

Informe de Investigación

Título: La Buena Fe Contractual y la Pérdida de Confianza en el Derecho Laboral

Rama del Derecho: Derecho Laboral.	Descriptor: Principios Laborales.
Palabras clave: La buena fe, Doctrina alemana, Buena Fe en los contratos, La Buena Fe Objetiva, El Trabajador de Confianza, Diferencias con el trabajador ordinario, Tipos de trabajadores de confianza, Despido por pérdida de confianza.	
Fuentes: Doctrina y Jurisprudencia.	Fecha de elaboración: 10 – 2011.

Índice de contenido de la Investigación

1 Resumen.....	2
2 Doctrina	2
a) La buena fe.....	2
Concepto y generalidades.....	2
Algunas maxims relativas a la buena fe.....	5
b) Crítica del planteamiento tradicional del problema.....	6
1. La polémica sobre las cláusulas generales.....	6
2. La inutilidad de la interpretación positivista.....	7
3. Los límites de una ética material normativa.....	8
4. Los límites de la simple subsunción lógica.....	10
c) La buena fe.....	10
d) La buena fe. (Aplicación jurisprudencial).....	11
a) Respeto de los términos de un acuerdo.....	13
b) Actualización del domicilio real.....	13
c) Riesgo de una deficiente administración empresarial.....	13
d) Comunicaciones entre las partes.....	13
e) Falta de precisión en el reclamo de deuda salarial.....	13
f) Requerimiento al empleador previo a la resolución del vínculo.....	13
g) Vínculo personal que implica la relación laboral.....	14
h) Doctrina de los actos propios.....	14
e) La buena fe objetiva en la interpretación del contrato.....	14
La doctrina de los actos propios.....	16
f) El Trabajador de Confianza en relación con otros Trabajadores.....	17
A) Cuestiones Generales:.....	17
1) Diferencias Básicas entre El Trabajador De Confianza y el Trabajador Ordinario.....	17



2) Clasificación de los Trabajadores de Confianza.....	18
B) La Pérdida de Confianza.....	19
1) Pérdida de Confianza en Trabajadores que son eminentemente de Confianza.....	19
2) La Pérdida de Confianza en otros Trabajadores.....	20
3 Jurisprudencia.....	21
a)Trabajador de confianza: Trabajadora que realizaba labores domésticas no lo constituye.....	21
b)Trabajador de confianza: Alcances del término "puesto de confianza".....	23
c)Procedencia del despido justificado por pérdida de confianza.....	26
d)Despido justificado: Procedencia por pérdida de confianza.....	27
e)Trabajador de confianza: Análisis acerca de la figura en el empleo público.....	28

1 Resumen

El sobre **la buena fe contractual y la confianza en el Derecho Laboral** se crea el presente informe, exponiendo el desarrollo de la buena fe por medio de doctrina, en la cual se explica, su concepto, máximas, problemática, interpretación, aplicación jurisprudencial. De la confianza se exponen, generalidades, diferencia entre el trabajador de confianza y el trabajador ordinario, la clasificación del trabajador de confianza, jurisprudencia sobre el mismo, salvedades, despido por pérdida de confianza, entre otros.

2 Doctrina

a)La buena fe

[Hernández]¹

Concepto y generalidades

Se ha llegado a decir que "El derecho es la autoridad y la disciplina de la, buena fe...". Esto denota la importancia trascendental del postulado al cual vamos a referirnos.

El concepto de la buena fe es un punto de partida de toda normatividad jurídica. Viene a ser un representante de las normas morales en el terreno jurídico. Toda disposición legal se encuentra bañada con una dosis de moralidad, propia del convivir humano; y es ese convivir humano el que define y califica la moralidad o inmoralidad de una acción o de un no proceder.

Virgilio de Sá Pereira dice: "Un Código es un conjunto de reglas que la moral sanciona; eliminad de

los textos la buena fe y será un conjunto de ganzúas".

La Enciclopedia Jurídica OMEBA expresa: "Se muestra como la convicción o conciencia de no perjudicar a otro, de no defraudar la ley; en la honesta y leal concertación y cumplimiento de los negocios jurídicos".

La Jurisprudencia argentina sostiene: "La buena fe es la justa opinión de que lo que se ha hecho se tenía el derecho de hacer, o es la ignorancia del vicio que afecta el acto".

Agustín Vicente y Gella apunta: "...la buena fe es la confianza en que todo el que es parte en un acto jurídico ajustará su conducta en orden al mismo, a lo que es costumbre entre los hombres honrados".

El Dr. Dalmiro A. Alsina Atienza anota: "La Buena fe jurídica consiste en la convicción de actuar conforme a Derecho". Esta concepción, no obstante ser muy general y corta de vocablos nos parece cualitativamente una de las más acertadas.

Don Luis Claro Solar al referirse a la buena fe en materia de posesión, cita a Troplong, quien define al principio que nos ocupa como "la creencia firme e intacta de que se es propietario".

La Jurisprudencia española ha establecido: "La buena fe equivale al desconocimiento del vicio que invalida el derecho del transferente". También ha dicho el Derecho de Juristas -una de las acepciones del vocablo Jurisprudencia- de dicho País que: "No es adquirente de buena fe quien, conociendo la verdadera titularidad de pertenencias mineras, a pesar de ello, adquirió la totalidad de las mismas de los herederos de quien sólo tenía una participación en ellas".

A los conceptos reproducidos, que traslucen la esencia de la buena fe jurídica, agregaremos nosotros el elemento protección legal, pues el sujeto que actúa de buena fe se encuentra tutelado por el ordenamiento jurídico. Este tutelaje se manifiesta de diversas formas, sea liberando o limitando responsabilidad, sea declarando inoponible determinado acto jurídico; sea otorgando validez a un acto que ordinariamente no debiera serlo, etc.

Procurando dar un concepto diremos que la buena fe es el convencimiento de que lo que se hizo o se hace va ajustado al ordenamiento jurídico, el cual tutelaré ese proceder a través de diversas manifestaciones jurídicas.

En muchas ocasiones el postulado materia de este trabajo -buena fe- se traducirá en la ignorancia de una determinada situación o condición. La mala fe, en su conocimiento anticipado) A este respecto (de la mala fe) existen disposiciones legales terminantes en nuestro Código Civil.

Así vemos el artículo 80, regla 6a., ubicado en el TITULO 1, parágrafo 3o. "De la presunción de muerte por desaparecimiento". Dice la disposición: "En la revocatoria del decreto de posesión definitiva se observará las reglas que siguen:

6a.- El haber sabido y ocultado la verdadera muerte del desaparecido, o su existencia, constituye mala fe".

En este mismo sentido en el libro IV, TITULO XXXIX "DE LA PRELACION DE CREDITOS", el artículo 2394, disposición la., consagra: "En cuanto a los actos ejecutados antes de la cesión de bienes o la apertura del concurso, (de acreedores) se observarán las disposiciones siguientes:

a) Los acreedores tendrán derecho para que se rescindan los contratos onerosos, y las hipotecas, prendas, anticresis o constitución de patrimonio familiar, que el deudor haya otorgado en perjuicio de ellos, estando de mala fe el otorgante y el adquirente, esto es, conociendo ambos el mal estado de los negocios del primero;"

En el libro II, TÍTULO VII "DE LA POSESION", parágrafo lo. "De la posesión y sus diferentes calidades", el Código Civil consigna la definición de la buena fe: "Art. 740.- La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de cualquier otro vicio.

Así, en los títulos translativos de dominio la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla, y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato.

El justo error, en materia de hecho, no se opone a la buena fe.

Pero el error, en materia de derecho, constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario.

No obstante que el Código habla de la adquisición de dominio, la esencia de la buena fe está en "la convicción de actuar conforme a Derecho"; en lo que el mencionado cuerpo de leyes denomina "conciencia"; por lo que esa "conciencia" es aplicable a otras construcciones jurídicas. Mas debemos aclarar que en no pocas ocasiones será necesario que esa "conciencia" sea creíble, es decir, que será necesario que se ejercite la debida diligencia (media por regla general), así como determinadas actividades propias y previas a la realización o celebración del acto jurídico de que se trate; pues de otra manera caeríamos en una especie de so-breprotección o paternalismo legal. Para que llegue a ser tal, la buena fe deberá, pues, en variadas ocasiones ir a-compañada de uno o varios actos previos que la hagan creíble. Esa "conciencia" o convicción debe ser apoyada, tener su antecedente (reiteramos que no siempre)

En la ejecución de un contrato puede llegarse a ejercer una suma diligencia, si así lo establece alguna cláusula, o si la naturaleza de la obligación así lo exige.

La tesis que vamos a propugnar: la buena fe como fuente de derecho, se encuentra brevemente enunciada por Agustín Vicente y Gella, en la obra ya citada, págs. 84 y 85; pero este autor formula la tesis desde un punto de vista distinto al nuestro. Según Vicente y Gella, "La buena fe , elemento intrínseco del derecho, delimita el alcance de éste, desde cuatro puntos de vista diferentes, a) Como supletoria de sus preceptos. Criterio interpretativo. En este sentido la buena fe viene a ser la ley no escrita; queda convertida no en un elemento, sino en el mismo derecho vigente, y constituye en definitiva una verdadera fuente del derecho.

b) Con eficacia positiva. Dando validez a situaciones en realidad inexistentes. El sujeto de buena fe tiene derecho a considerar como habiendo tenido lugar hechos o actos jurídicos que no se han verificado nunca. Tal es, por ejemplo, en materia cambiaría la doctrina de la firma aparente.

c) Con alcance negativo. El individuo de buena fe no puede ser perjudicado por actos o contratos que desconoce. Ineficacia del verdadero negocio jurídico con respecto a personas que en él no tomaron parte, por causa de simulación, clandestinidad, etc.

