs.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (1986), Prólogo a *El principio general de la buena fe*, de Franz Wieacker, segunda edición, Madrid, Civitas, págs. 9 a 23.

- DÍEZ-PICAZO, Luis (1993), *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Volumen I. Introducción. Teoría del contrato*, cuarta edición, Madrid, Civitas, 489 págs.
- DI MAJO, Adolfo (1980), «Le forme di tutela contro i cosiddetti "poteri privati"», *Giurisprudenza Italiana*, 1980, I, págs. 439 a 446.
- DI MAJO, Adolfo (1983), «Limiti ai poteri privati nell'esercizio dell'impresa», *Rivista Giuridica del Lavoro*, 1983, I, págs. 341 a 361.
- DI MAJO, Adolfo (1984), «Clausole generali e diritto delle obbligazioni», *Rivista Critica del Diritto Privato*, n. 3, settembre 1984, págs. 539 a 571.
- DI MAJO, Adolfo (1987), *La tutela civile dei diritti*, Milano, Giuffrè, 370 págs.
- DI MAJO, Adolfo (1988), *Delle obbligazioni in generale (Art. 1173-1176)*, en *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di Francesco Galgano, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro Italiano, 501 págs.
- DREIFUSS-NETTER, Frederique (1985), *Les manifestations de volonté abdicatives*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 245 págs.
- ENGISCH, Karl (1968), *Einführung in das juristische Denken*, en *Introduzione al pensiero giuridico*, a cura di Alessandro Baratta, Milano, Giuffrè, 1970, 323 págs.
- FERRARO, Giuseppe (1991), «Poteri imprenditoriali e clausole generali», en *Diritto delle Relazioni Industriali*, 1991, 1, y ahora en *Autonomia e poteri nel diritto del lavoro*, Padova, Cedam, págs. 167 a 189.
- FERREIRA, Delia Matilde (1984), *La buena fe. El principio general en el derecho civil*, Madrid, Montecorvo, 356 págs.
- GALGANO, Francesco (1988), *Il negozio giuridico*, en *Trattato di diritto civile e commerciale di Antonio Cicu e Francesco Messineo*, a cura di Luigi Mengoni, III, t. 1, Milano, Giuffrè, 581 págs.
- GARCÍA BLASCO, Juan (1985), «Configuración jurisprudencial de la falta continuada como causa de despido», *Relaciones Laborales*, 1985, II, págs. 533 a 550.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1963), «Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho en el derecho administrativo», en (1984), *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, Madrid, Civitas, págs. 13 a 69.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1964), «Prólogo al libro de Theodor Viehweg *Tópica y jurisprudencia*», en (1984), *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, Madrid, Civitas, págs. 71 a 83.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1984), «Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución», en (1984), *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, Madrid, Civitas, págs. 85 a 174.
- GETE-ALONSO, María del Carmen (1992), «Artículo 7», en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, Tomo I, Vol. 1.º, Artículos 1 a 7 del Código Civil, segunda edición, Madrid, Editorial *Revista de Derecho Privado*, págs. 863 a 931.
- GHESTIN, Jacques, *Traité de Droit Civil. La formation du contrat*, 3.ª edic., Paris, LGDJ, 976 págs.
- GIL, José Luis (1993), *La prescripción de las faltas laborales*, Madrid, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo, 1993, 288 págs.
- GIL, José Luis (1994), *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa*, Madrid, Ministerio de Justicia, 178 págs.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (1989), *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, segunda edición, Madrid, Civitas, 199 págs.
- HEPPLER, B.A.; O'HIGGINS, P. (1981), *Employment Law*, London, Sweet and Maxwell.
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio (1979), *Reflexiones sobre una concepción ética y unitaria de la buena fe*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 59 págs.
- LARENZ, Karl (1958), *Derecho de obligaciones*, Tomo I, versión al castellano y notas de Jaime Santos Briz, Madrid, Editorial *Revista de Derecho Privado*, 542 págs.
- LARENZ, Karl (1975), *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, tercera edición, en Larenz, Karl (1978), *Derecho civil. Parte general*, versión castellana de la tercera edición alemana y notas a cargo de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea, Madrid, Editorial *Revista de Derecho Privado*. Editoriales de Derecho Reunidas, 872 págs.
- LARENZ, Karl (1985), *Richtiges Recht. Grundzüge einer Rechtsethik*, en Larenz, Karl, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, traducción al castellano y presentación de Luis Díez-Picazo, Madrid, Civitas, 202 págs.
- LASARTE, Carlos, «Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación. (En torno a la Sentencia del TS de 27 de enero de 1977)», *Revista de Derecho Privado*, 1980, págs. 50 a 78.
- MARTÍN VALVERDE, Antonio (1978), «Ideologías jurídicas y contrato de trabajo», en AA.VV., *Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, págs. 75 a 100.