La existencia de la buena fe no sólo en el sentido subjetivo sino en el aspecto objetivo -uso o costumbre, forma de proceder en sus negocios de los hombres honrados- es, pues, esencial como se deduce de estos dos últimos puntos para poder ostentar la condición jurídica de tercero. (Nosotros no pensamos que para ostentar la condición jurídica de tercero deban concurrir necesariamente ambos elementos: subjetivo y objetivo)

d) Pero la buena fe es en todo caso elemento esencial del orden jurídico, por lo que su ausencia impide que pueda concluirse válidamente ningún negocio que el derecho reconozca y ampare, salvo precisamente con respecto a personas que hubieran procedido con aquel requisito, o sea los terceros, o aquellos contratantes que no hubieran dado origen ni fuesen culpables de las causas de

nulidad".

Como lo anunciamos, en el primer punto de vista se menciona a la buena fe como "una verdadera fuente del derecho", mas el autor la mira así al establecer su función supletoria; nosotros sostenemos que la buena fe se erige como fuente de derecho, no partiendo de su función supletoria propiamente sino de la existencia concreta de disposiciones legales que así lo sugieren en forma clara.

Tal es el caso de los artículos 973, 1884, 2103, 1498, etc., los cuales serán transcritos en su oportunidad. Muchas disposiciones no enuncian las palabras "buena fe", sin embargo la dejan entrever (tengamos presente siempre, aunque pequemos de repetitivos que la buena fe suele traducirse en la ignorancia o desconocimiento de cierta situación o condición)

Expuestas las ideas generales sobre el postulado en estudio, en adelante este trabajo va dirigido casi exclusivamente al análisis de disposiciones legales del Código Civil que desarrollan la noción de la buena fe y que nos permitirán -ciertas de ellas- demostrar que la "bona fides" se le vanta como una real fuente de derecho.

Algunas maximas relativas a la buena fe

[Hernández]²

"Bona fides semper praesumitur, nisi mala, adesse probetur": "La buena fe se presume siempre, si no se prueba la existencia de la mala".

"Bona fides exigit, ut, quod convenit, fiat": "La buena fe exige que se haga lo que se convino".

"Bonam fidem in contractibus considerari aequum est": "Es justo atenerse a la buena fe, en los contratos".

"Bona fides, quae in contractibus exigitur, aequitatem summan desiderat": "La buena fe, que se exige en los contratos, requiere suma equidad".

"Fides bona contraria est fraudi et dolo": "La buena fe es contraria al fraude y al dolo".

"Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur": "La buena fe no permite que se exija dos veces la misma cosa".

"Bonae fidei emtor esse videtur, qui ignoravit eam rem alienam esse": "Se considera comprador de buena fe el que ignora que la cosa era ajena".

"Error facti concurrrens cum errore iuris, inducit bonae fidei presumptionem": "El error de hecho, concurriendo con el error de derecho, induce la presunción de buena fe".

"Qui auctore iudice comparavit, bonae fidei possessor est": "El que compró con la autoridad del juez es poseedor de buena fe".

"Bonae fidei possessor loco domini est, et bona fides ei tantundem praestat, quantum veritas domino": "El poseedor de buena fe está en lugar del dueño, porque aquélla le da tanto derecho como el verdadero dominio al propietario".

"Oportet, ut, qui praescribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae": "Es necesario

que quien prescribe no haya tenido en ningún momento conciencia de que la cosa era ajena".

"Qui intelligit alienum se possidere, mala fide possidet": "El que sabe que posee lo ajeno posee de mala fe".

"Auctoris dolus emptori non obicitur": "Al comprador no se le opone el dolo del vendedor".

"Dolus auctoris, bonae fidei emptori non nocet": "El dolo del vendedor no perjudica al comprador de buena fe".

"In omnibus casibus, si sciens quis alienam rem vendidit, omnimodo tenetur": "En todos los casos, si a sabiendas hubiese vendido alguno una cosa ajena, de todos modos debe quedar obligado".

"In omni contractu bonam fidem praestare debet": "En todo contrato debe darse la buena fe".

"In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit": "Se determinó que en las convenciones se atiende a la voluntad de los contratantes más bien que a las palabras".

"Verba secundum naturam actus de quo agitur, accipi debent": "Las palabras han de aceptarse con arreglo a la naturaleza del acto de que se trata".

b) Crítica del planteamiento tradicional del problema

[Wieacker]³

1. La polémica sobre las cláusulas generales

La problemática sobre las cláusulas generales, y por consiguiente, también de la nuestra —es algo que se encuentra desde hace mucho tiempo en todas las bocas.—No es raro toparnos con exageradas alabanzas de los impulsos que del párrafo 242¹ pueden partir en pro de una depuración de la ética contractual o para conseguir dominar las crisis económicas de los últimos decenios. De hecho, la jurisprudencia recaída en torno al párrafo 242 ha trastornado el Derecho de obligaciones y lo ha mantenido en beneficiosa movilidad. En estos elogios, las cláusulas generales se entienden como «párrafos regios». Se hacen orgullosas referencias al pretor romano o al juez inglés. Y resuenan deseos o apetencias de una jurisprudencia de intereses o de un derecho libre. Se olvida de este modo que incluso después de una eventual superación del positivismo, la jurisprudencia ha de continuar siendo servidora de la ley y del derecho (Art. 20, II G. G.). Y que, además, aun en el supuesto de que posea una libertad mayor, se encuentra vinculada a unos datos que son lógico-materiales y éticos. Y si todavía continuase siendo posible la ilusión, sería provechoso echar una mirada hacia la realidad del jurista, que cada vez más parece convertirse en la cabeza de turco de un legislador indeciso o precipitado.

En forma algo más moderada se ha querido encontrar en las cláusulas generales una válvula para las exigencias ético-sociales, una especie de ilustrado positivismo social que en cierto modo inhala como por diósmosis una fresca ética social de primera mano. Sin embargo, esta tesis y la todavía más audaz que preconiza una permanente «adaptación» de la estructura normativa a las

1 Parágrafo 242 del Código Civil Alemán. BGB.

exigencias sociales, encuentran su límite en que precisamente la norma misma —esto es, la medida y la línea directriz de las decisiones—, ha de ser incambiable. Cambiantes, en cuanto dialécticamente entrelazados temporal y espacialmente, son sólo los resultados sociales y las exigencias de la justicia en el caso concreto.

Las cláusulas generales no han cosechado únicamente alabanzas. Ha habido también acerbas censuras. Sobre todo a partir del momento en que Hedemann comenzó a hablar sugestivamente de una huida (del legislador) hacia las cláusulas generales. En Francia se le unió el importante libro de Ripert sobre el elemento ético en los contratos obligatorios. Se teme que se produzca una debilitación del Derecho a través de una laxa y hasta demagógica equidad y se ve en las cláusulas generales una puerta abierta a la arbitrariedad, y, en particular, al juego de los intereses políticos y de la presión política. Más adelante nos ocuparemos de las premisas de esta crítica, en la que hay un convencimiento de la nocividad del vaciamiento de la estructura normativa. En todo caso, es verdad que dentro de la especial situación que creó "el totalitarismo, los pronósticos se cumplieron a causa de la peculiar inclinación del legislador a otorgar carta blanca a través de unas cláusulas generales lo más indeterminadas y emocionales posibles («honrado», «rigor especial», «según los sanos sentimientos del pueblo»). Y todavía hoy en día el peligro no ha desaparecido totalmente. Por un lado, tanto hoy como ayer, el legislador, que quiere evitar los conflictos que se plantean en el procedimiento legislativo, tiende a trasladarlos sobre los hombros de los sufridos archiveros de la Administración y de la legislación. Y por otro lado, hay una jurisprudencia que, en *problemática* contraposición con el Tribunal del *Reich*, parece a veces adscribirse a un concepto de Derecho natural demasiado simplificado, lo cual tampoco contribuye a eliminar los temores.

2. La inutilidad de la interpretación positivista

Sea como fuere, lo cierto es que el parágrafo 242 —tan alabado y tan criticado— ha sido en todo caso valorado a partir de unos presupuestos positivistas. Ello no constituye ningún reproche. Al revés, es algo que viene impuesto por la colocación del parágrafo dentro de nuestro Código. Sin embargo, este tipo de consideraciones no proporciona ningún auténtico criterio sobre el valor de las cláusulas generales y no permite siquiera conocer con claridad su función.

La grandeza y la miseria del parágrafo 242 resultan de las inevitables antinomias del concepto mismo de Derecho. Oportunidad y racionalidad, o mejor, justicia del caso concreto y validez general, son elementos necesarios del Derecho y de la Justicia, que frecuentemente se hallan en conflicto en la realidad. En este conflicto, la apelación a las cláusulas generales entraña una aspiración a la justicia del caso concreto y una inclinación a limitar la igualdad ante el Derecho. Esta contraposición no se puede solucionar si se persiste en la línea de análisis de la que suelen partir los partidarios y adversarios de las cláusulas generales. Unos y otros coinciden en que la cláusula general es una norma jurídica positiva, esto es, un mandato general de la ley, dirigido al juez, que, consecuentemente, en el caso de reenvío a la «buena fe» o a los «usos del tráfico», el juez ejecuta o cumple simplemente mediante un juicio lógico o subsunción. Según esta idea, la norma se diferencia de los demás preceptos jurídico-positivos únicamente por dos notas: de un lado por su configuración indeterminada (precisamente en cuanto cláusula general) y de otro lado por el reenvío que hace a preceptos («buena fe») o criterios sociales («usos del tráfico») no positivizados, sino metajurídicos.

Es evidente que a esta vía de análisis le sirve de base la conocida concepción positivista del Derecho, según la cual no existen lagunas en el ordenamiento jurídico escrito y la aplicación del derecho se limita a ser un acto cognoscitivo de subsunción del supuesto de hecho en el juicio

hipotético que se encuentra contenido en la norma. La cláusula general aparece también aquí como un juicio anticipado (hipotético), esto es, como un rígido proyecto previo del legislador.

Este análisis no se ve sustancialmente modificado por el hecho de que, después de la transición a un positivismo «naturalístico», se entienda el parágrafo 242 como una norma en blanco, que ya no reenvía a normas sociales de conducta, sino simplemente —como Isay (en su obra fundamental *Norma jurídica y decisión*) y otros partidarios del Derecho libre pretenden— a hechos metajurídicos, es decir, a objetivos sociales o a intereses individuales. Pues frente a ello sigue siendo válida la observación de Engisch de que precisamente el Derecho no es (sólo) inmanente a la realidad y que por consiguiente el dualismo entre norma y supuesto de hecho social no es, en último término, suprimible. Más escuetamente: el positivismo naturalístico es también positivismo jurídico y no escapa a las antinomias insolubles que plantean las cláusulas generales.

3. Los límites de una ética material normativa

En la crítica de este modo de plantear el problema hemos de aplicar a nuestro objeto las aportaciones más sólidas de la filosofía y de la teoría del derecho. Estas aportaciones se refieren, por un lado, a los límites de la ética material normativa 3 a), y, por otro, a la tradicional concepción positivista de la aplicación de las normas 3 b).

a) Al positivismo como tal no se le plantea el problema de la posibilidad de una ética material normativa. Puesto que el fundamento de la validez del Derecho, lo encuentra en el mandato legal, es completamente libre para dar a los imperativos la configuración más indeterminada posible. Una frase tan general como «todas las personas consideradas por el Jefe del Estado como enemigos deben ser ahorcadas» es, obviamente, simple y puro terror, pero no se le puede reprochar ambigüedad desde el punto de vista jurídico-teórico. Otra cosa es, sin embargo, que una norma jurídica remita a normas de conducta *ético*-sociales, como orgullosamente hacen la mayoría de las cláusulas generales (v. gr. los parágrafos 138, 826, 157, 626 del BGB) y entre ellas el parágrafo 242. De esta forma, se recibe precisamente y de manera inconsecuente la ética axiomática del carácter general y de validez universal, colocada más allá del *bic et nunc* del caso concreto, que el positivismo reprochaba —y por cierto con toda razón— desde la crítica kantiana de la razón práctica al Derecho Natural. La indeterminación de estas normas ético-sociales, y su generalidad, no significa, siempre bajo los presupuestos anteriores, algo así como una renuncia a la «validez» absoluta, general e intemporal de las cláusulas generales para cada caso concreto.

No es necesario ningún excursus de filosofía jurídica para mostrar la inadmisibilidad de estas premisas. Basta con hacer alusión a la definitiva destrucción del sueño de un Derecho racionalista llevada a cabo por Kant, al descubrimiento por Hegel de la historicidad de la ley moral o a la crítica que el protestantismo reformador hizo al Derecho natural. Ultimamente Welzel ha examinado de nuevo estas críticas y, con referencia especial a la teoría del Derecho, ha mostrado cómo para una actividad histórica, personal y especialmente condicionada no se puede dar un precepto general material que pueda prescindir de la historia, de la persona o de la situación. Cotí otras palabras: la ética social puede perfectamente establecer máximas *hic et nunc*, esto es, líneas directrices de la conducta social, pero no esquemas-normativos de validez general bajo los cuales pueda subsumirse un determinado supuesto de hecho mediante juicios analíticos. «Buena fe» o «buenas costumbres» no son moldes acabados, que el juez calca sencillamente sobre el material que ha colocado debajo, sino una extraordinaria tarea que tiene que realizar el propio juez en la situación determinada de cada caso jurídico.

El desarrollo posterior de la Etica no ha invalidado estas críticas. Aun cuando se considere posible

formalmente un «Derecho natural de contenido variable», ello no nos lleva al reconocimiento de unas normas materiales de valor absoluto. La constatación de Welzel de que la totalidad del campo jurídico se halla en cierto modo penetrada por estructuras lógico-materiales hacia las cuales se pueden orientar las decisiones, el reciente intento de Maihofer de revalorizar en un permanente personalismo el uno que el existencialismo había inicialmente minusvalorado y, por último, la referencia de Esser —que a continuación será analizada más detenidamente— a las fuentes forenses de un arte de la justicia concreta, coinciden en no admitir la posibilidad de que el legislador formule juicios ético-sociales de validez general.

La concepción tradicional según la cual el parágrafo 242 simplemente constituye una recepción en el Derecho positivo de las normas de conducta social bien estructuradas, podría únicamente implantarse de nuevo mediante una repriminación del Derecho natural precrítico. Ello constituiría un abandono del trabajo filosófico sobre el problema ético, si se llevase a cabo bajo la forma venerable y metódicamente severa del pensamiento tomista del Orden, mediante la formulación de normas jurídicas culturales como Derecho natural protestante (rechazado por la crítica de la reforma), o incluso mediante el Derecho natural benévolo y ecléctico de nuevos reyes-jueces. No seguiremos estos caminos.

b) Aun en el caso de que existiesen normas sociales generales, bajo las cuales pudiese el juez subsumir su conflicto al igual que bajo un precepto jurídico positivo, nuestros conocimientos actuales sobre la esencia de la aplicación judicial del Derecho no admitirían semejante concepto de aplicación de la norma al caso concreto. El esquema mental que se advierte en las palabras «aplicación del parágrafo 242» contendría una concepción demasiado ingenua y simplista de las relaciones existentes entre norma jurídica y sentencia considerando la norma del 242 como un «juicio general» y la sentencia basada en el 242 como un simple acto cognoscitivo de subsunción. También aquí nos referimos a algo demostrado hace ya tiempo.

Que la aplicación del Derecho no se limita a la realización de una figura lógica acabada, esto es, de un juicio analítico, sino que es siempre interpretación, ha sido puesto de manifiesto por Esser en el campo del Derecho civil y es algo que hoy día no se discute ya. Rara vez la configuración necesariamente general de la norma jurídica permite, ante las inagotables posibilidades de los concretos conflictos, aquella concreción que hace que sean suficientes simples juicios analíticos. La aplicación judicial del Derecho es, como toda interpretación, realización de valor, esto es, una elección entre varias valoraciones posibles hacia cuyos principios aquélla se orienta.

En la medida en que la aplicación que de la norma se hace en la decisión judicial —considerada como realización de aquella elección— contiene elementos volitivos al lado del acto de juicio lógico, cada decisión constituye un elemento de una nueva creación de Derecho, es decir, en cierto modo —y también en nuestro Continente— *law in making*. Y ello es tanto más así cuanto más indeterminada sea la prescripción del legislador. Y de manera especialísima, en el caso de las cláusulas generales. Por esta razón, la aplicación de una cláusula general —esto es, toda sentencia basada en el parágrafo 242—, 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.

Sin embargo, la relación entre la cláusula general y el caso concreto, no es tan sencilla como la subordinación lógica de lo particular a lo general. Los valores a los que remiten las ideas de «buena fe» o de «usos del tráfico» sólo quedan en realidad integrados en la sentencia. La *fides uberrima* del parágrafo 242 —como toda cláusula general en sentido propio— es una referencia a experiencias, reglas o máximas que hay que actualizar in foro.

Por este motivo, tampoco es llano que su aplicación haya de hacerse mediante la recepción in

com-plexu de representaciones valorativas de carácter ético-social general, sino más bien mediante la actualización individual y voluntaria del Derecho en la sentencia.

Como por primera vez subrayó F. V. Hippel, en las cláusulas generales nos hallamos ante directrices que como tales per definitionem remiten a su vez a una significación a encontrar, esto es, directrices referidas al caso y por tanto orientadoras, y no puntos fijos concretos (como intereses públicos o privados individualizados); de lo contrario el juez se comportaría como aquel perro del que hablaba Rilke (en el serio tema de la exigencia religiosa) que mordía el dedo que le indicaba la meta antes de buscar esta última. La llamada cláusula general es una máxima de actuación justa que invita a orientarse en líneas de tendencia. Por ello, de forma hipercrítica, aunque no incorrecta, podría decirse: no es, en efecto, ninguna cláusula general, esto es, ninguna prescripción «general».

4. Los límites de la simple subsunción lógica

Estos son los motivos por los cuales la aplicación del parágrafo 242, concebida como una exigencia de subsunción del caso discutido en una norma, supone en el juez una acción parecida a la del barón de Münchhausen, que se sacó del pantano tirando de su propia cabellera. Presupone como dada, una norma, que, en realidad, debe ser primero elaborada (como hipótesis) para la situación conflictiva concreta. Y esto vale incluso allí donde parecen existir los prejuicios correspondientes o rationes decidendi. Pues precisamente éstas no tienen una validez general, sino que están de tal forma limitadas a su específico caso jurídico que en rigor no admiten la subsunción en otros casos. Sobre ello no deben ni por un momento inducir a engaño las demasiado cómodas directrices de las publicaciones oficiales de sentencias.

c) La buena fe

[Diez-Picazo]⁴

La buena fe es tenida en cuenta por el ordenamiento jurídico con una pluralidad de matices y de consecuencias. Sin pretender hacer una enumeración exhaustiva de las mismas podemos destacar las siguientes:

- a) La buena fe es considerada en primer lugar como una causa de exclusión de la culpabilidad en un acto formalmente ilícito y por consiguiente como una causa de exoneración de la sanción o por lo menos de atenuación de la misma.
- b) La buena fe es tenida en cuenta en segundo lugar como una causa o una fuente de creación de especiales deberes de conducta exigibles en cada caso, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes a través de ella. Las partes no se deben sólo a aquello que ellas mismas han estipulado o escuetamente a aquello que determina el texto legal, sino a todo aquello que en cada situación impone la buena fe.
- c) La buena fe es finalmente una causa de limitación del ejercicio de un derecho subjetivo o de cualquier otro poder jurídico.