- MENGONI, Luigi (1987), «Spunti per una teoria delle clausole generali», en *Il principio di buona fede*, Milano, Giuffrè, págs. 3 a 18.
- MIQUEL, José María (1991), «Artículo 7», en *Comentario del Código civil*, dirigido por Cándido Paz-Ares, Rodrigo Bercovitz, Luis Díez-Picazo y Pablo Salvador Coderch, Tomo I, Madrid, Ministerio de Justicia, págs. 37 a 56.
- MÜLLER, Friedrich, *Juristische Methodik*, en (1996), *Discours de la méthode juridique*, traducción francesa, Paris, Puf, 438 págs.
- NANNI, Luca (1988), *La buona fede contrattuale*, en *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, collana diretta da Francesco Galgano, Padova, Cedam, 615 págs.
- NATOLI, Ugo (1974), *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, en *Trattato di diritto civile e commerciale, diretto dai professori Antonio Cicu e Francesco Messineo*, XVI, t. 1, Milano, Giuffrè, 250 págs.
- OSMAN, Filali (1992), *Les principes généraux de la lex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, Paris, LGDJ, 515 págs.
- PERELMAN, Chaim (1978a), «Le raisonnable et le déraisonnable en droit», en *Archives de philosophie du droit*, 1978, t. 23, y ahora en *Éthique et Droit*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, págs. 511 a 522.
- PERELMAN, Chaim (1978b), «L'usage et l'abus des notions confuses», en *Logique et Analyse*, Bruxelles, n. 81, 1978, y ahora en *Éthique et Droit*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, págs. 803 a 818.
- PERELMAN, Chaim (1984), «Les notions à contenu variable», en *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, y ahora en *Éthique et Droit*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, págs. 788 a 802.
- PICOD, Yves (1989), *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Préface de Gérard Couturier, Paris, L.G.D.J., 254 págs.
- PIZZORUSSO, Alessandro (1988), «Clausole generali e controllo di costituzionalità delle leggi», *Politica del Diritto*, n. 4, dicembre 1988, págs. 655 a 665.
- RIPERT, Georges (1949), *La règle morale dans les obligations civiles*, 4.ª ed., Paris, LGDJ, 421 págs.
- RODOTA, Stefano (1987), «Conclusion: il tempo delle clausole generali», en *Il principio di buona fede*, Milano, Giuffrè, págs. 247 a 272.
- RODRÍGUEZ-SAÑUDO, Fermín (1990), «La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido», en *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Alonso Olea*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 521 a 559.

- SANTOS BRIZ, Jaime (1958), Notas al *Derecho de obligaciones*, Tomo I, de Karl Larenz, Madrid, Editorial *Revista de Derecho Privado*, 542 págs.
- SANTOS BRIZ, Jaime (1963), *Derecho económico y derecho civil*, Madrid, Editorial *Revista de Derecho Privado*, 282 págs.
- TULLINI, Patrizia (1990), *Clausole generali e rapporto di lavoro*, en *Materiali di diritto del lavoro e relazioni industriali ordinati da Luigi Montuschi e Marco Biagi*, Rimini, Maggioli Editore, 412 págs.
- VALDÉS DAL-RE, Fernando (1992), «Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador», en AA.VV., *Autoridad y democracia en la empresa*, a cargo de Joaquín Aparicio y Antonio Baylos, Madrid, Editorial Trotta, págs. 27 a 49.
- VAN OMMESLAGHE, P. (1989), *Droit des obligations*, Vol. IV, Bruxelles, Presses Universitaires de Bruxelles.
- WIEACKER, Franz (1956), *Zur Rechtstheoretische Präzisierung des 242 B.G.B.*, Tübingen, en Wieacker, Franz (1986), *El principio general de la buena fe*, segunda edición de la versión en castellano a cargo de José Luis Carro, Madrid, Civitas, 98 págs.
- ZOLI, Carlo (1988), *La tutela delle posizioni «strumentali» del lavoratore. Dagli interessi legittimi all'uso delle clausole generali*, Milano, Giuffrè, 387 págs.
- ZOLI, Carlo (1990), «Le clausole di procedimentalizzazione dei poteri imprenditoriali», en *Lecture di diritto sindacale. Le basi teoriche del diritto sindacale*, a cura di Massimo D'Antona, Napoli, Jovene Editore, págs. 379 a 401.
- ZOLI, Carlo (1992), «La giurisprudenza sui concorsi privati tra logiche pubblicistiche e strumenti civilistici: oscillazioni e assestamenti», *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1992, I, págs. 11 a 47.