El principio de buena fe comporta, pues, una serie de limitaciones al ejercicio de los derechos subjetivos. Es inadmisibles, dice Larenz, todo ejercicio de un derecho subjetivo que contravenga en cada caso concreto las consideraciones que dentro de la relación jurídica cada parte está obligada a adoptar respecto de la otra.

El ejercicio de un derecho subjetivo es contrario a la buena fe no sólo cuando se utiliza para una finalidad objetiva o con una función económico-social distinta de aquella para la cual ha sido atribuido a su titular por el ordenamiento jurídico, sino también cuando se ejerce de una manera o en unas circunstancias que lo hacen desleal, según las reglas que la conciencia social impone al tráfico. El derecho subjetivo debe ejercitarse según la confianza depositada en el titular por la otra parte y según la consideración que ésta pueda pretender de acuerdo con la clase de vinculación especial existente entre ellas.

El derecho subjetivo debe ejercitarse siempre de buena fe. Más allá de la buena fe el acto de ejercicio de un derecho se torna inadmisibles y es antijurídico.

La protección general contra el ejercicio de mala fe se entronca históricamente con la figura de la exceptio doli. La exceptio doli fue el instrumento jurídico a través del cual los juristas romanos hicieron posible una aplicación de la bona fides, dotándola de una protección mayor y más eficaz y arbitrando los medios necesarios para una solución más equitativa de los problemas jurídicos. La exceptio doli es una medida de defensa del demandado frente a la acción ejercitada dolosamente que permite paralizarla precisamente a causa de la contravención de la buena fe que ella produce.

Cuestionan los autores hasta qué punto puede afirmarse la existencia de la excepción de dolo en el Derecho actual, una vez desaparecido el formalismo estricto característico del Derecho romano y por lo tanto desaparecida con él la razón que justificara, se piensa, su nacimiento y extensión. A nuestro juicio no puede decirse que subsista, propiamente hablando, la exceptio doli del Derecho romano. Sin embargo, resulta obvio que el reconocimiento de la buena fe como un límite del ejercicio de los derechos subjetivos obliga a reconocer en el sujeto pasivo del derecho subjetivo ejercitado en contra de los dictados de la buena fe, unos medios de defensa per exceptionem que le llevan a enervar, repeler o detener la pretensión del titular del derecho y que a estos medios se les puede llamar genéricamente exceptio doli.

d) La buena fe. (Aplicación jurisprudencial)

[Etala]⁵

Es otro de los principios de aplicación, interpretación e integración de la ley laboral. El art. 11 de la LCT enfatiza su importancia con su mención expresa, por más que ya se la podía considerar incluida dentro de los principios generales del derecho del trabajo.

El Diccionario de la Lengua Española define a la "buena fe" con los vocablos "rectitud" y "honradez" y a la "mala fe" como "doblez" y "alevosía" y también "malicia o temeridad con que se hace alguna cosa". El significado vulgar coincide sustancialmente con el técnico-jurídico.

Se suele distinguir en doctrina la buena fe-creencia y la buena fe-lealtad. La buena fe-creencia es la posición de quien ignora determinados hechos y piensa, por lo tanto, que su conducta es



perfectamente legítima y no provoca perjuicios a nadie (p.ej., el poseedor de buena fe). La buena fe-lealtad se refiere a la conducta de la persona que considera cumplir realmente con su deber. Supone una posición de honestidad y honradez en el comercio jurídico en cuanto lleva implícita la plena conciencia de no engañar ni dañar. Más aún, implica la convicción de que las transacciones se cumplen normalmente, sin trampas, abusos o desvirtuaciones. Es evidente que la buena fe que rige como principio del derecho del trabajo es la buena fe-lealtad, o sea, que se refiere a un comportamiento y no a una mera convicción.

La principal exigencia de comportamiento legal de buena fe se encuentra en el art. 63 de la LCT, que expresa: "Las partes están obligadas a obrar de buena fe,

ajusfando su conducta a lo que es propio de un buen empleador y de un buen trabajador, tanto al celebrar, ejecutar o extinguir el contrato o la relación de trabajo". Este artículo es concreción en el derecho individual del trabajo del principio general sentado en el derecho común por la parte la del art. 1198 del Cód. Civil: "Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión".

Como lo ha dejado en claro Montoya Melgar, el deber de buena fe del trabajador no guarda relación alguna con ciertas concepciones comunitarias (de filiación corporativista), cuya raíz última habría que buscarla en las relaciones señoriales del Medioevo, sino que es tributario de la noción romana de fides, con la que se alude a la actitud de lealtad que "es costumbre observar y legítimo esperar en las relaciones entre hombres de honor".

Tal como surge del mismo art. 63 de la LCT, en nuestro derecho positivo el deber de buena fe abarca ambas partes del contrato y no una sola de ellas.

Este principio debe ser tenido en cuenta para la aplicación de todos los derechos y obligaciones que las partes adquieren como consecuencia del contrato de trabajo, dado que el mencionado artículo señala que el obrar de buena fe debe existir "tanto al celebrar, ejecutar o extinguir el contrato o la relación de trabajo".

Queda claro entonces, de lo expuesto, que es necesario distinguir, respecto de la buena fe un deber genérico de conducta de ambas partes, que impregna todo el contrato de trabajo, y un principio de aplicación e interpretación de las normas.

Sin embargo, en los hechos, no será fácil distinguir lo que se expresa conceptualmente, porque en las decisiones judiciales se tratará de dar al estándar jurídico de buena fe (necesariamente genérico) un contenido concreto expresado en la individualización de una conducta de una parte, que -a la luz de este principio y en relación con las circunstancias de la causa- se considera jurídicamente exigible por la otra.

En cuanto al primer aspecto, el complejo contenido del deber de buena fe se ha intentado condensar por la doctrina en diversas directivas generales a las que deben adecuar su actuación el empleador y sus dependientes: a) deben evitar todo abuso de derecho y cuidar de no frustrar los valores protegidos legalmente, manteniendo recíproca lealtad; b) deben actuar con claridad, teniendo en mira la subsistencia del vínculo, no su disolución; c) no debe guardarse silencio frente a los reclamos de la otra parte; d) siempre debe acordarse a la otra parte la posibilidad de que se enmiende el error en que pueda haberse incurrido o se remedie el daño causado; e) cada una de las partes debe tratar que la otra obtenga un resultado útil de su prestación; f) cualquier ejercicio caprichoso, arbitrario o negligente del derecho se considera abusivo, irregular o antifuncional; g) el deber de prestación está condicionado por valores superiores vinculados con la persona del trabajador o con el recto ejercicio de sus derechos; h) el empleador debe excluir toda actividad que

tienda a perjudicar la persona del dependiente y a alterar fundamentalmente su condición laboral; i) no deben aplicarse criterios discriminatorios; j) el trabajador no debe aceptar gratificaciones, propinas, regalos o cualquier otra ventaja sin conocimiento de su empleador y mucho menos las prohibidas convencional o contractualmente y las concedidas con el específico fin de que incumpla sus obligaciones contractuales, y k) el trabajador debe cumplir los "pactos de permanencia" en tanto no sean ilegítimos o abusivos.

La jurisprudencia ha hecho variada aplicación del criterio de buena fe, ya sea para interpretar las normas legales o convencionales, bien para juzgar sobre la rectitud del comportamiento de las partes. Intentaremos resumir algunas decisiones judiciales.

a) Respeto de los términos de un acuerdo.

Por aplicación del principio de buena fe contemplado por el art. 63 de la LCT, quien firma un instrumento sin acreditar la existencia de vicios que invalidaran su voluntad de hacerlo, debe respetar sus términos.

b) Actualización del domicilio real.

Un principio elemental de lógica y fundamentalmente de buena fe (arts. 62 y 63, LCT) impone el deber a cargo del dependiente de hacer conocer toda alteración -aunque sea accidental- de su domicilio real, asumiendo las debidas consecuencias en caso de no haber procedido de tal manera.

c) Riesgo de una deficiente administración empresarial.

Cabe considerar que la demandada no cumple con su deber de actuar como un buen empleador (art. 63, LCT), si pretende derivar hacia sus dependientes las consecuencias negativas de su actuar empresario, intentando que aquéllos asuman las consecuencias de la deficiente administración empresarial que, como tal, queda exclusivamente en cabeza del principal, conforme lo dispone su art. 64.

d) Comunicaciones entre las partes.

Si se da aviso del libramiento del telegrama de ruptura y se trata de destino sin reparto domiciliario de correo, pesa en cabeza del dependiente la obligación de concurrir oportunamente a tomar conocimiento de aquél, con toda la diligencia del caso (art. 63, LCT), sin que la demora pueda beneficiarlo cuando no acredita impedimentos que obstaculizaran un anoticiamiento anterior.

e) Falta de precisión en el reclamo de deuda salarial.

Si la deuda salarial invocada en respaldo de la decisión de considerarse despedido fue planteada con ausencia de precisión en el emplazamiento, ello priva al reclamo de virtualidad a la luz de lo normado por el art. 63 de la LCT.

f) Requerimiento al empleador previo a la resolución del vínculo.

Integra el derecho de proceder de buena fe el requerimiento al empleador previo a resolver el vínculo, puesto que el deber de tender a la conservación del empleo sobre la base de la norma del art. 10 de la LCT, se impone por medio de la compaginación de dicha norma con la de los arts. 62 y

63.

g) Vínculo personal que implica la relación laboral.

La buena fe debida, ingrediente de orden moral indispensable para el adecuado cumplimiento del derecho, reviste carácter esencial en las relaciones laborales porque es preciso tener presente que el contrato de trabajo no crea sólo derechos y obligaciones de orden exclusivamente patrimonial, sino también una vinculación personal que al prolongarse en el tiempo necesita de la confianza y lealtad recíprocas de las partes.

h) Doctrina de los actos propios.

Se ha considerado que la teoría de los actos propios es una derivación directa del principio de buena fe y, en el ámbito del derecho del trabajo, halla fundamento normativo en el art. 63 de la LCT. Así, se ha decidido que la teoría de los actos propios, que sanciona la inadmisibilidad de la conducta contradictoria, importa un verdadero principio de derecho y constituye una regla que admite un principio superior del cual deriva el principio general de buena fe, fundándose en el deber de actuar coherentemente.

Igualmente que no es propio de la buena fe negociada o del uso normal de los derechos y prerrogativas invocar y prevalerse en juicio de una determinada calidad jurídica o situación contractual, cuando entra en contradicción con la conducta deliberada y persistente anterior orientada hacia el total incumplimiento de obligaciones inherentes al invocado contrato de trabajo tanto frente al otro sujeto cuanto de cara a los organismos previsionales y de la seguridad social.

En otro fallo se expresó que la regla *venire contra factum proprium nelle conceditur* (o doctrina de los actos propios) se ampara en el principio de la buena fe, aplicable no sólo a la relación jurídica que media entre las partes, sino también al proceso en que se ventila la controversia entre sus integrantes.

Estas directivas normativas, destinadas a imponer un determinado comportamiento a las partes, constituyen también, fundamentalmente, una directiva dada al intérprete para apreciar la conducta de alguna de ellas con relación a un caso concreto con efectos jurídicos particulares conforme a la situación planteada.

e) La buena fe objetiva en la interpretación del contrato

[De los Mozos]⁶

Ya hemos aludido en el planteamiento del tema de la buena fe, y en la distinción de sus tipos, a la buena fe, a propósito de la interpretación del negocio jurídico sin distinguir entre contratos y testamentos. Pero ahora, limitamos la portada de la indicación de esta aplicación de la buena fe, a los contratos, porque el sentido que la interpretación cobra en uno y otro campo es diferente, como se deduce de la propia orientación legal: arts. 1.281 y siguientes, para éstos; y arts. 675 y 773, como normas generales, para los actos de última voluntad. Sobre todo, porque, el hacer notar la



distinción, da verdadero significado a la función de la buena fe, en la interpretación.

Decíamos que en materia de interpretación actuaba la buena fe objetiva, que calificábamos de buena fe objetiva impropia, porque el papel de la buena fe, en este campo, es anómalo.

Lo esencial de la buena fe objetiva es que, normalmente, es normativa, por eso tiene lugar su actuación a través de la integración de la voluntad negocial. En cambio, la buena fe objetiva impropia, actúa en materia de interpretación. La diferencia de esta aplicación se halla en la diferencia que existe entre integración de la voluntad negocial, e interpretación de la misma, distinción que aparece perfectamente configurada en los Códigos, y así al ocuparnos de señalar esta diferencia aludíamos al paralelismo existente en la distinción entre el art. 1.258 y los arts. 1.286-1.287 y 1.289 Ce., así como entre el § 242 BGB y el 157 BGB, o el art. 1.375 y el 1.366 del Ce. it., respectivamente. En la integración, la buena fe viene a completar el cuadro de los efectos del negocio jurídico; en cambio la interpretación, aún la llamada interpretación integradora, únicamente se refiere al contenido de la declaración de voluntad. Es frecuente que estas dos nociones se confundan en la doctrina, llevando la materia de la interpretación, no sólo a los propios preceptos que el Código dedica a esta materia, sino al ámbito del art. 1.258 Ce., precepto de contenido más amplio, como hemos ido viendo en el transcurso de nuestra exposición. Únicamente hay que aducir en descargo de esta doctrina que, como cada una de las valoraciones que puedan hacerse independientemente sobre el negocio jurídico, no pueden sustraer la unidad del negocio como un todo en el tráfico jurídico y en la apreciación de la práctica, sucede que el intérprete no sabe sustraerse a esta atracción singular, sobre todo si puede encontrar un marco, como el del art. 1.258, cuya aparente generalidad desde esta perspectiva, invita a prescindir de toda distinción, ofreciendo donde encajar la materia convenientemente. Este criterio ha seguido la jurisprudencia en ocasiones. Pero a pesar de ello, la distinción entre integración e interpretación, puede y debe hacerse, sobre todo, porque aún cuando Danz dijera y en el verdadero sentido de su afirmación está en lo cierto, que en la interpretación lo que se trata en definitiva, de obtener, es un juicio de la conducta de una parte, a tenor de la seguida por la otra, no quiere tanto decir que, donde se ha de manifestar su alcance sea en el cumplimiento, como que, lo que interesa no es la voluntad interna, sino la exteriorizada en el logro común del contrato. De manera que, aunque la interpretación tienda a fijar los efectos jurídicos de un contrato, no lo hace directamente, porque, propiamente hablando, lo que trata de fijar es el contenido de la declaración de la voluntad; los efectos derivan, después, del valor jurídico que se concede al contrato mismo, y ahí es donde tiene aplicación el art. 1.258 Ce., que, no impone necesariamente una integración del contrato, sino cuando ello es necesario, porque aquella voluntad previamente interpretada sea insuficiente. Es decir, la interpretación constituye una tarea previa a la integración, en el orden lógico-natural y aún en el lógico-jurídico de la técnica de aplicación del Derecho, en este campo, como la mejor doctrina modernamente ha esclarecido. Por lo que a la aplicación de la buena fe se refiere, conviene indicar el paralelismo existente, a propósito de la distinción entre integración e interpretación entre buena fe y usos, cuando se habla de usos normativos y usos interpretativos.

Reafirmada esta distinción previa, entre integración o inter. pretación, la buena fe objetiva, en la interpretación, según nuestro propio Código civil, únicamente puede ser tomada en consideración en esta función, cuando hay que acudir a la llamada interpretación integradora, que actúa, a su vez de distinto modo, según el supuesto de que se trate, en el del art. 1.286, conforme a la naturaleza y objeto del contrato, donde la buena fe tiene un papel indudable, sobre todo en los contratos atípicos; en el art. 1.287, a través "del uso o de la costumbre del país", supliendo en estos casos la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse; y por último en el art. 1.289, resolviendo las dudas que puedan suscitarse, en orden a la menor transmisión de derechos e intereses, si éste fuere gratuito; o en favor de la mayor reciprocidad de intereses,, si fuere oneroso. Ahora bien, como tiene reconocido la jurisprudencia, las normas de este precepto tienen carácter

subsidiario, no pudiendo aplicarse más que cuando existen dudas respecto del resultado de la aplicación de las reglas precedentes (S. de 7 de junio de 1955).

Ahora bien, estas normas aunque establecidas para los contratos, valen también para otros actos jurídicos (promesa unilateral, por ejemplo) con exclusión de los de última voluntad. En éstos, como ya hemos advertido, no se aplica la buena fe objetiva, dado que la voluntad del testador es ampliamente soberana, no teniendo las limitaciones naturales que tiene la voluntad contractual, siendo ésta la doctrina común. Incluso son tales las diferencias entre ambos tipos de actos, que la indagación de la voluntad del testador en los negocios mortis causa, lleva incluso hasta la relevancia del motivo.

De todos modos, queda por hacer una reflexión muy interesante. Hemos calificado a la buena fe objetiva, interviniente en la interpretación del negocio jurídico, como impropia, pues bien, la justeza de esta apreciación, no sólo se revela en la función subordinada de la buena fe en la interpretación, en general, sino también en la comprobación que resulta al referirla a los actos de última voluntad, ya que, en este campo, no se aplica, mientras que, en cambio, tiene a él aplicación el principio de conservación del negocio el cual se fundamenta en la buena fe objetiva, que cumple en auxilio de la voluntad privada, una función normativa, integradora, no interpretativa. Todo ello nos suministra un nuevo criterio para establecer esta distinción, según la que, podemos hablar de una especialidad dentro de la buena fe objetiva, cuando se trata de aplicarla a la interpretación, aunque esta diferencia, por las razones antes indicadas, no se haya hecho sensible a la jurisprudencia.

La doctrina de los actos propios

Después del excelente trabajo del Prof. Díez-Picazo, La doctrina de los propios actos, no cabe dudar de la relación entre actos propios y buena fe, únicamente cabría plantearse su catalogación, entre los tipos establecidos, buena fe objetiva y buena fe subjetiva.

Ahora bien, la relación, naturalmente, no puede ser simple, sino compleja, multivalente, como el propio ámbito de aplicación de la doctrina de los actos propios revela, no sólo aplicable al Derecho de obligaciones, sino a todo el ámbito del Derecho privado. Hecha esta salvedad, y teniendo en cuenta el concepto, aceptado por este autor del principio de la buena fe, no hay más remedio que admitir que, por el hecho de que esta relación se proclama a todo lo largo de las aplicaciones de la buena fe, y que, por otra parte, en la especial conducta contradictoria que, implica la doctrina de los propios actos, intervienen otros ingredientes que no se dan en las simples aplicaciones de la buena fe, no puede llegarse a reconducir esta materia a ninguno de los tipos considerados de buena fe, ni por muchas generalizaciones que se pretendan, pues si por un lado, al considerar en un todo la conducta contradictoria, se podría pensar en una referencia a la buena fe objetiva a la que contradice; por otro, el comportamiento contradictorio en sí mismo (declaración, actuación, etc.), sea el que fuere, hace pensar en el incumplimiento, lo que nos lleva a una referencia subjetiva. De una manera o de otra, esta cuestión no es importante, ya que recibe un tratamiento específico, en la doctrina y en la jurisprudencia, con independencia de que la buena fe inspire materialmente su contenido, y formalmente, la tecnificación que haya ido adquiriendo confiere a esta materia una personalidad propia.

Bastaría ir haciendo un análisis de los distintos supuestos tratados por la jurisprudencia, y de los que Díez Picazo ha hecho paciente acopio, para darse cuenta de ello. Y asimismo, tener en cuenta la inclinación del autor, al decir, siguiendo a Larenz, que hay una infracción de la buena fe "cuando el titular del derecho ha creado con sus actos una situación, en la que la otra parte podía confiar, y después ejercita el derecho de crédito en contradicción con su anterior conducta (prohibición del

venire contra factum proprium"); tendencia que califica diez Picazo, de "tesis profundamente sugestiva", pero que no acaba de satisfacerle de modo completo, ya que, por otra parte, "aún dentro de la relación obligatoria, la inadmisibilidad del venire contra factum proprium no opera únicamente sobre el derecho del acreedor, sino también sobre las posibles facultades del deudor", por lo que cabe pensar en una postura objetiva, aunque no siempre.

Pero, sobre todo, aunque en la doctrina de los actos propios influya la buena o mala fe, en ella no desempeña una función autónoma.

f) El Trabajador de Confianza en relación con otros Trabajadores

[Martínez]⁷

Como ya se ha dicho en algunas oportunidades, el trabajador de confianza posee caracteres distintos del ordinario, pero manteniéndose incólumes los principios generales del derecho laboral y los mínimos constitucionales y legales que se aplican a ambos. Se trata más que todo la diferencia en la categoría de excepción que tienen los de confianza justificado mayoritariamente por la naturaleza de sus funciones.

A) Cuestiones Generales:

Para empezar, nuestro Código de materia laboral, define en su articulado 4, el concepto de trabajador: "trabajador es toda persona física que presta servicios materiales, intelectuales o ambos géneros, en virtud de un contrato de trabajo expreso, implícito, verbal o escrito, individual o colectivo. La misma denominación corresponderá a los cobradores, agentes de comercio, vendedores y todo aquel que reciba una comisión como pago.

Esta definición es de carácter general, no se especifican las facultades especiales que diferencian al trabajador de confianza de los otros, por lo dicho, a continuación la referencia será específicamente en cuanto a puntos que distinguen una clase de la otra, los de confianza y los que no lo son.

1) Diferencias Básicas entre El Trabajador De Confianza y el Trabajador Ordinario

El simple calificativo u de confianza" no fundamenta la distinción, siempre será necesario examinar al caso concreto en la realidad para determinar la naturaleza de las funciones, si éstas llevan consigo algún poder de mando o si no existiendo tal autoridad, sus labores aún son de confianza porque dentro de la empresa, están referidas al trabajo del patrono, como es el cargo del asistente del Presidente.

Para la Sala Segunda, se debe ir más allá de la responsabilidad que tiene el trabajador en buscar los mayores logros para su patrono, así en lo que respecta ha señalado que "...en cada caso concreto debe analizarse quienes son los empleados de confianza y no en su interpretación gramatical, porque también la empleada doméstica puede ser una empleada de confianza del patrono, sino en cuanto a la responsabilidad de que ese trabajador tiene en relación a la buena

marcha de la empresa en el tanto que su buen desempeño contribuye al éxito de aquella, sino al sujeto que por su responsabilidad y honradez, por su experiencia, conocimiento o capacidad, el patrono le otorga ciertas facultades..." (Sala Segunda, Voto N° 1995-41)

El campo laboral de este tipo de empleado no se circunscribe a uno solo, por el contrario puede encontrarse realizando diversas funciones, con el distintivo, que su contrato laboral comúnmente le impone más responsabilidad, dándose casos en donde la remuneración al trabajo no refleja la proporción de sus labores.

En lo que a las principales instituciones del Derecho del Trabajo se refiere, el de confianza está en desventaja frente a los demás trabajadores, en varias de ellas, así se puede señalar la jornada de trabajo, la cual es extendida de ocho a doce horas diarias; las horas extras, que prácticamente, son desconocidas por los empleados de confianza, porque no se les paga bajo el alegato de que su condición no lo contempla y principalmente en lo concerniente al derecho a la estabilidad, la cual no existe para la categoría de trabajador al que se hace referencia, pues su nombramiento tiene carácter precario y en esencia revocable, esto último enfocado al sector público.

Otro aspecto distintivo es el lugar de la ejecución del trabajo, ya que para los empleados de confianza, no necesariamente tal realización debe llevarse a cabo desde el centro de trabajo, dada la condición del puesto y las funciones encargadas.

Esta últimas excepciones a derechos laborales y constitucionales serán tratados en puntos bajo sus propios nombres en el próximo capítulo.

2) Clasificación de los Trabajadores de Confianza

A nivel doctrinal el tratadista Mario De la Cueva implícitamente de una clasificación al distinguir por una parte a los trabajadores cuyas labores se relacionan con la empresa de forma inmediata y directa, y por otra señalando que también son funciones de confianza las que se refieren a los trabajos personales del patrono en la empresa.

En referencia al asunto Leonardo Crespo Zorino cita en sus tesis de grado la opinión de José Almanso Pastor, para quien la clasificación comprende cinco grupos. El primer grupo abarca trabajos de planeación de la política empresarial (consejeros, asesores y funcionarios ejecutivos de muy alto nivel). Quienes llevan a cabo esas políticas, se ubican en el segundo grupo y están directamente al frente de la conducción de la empresa, también los apoderados y representantes legales, auditores y otros cargos de fiscalización se ubican en este grupo. Por otra parte en el tercero están los que ejecutan la supervisión inmediata de los trabajos empresariales, ya sean técnicos o profesionales; así el grupo número cuatro se compone por los trabajadores que tienen bajo su responsabilidad los resultados del producto. Para finalizar tenemos a los empleados que pueden enterarse de las políticas patronales en cuanto gozan de una gran cercanía con el patrono.

Para Carlos Carro Z. y Adriana Carro H. los empleados de confianza se clasifican en:

- a) Altos empleados:** Son los gerentes, administradores, directores, representantes del patrono,
- b) Empleados de Confianza en general:** Los propiamente hablando, son los que en razón de sus funciones deben desplegar actividades de dirección, mando, vigilancia, y disciplina con carácter general o particular. (v. gr. Jefes de Departamento, Sección, Oficina, etc.); y
- c) Empleados que realizan trabajos personales o íntimos del patrono:** Dentro de este grupo cabe citar al Asistente de Presidente, la secretaria del Gerente o Administrador, entre otras.

Según criterio personal, ésta última clasificación es la más acorde con la realidad y la que reúne las dos situaciones mencionadas por De la Cueva, cuales son las funciones relacionadas inmediata y directamente con la vida misma de la empresa con carácter general y las que realiza el trabajador en relación a labores personales del patrono, pero con la peculiaridad que agrega también la posibilidad de ser realizadas en forma particular las labores de dirección, mando, vigilancia y fiscalización para abarcar los casos de jefes de departamento u oficinas, por ejemplo. Así las cosas me inclino por la división de los autores nacionales citados, en cuanto que ésta recoge a un grupo de trabajadores que realmente sí se enmarca dentro de la categoría especial de trabajador de confianza, por supuesto, en los casos que la naturaleza de sus funciones así lo determine.

B) La Pérdida de Confianza

Tema éste, sin duda alguna, muy controversial por la carga de subjetividad que conlleva, de ahí la dificultad de establecer en las empresas o centros laborales la real mengua en la confianza que, por su naturaleza, hay en estas especiales relaciones de trabajo.

Ya los jueces nacionales han dicho que por constituir la pérdida de confianza un concepto puramente formal, referido a hechos considerados graves, se requiere un examen de la conducta del trabajador de frente a sus obligaciones tanto laborales como éticas para determinar el despido.

Cierto es que también en los trabajadores comunes aparece el elemento de la confianza pero no tan acusadamente como en el trabajador de la categoría que se trata en este trabajo de investigación, porque a éste se le impone seguir una conducta mucho más rigurosa, tanto en su lugar de trabajo como fuera de él, ello en relación a los demás. Así la confianza es necesaria para lograr la armonía en las relaciones de trabajo, claro y reitero en el punto, mucho más en los empleados de confianza, para quienes ese elemento va más allá de la buena fe presumible en la relación obrero-patronal, por la naturaleza de las funciones que desempeña.

1) Pérdida de Confianza en Trabajadores que son eminentemente de Confianza

Tratándose de relaciones jurídicas, la validez de éstas no puede quedar absolutamente al arbitrio de una sola de las partes, máxime dentro del Derecho Laboral, donde la voluntad no desempeña el mismo papel que en otras relaciones.

De tal suerte que no se puede asimilar la confianza a un sentimiento de simpatía o antipatía eximo lo refiere De la Cueva, porque como bien se señala en el objeto del Derecho Laboral, hay la garantía para los empleados contra esa clase de sentimientos de la parte patronal.

Como se observa, la pérdida de confianza sí es una causa para dar por terminado el contrato cuando se den las circunstancias precisas, motivos que sin que sean propiamente faltas del trabajador sancionadas por la legislación laboral, dan pie para que se obstruya o imposibilite la continuación de la armonía por la naturaleza de las mismas.

El tema envuelve el elemento subjetivo, cobrando real significancia, de ahí que el empleador le ha dado un uso abusivo, auto-calificando, unilateralmente, a un trabajador como de confianza para justificar un despido, siendo que en la realidad es injustificado.

Corresponde reafirmar que relaciones laborales que entrañan tal esencia sí pueden ser terminadas por el patrono en cuanto este elemento deje de existir, es decir la confianza en el trabajador, pero tal pérdida no se puede calificar de forma unilateral, dando paso necesario a la existencia objetiva del motivo que posibilite la justificación del despido u otra medida no tan drástica, como podría ser el traslado del puesto.



Hay un caso particular que es apropiado mencionar y se refiere a situaciones en donde se ordena la prisión preventiva o el arresto policial del trabajador, ocurriendo que la sola privación de la libertad le imposibilita materialmente para llevar a cabo sus funciones. Señala el tratadista Mario De la Cueva al respecto: "ningún trabajador debe ser despedido antes de saberse si es o no culpable del hecho que se le imputa..." 1, por lo tanto lo que operaría es una suspensión del contrato de trabajo, en cambio, para Guillermo Cabanellas, la prisión preventiva no suspende sino que pone fin al contrato porque ello ocurre únicamente cuando hay indicios racionales de culpabilidad.

Para los efectos del tema de los trabajadores especiales, en los de confianza, lo que interesa realmente no es la tipificación penal del hecho sino la acción en sí misma, porque la materia laboral, no está subordinada a la penal, así puede ser; que a pesar de absolverse en esta última vía, proceda el despido, ya que las pruebas evidencian una falta grave, que aún no siendo delito, constituyen circunstancias que por su naturaleza ponen en crisis la relación de trabajo, por ejemplo, cuando se ha tratado de defraudar al patrono y a pesar de que el hecho no se consumó, la intención existió, siendo ésta suficiente para dar por terminado la relación de trabajo.

Es evidente que cuando se dicte sentencia condenatoria, con pena de prisión, sea o no trabajador de confianza, opera el artículo 81, inciso k), del Código de Trabajo.

2) La Pérdida de Confianza en otros Trabajadores

Los trabajadores en general están obligados a guardar respecto de su patrono deberes de honestidad, fidelidad y lealtad que se sustentan en los principios de la buena fe y la equidad, contemplados en el numeral 19 del Código de Rito. Corresponde, entonces al patrono dar por terminada la relación de trabajo en los casos en que el trabajador quebrante tales valores con su proceder, ocurriendo que el vínculo se resquebraja por el no cumplimiento del contenido ético del contrato de trabajo, lo que se enmarca en la causal primera del artículo 81 ibídem.

En referencia al tema, Leonardo Crespo, en su tesis de grado, cita la opinión del Licenciado Edgar Alfaro, en cuanto a este tema:

"hay dos cosas distintas, una cosa es el trabajador de confianza y otra muy distinta es la pérdida de confianza. La pérdida de confianza puede ocurrir en cualquier trabajador que incurra en una falta de lealtad o violación de secretos...cosa distinta es el trabajador de confianza que por lo dicho, es un trabajador situado a niveles altos de la jerarquía en la función pública o los niveles altos de dirección en el sector privado".

Consecuentemente, se impone decir que la pérdida de confianza toma matices especiales cuando se trata de trabajadores de confianza, todo por las funciones que tiene a cargo.

3 Jurisprudencia

a) Trabajador de confianza: Trabajadora que realizaba labores domésticas no lo constituye

[Sala Segunda]⁸

Voto de mayoría

“V.- DE LA JORNADA EXTRAORDINARIA: La parte demandada señala que la actora era una trabajadora de confianza quien no tenía derecho a cobrar horas extra, dado que no estaba sujeta al cumplimiento de ningún horario y porque percibía un salario superior al mínimo legal. Analizados esos reproches, la Sala concluye que carecen de sustento probatorio. El artículo 143 del Código de Trabajo establece los casos de excepción en los cuales se excluyen los límites a las jornadas que se prevén en los numerales previos. De conformidad con esa norma *“Quedarán excluidos de la limitación de la jornada de trabajo los gerentes, administradores, apoderados y todos aquellos empleados que trabajan sin fiscalización superior inmediata: los trabajadores que ocupan puestos de confianza; los agentes comisionistas y empleados similares que no cumplan su cometido en el local del establecimiento; los que desempeñan funciones discontinuas o que requieran su sola presencia; y las personas que realizan labores que por su indudable naturaleza no están sometidas a jornada de trabajo./ Sin embargo, estas personas no estarán obligadas a permanecer más de doce horas diarias en su trabajo y tendrán derecho, dentro de esa jornada, a un descanso mínimo de una hora y media”*. En el artículo transcrito no se establece la definición jurídica del trabajador de confianza. Tampoco en otras normas de carácter laboral se concreta qué debe entenderse por este tipo de trabajadores. Doctrinariamente se exponen distintas ideas en relación con esta concreta clasificación y se ha indicado que *“...son empleados de confianza los que por la **responsabilidad** que tienen, las **delicadas tareas** que desempeñan o la **honradez** que para sus funciones se exige, cuenta con fe y apoyo especiales por parte del empresario o dirección de la empresa... Los empleados de confianza son trabajadores y su relación de trabajo es laboral, con esa peculiaridad en cuanto a su término: que sin aquella confianza o fe en ellos puesta por el patrono, el vínculo contractual no puede subsistir... Los de confianza difieren de los altos empleados, porque ocupan puestos menos elevados y ejercen pocas atribuciones de dirección; y de los empleados particulares, por no desempeñar éstos tareas donde la **lealtad y honradez personal** sean tan imprescindibles o puedan causar tales perjuicios”*. (La negrita no consta en el original). (Cabanellas de Torres, Guillermo. *Compendio de Derecho Laboral*, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Heliasta, S.R.L., tercera edición, 1992, pp. 433-434). De conformidad con lo expuesto, el carácter de confianza puede ser atribuido ante las responsabilidades depositadas en el trabajador, por el tipo de tareas que desempeña; o bien, por exigirse un grado mayor de honradez o de lealtad, con absoluta reserva o confidencialidad, en el ejercicio de sus funciones. Se habla también de personal de confianza, respecto de aquellos trabajadores que realizan labores de dirección o de supervisión o porque están vinculados con los trabajos personales que realiza el empleador en la empresa o en una institución. En ese sentido, en la sentencia de esta Sala, n° 108, de las 9:20 horas del 10 de julio de 1991, se explicó: *“Nuestra ley y la jurisprudencia, no definen ese término, y*



la única referencia se hace en el artículo 143 citado, con una enumeración abierta. Por este motivo, necesariamente nos remitimos a la fuente originaria del concepto, que es la Legislación Mexicana, cuya exposición de motivos, citada por el tratadista Mario de la Cueva en 'El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo' (Editorial Porrúa S.A., Tomo I, XII edición, México 1990, p. 158), dice: 'los trabajadores de confianza son **aquellos cuya actividad se relacione en forma inmediata y directa con la vida misma de las empresas, con sus intereses, con la realización de sus fines y con su dirección administración y vigilancia generales**'. Según el autor mencionado: 'El precepto comprende dos situaciones: la primera está constituida por las funciones que se relacionan inmediata y directamente con la vida misma de las empresas, **funciones de dirección, inspección, vigilancia y fiscalización** en tanto la segunda se refiere a los **trabajos personales del patrono dentro de la empresa.**' Del texto transcrito se concluye que, para poder calificar a un empleado como de confianza, **es necesario analizar sus funciones y determinar si tiene -entre otros- poderes de mando, de dirección y de fiscalización, o si ocupa un puesto en el que no siendo necesarios esos poderes sus labores son de confianza, referidas al trabajo del patrono dentro de la empresa (ejemplo: Asistente Personal del Presidente), o es un representante patronal.**' (La negrita no está en el original). En similar sentido, en el voto n° 313, de las 15:00 horas del 7 de octubre de 1999, se señaló: "Pero existen cargos que para ser ocupados, requieren de una confianza que podríamos denominar **calificada** y sólo los llegan a desempeñar, quienes son acreedores de esa confianza, diferente a la objetiva -necesaria para que haya armonía en la relación laboral o de servicio existente con el común de los empleados-. Si hablamos de 'empleo de confianza', nos referimos -en el sector privado- al servidor cuyas funciones afectan los intereses fundamentales de la empresa y que por ende, desempeña, por lo general, labores de alto nivel. (Sobre el mismo tema, puede consultarse el fallo número 64, de las 10:00 horas, del 26 de enero de este año -2001)". De lo anterior, se desprende que son varios factores los que pueden orientar a quien juzga para determinar en un caso concreto si se trata o no de un trabajador de confianza; especialmente, la naturaleza de las funciones que realiza en atención a los intereses de la empresa, o bien, alguna característica esencial determinada subjetivamente. En el caso bajo análisis, tal y como lo concluyeron los integrantes del órgano de alzada, no media ningún elemento de prueba que haga concluir que la accionante tuviera la condición de trabajadora de confianza y, por ende, que estuviera sometida a la jornada de hasta doce horas que prevé el artículo 143 citado. Lo único que consta en los autos es que se encargaba de realizar las labores domésticas en la casa del fallecido, debía limpiar las cabinas y realizar labores como dependienta en un negocio que a aquel le pertenecía. Tal y como se indicó en la sentencia que se recurre, no tenía personal a cargo ni funciones de administradora u otra similar de los negocios del causante. La duración del contrato de trabajo, de un poco más de dos décadas, no es un elemento que de por sí permita variar la naturaleza de la condición de la trabajadora. Luego, no ha quedado demostrado que la actora no estuviera sujeta al cumplimiento de horarios y tampoco que su salario fuera superior al mínimo legal, pues más bien, en primera instancia, se ordenó el pago de las diferencias salariales por no haberse pagado debidamente el salario mínimo. En consecuencia, no puede acogerse el recurso de la accionada en cuanto a este punto."



b) Trabajador de confianza: Alcances del término "puesto de confianza"

Acto administrativo que acuerda remoción debe ser motivado

[Sala Primera]⁹

Voto de mayoría

"I.-El Poder Ejecutivo, mediante Decreto ejecutivo No. 16820-TSS, nombró [al actor] miembro director del Consejo Nacional de Salarios por un período de cuatro años (del 1° de enero de 1986 al 31 de diciembre de 1989) en calidad de representante del Estado. Por Decreto Ejecutivo No 19437-TSS, se le reeligió para otro período igual (1° de enero de 1990 al 31 de diciembre de 1993). Mediante acuerdo del 1° de junio de 1990, publicado en la Gaceta No. 124 de 3 de julio de 1990, el Presidente y el Ministro de Trabajo cesaron en sus funciones a partir de esa misma fecha [al actor]. Mediante este proceso el accionante pretende, entre otros extremos, que se condene al Estado al pago de: a) las dietas caídas desde la separación del cargo hasta el vencimiento del plazo de nombramiento; b) los aguinaldos vencidos desde la separación hasta la expiración del período de ejercicio; y c) el daño moral ocasionado por la supuesta pérdida de confianza en su persona. El Juzgado acogió la excepción de falta de derecho interpuesta por el representante del Estado y declaró sin lugar la demanda en todos sus extremos. El Tribunal Superior revocó la sentencia apelada, rechazó la excepción de faltas de derecho, y declaró, parcialmente, con lugar la demanda, condenando al Estado al pago de las dietas de las sesiones efectivamente celebradas por el Consejo Nacional de Salarios durante el período que transcurrió del 1° de junio de 1990 al 31 de diciembre de 1993, así como a los aguinaldos correspondientes; igualmente, lo condenó al pago de los intereses legales sobre las sumas resultantes a partir de la firmeza del fallo. El representante del Estado aduce infracción de los artículos 129, 140, inciso 1°, de la Constitución Política; 8 del Decreto-Ley N° 832 del 4 de noviembre de 1949; 111, 112, 133, 190, 192 de la Ley General de la Administración Pública; 1°, 2° y 3° de la Ley N° 1835 de 11 de diciembre de 1954. Antes de pasar al análisis de este asunto, resulta conveniente efectuar algunas precisiones acerca del término "puesto de confianza". En ese sentido la doctrina afirma que el cargo de confianza es una categoría que depende, en esencia, de la índole de la función desempeñada, y no de la mera designación que se le dé al puesto; es así como bajo tal concepto encuentran cabida, en términos generales, aquellos funcionarios que desempeñan labores de dirección y fiscalización. Ahora bien, una de las consecuencias jurídicas del cargo de confianza es, precisamente, la limitación de sus derechos, así como la ausencia de estabilidad en el puesto. En lo relativo a la pérdida de confianza como causal de remoción, es preciso indicar que no debe entenderse como una atribución o una facultad absolutamente discrecional conferida al sujeto que nombró al funcionario de confianza, sino que en su ejercicio deben mediar circunstancias objetivas y razonables que justifiquen la declaración de pérdida de confianza (sentencias de la Sala Segunda N° 76 de las 9:10 hrs. del 15 de julio de 1987; 161 de las 9 hrs. del 17 de julio de 1992; 305 de las 10 hrs. del 11 de diciembre de 1992; 51 de las 9:50 hrs. del 18 de marzo de 1993, y 215 de las 9 hrs. del 5 de agosto de 1994). Es menester, asimismo, hacer algunas consideraciones atinentes al régimen jurídico-administrativo del Consejo Nacional de Salarios, y en particular, al de sus miembros directores. El artículo 2° en relación con el 3° del Decreto-Ley N° 832 de 4 de noviembre de 1949, dispone, con unívoco sentido, que el



Consejo Nacional de Salarios es un órgano "técnico y permanente" adscrito al Ministerio de Trabajo y Previsión Social que "... en el ejercicio de sus funciones gozará de independencia..." (en igual sentido los artículos 1º y 11, párrafo 2º, del Reglamento del Consejo Nacional de Salarios vigente hasta el 23 de abril de 1993, Decreto Ejecutivo N° 19630-TSS -Gaceta N° 98 del 24 de mayo de 1990-). Tocante a los miembros directores de ese órgano, y concretamente en lo que a los representantes del Estado atañe, el numeral 5º del supracitado Decreto-Ley estatuye que "... deben además ser entendidos en materias económico-sociales". Ahora bien, a tenor de lo normado en el artículo 6, inciso b, ibid. el Poder Ejecutivo goza de facultades discrecionales al nombrar a los miembros directores del Consejo Nacional de Salarios por vía de decreto. De otra parte, uno de los cánones de ese Decreto-Ley, que resulta clave para comprender el presente asunto, lo constituye el 8º, el cual dispone que: "Los miembros directores durarán en el ejercicio de sus cargos cuatro años, siendo reelegibles indefinidamente. Sin embargo, podrán ser removidos de sus cargos en cualquier tiempo, si la asociación o sindicato que representan les negare su confianza de igual facultad gozará el Estado respecto de sus representantes." [...]. Complementando esa disposición, el artículo 10, inciso a), del Reglamento del Consejo Nacional de Salarios, vigente a la sazón (-Decreto Ejecutivo N° 19630-TSS-), establecía lo siguiente: "Dejará de ser miembro del Consejo: a) El que pierda la confianza del sector que representa, según lo establecido en el artículo 8º del Decreto-Ley." [...]. Partiendo de una interpretación sistemática del conjunto de normas que se mencionan supra, debe entenderse que la remoción de los miembros representantes del Estado, por parte del Poder Ejecutivo, ha de obedecer a circunstancias verificables objetivamente, que hagan patente la pérdida de confianza. Es decir, no basta con que el Poder Ejecutivo invoque, simple y llanamente, el artículo 8 del Decreto-Ley, para justificar la remoción de los representantes del Estado, tal y como aconteció en la especie (Acuerdo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social N° 13 de 1º de junio de 1990, publicado en la Gaceta N° 124 de 3 de julio de 1990). En el caso bajo examen, parece que la única circunstancia objetiva atendible, para cesar al actor por pérdida de confianza, habría sido no acatar las directrices fijadas por el Poder Ejecutivo en cuanto a política laboral y salarial, las que cabe suponer deben estar plasmadas en las leyes, reglamentos o al menos en acuerdos concretos. Empero, en el asunto bajo examen el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, al tomar el acuerdo de remoción [del actor], omitió toda consideración acerca de la concurrencia o no de alguna circunstancia objetiva que hiciera al Estado perder la confianza en su representante. Es obvio, que no bastaba, para justificar el acuerdo, que el directivo debiera su designación a un Gobierno con una orientación ideológica y partidista diferente. De consiguiente, si [el actor] se hubiere apartado, objetiva y evidentemente, de la política laboral y salarial impulsada por el gobierno manifestada en normas o acuerdos concretos, el Poder Ejecutivo sí habría tenido razón suficiente para cesarlo. Debe tomarse en consideración que el cesado, representaba al Estado-patrono en el Consejo Nacional de Salarios (el artículo 4º del Decreto-Ley citado, reformado por la Ley N° 1417 de 4 de marzo de 1952, se refiere a la representación del Estado), y no a ningún partido político; precisamente por eso, para ocupar un cargo de esa índole se exige al candidato, legal y reglamentariamente, conocimientos suficientes en materia económico social, toda vez que va a integrar un órgano técnico, permanente e independiente. Por consiguiente, los miembros representantes del Estado pueden ser removidos, únicamente, si con su actitud conducta y dirección de sus votos, en el seno del Consejo, se apartan de la política salarial establecida por el gobierno de turno, lo que debe así razonarse en el acuerdo de remoción, y no por el simple hecho de que haya nuevos jerarcas en el Poder Ejecutivo. Aunque el accionante no impugnó la validez del acto administrativo, en virtud del cual se ordenó su remoción, importa señalar que la Ley General de la Administración Pública estipula que todo acto administrativo, categoría en la que obviamente figuran los "acuerdos", (artículo 121.1 ibid.) debe poseer, entre sus elementos esenciales, causa o motivo (artículo 133 ibid), que no es más que el conjunto de circunstancias de hecho y de derecho que ha tomado en cuenta la Administración para dictarlo. Aquí, tal causa está ausente, pues no se comprobó que concurriera ninguna circunstancia objetiva suficiente para proceder a la remoción del



actor por pérdida de confianza (artículos 133 en relación con el 214.2, 221 *ibid*). En todo caso, el motivo, cuando esté regulado en forma imprecisa, "deberá ser razonablemente conforme con los conceptos indeterminados empleados por el ordenamiento jurídico" (artículo 133, párrafo 2, *ibid*). Se supone que el acto de remoción del miembro director del Consejo Nacional de Salarios, debía conformarse, razonablemente, al concepto jurídico indeterminado de "pérdida o negación de confianza" empleado por el artículo 8 del Decreto-Ley y 10, inciso a, del Reglamento del Consejo Nacional de Salarios supracitados. Tal concepto jurídico indeterminado, si bien otorga un margen de apreciación negativo y positivo al órgano administrativo, no puede autorizar ni justificar actuaciones arbitrarias, pues una cosa es el margen de apreciación y el halo de incertidumbre implícito en todo concepto jurídico indeterminado o en el empleo de facultades discrecionales y otra, totalmente distinta, la arbitrariedad. No debe olvidarse que la interdicción de la arbitrariedad, es un principio que permea todo el Derecho Administrativo. En particular, en nuestro país, está insito en varias normas de la Ley General de la Administración Pública, entre las cuales pueden citarse los artículos 8, 10, 15, 16, 17, 130, 132, 133, 136 y 160, que determinan pautas para el empleo de facultades discrecionales. En otros países, como el caso de España, este principio tiene un fundamento constitucional expreso (art. 9, párrafo 3º, de la Constitución Política de España). Dentro de esta inteligencia, el acuerdo tomado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social adolece de una nulidad absoluta, al faltar uno de los elementos constitutivos del acto, como lo es la causa o el motivo (art. 166 *ibid*). Adicionalmente, frente a la necesaria conexidad que debe existir entre motivo, contenido y fin (-tipicidad del acto administrativo-) la ausencia de causa determina, ineluctablemente, la imposibilidad de realización del fin. Entre los requisitos formales del acto administrativo que suprime derechos subjetivos, como lo es el que ordena la cesación en un puesto de confianza, está la motivación (artículo 136, párrafo 1º a, de la Ley General de la Administración Pública). La motivación se traduce en la fundamentación fáctica y jurídica, con la que la Administración justifica la legalidad y oportunidad del acto que adopta y normalmente se exterioriza en los considerandos del acto. La motivación de las actuaciones de la administración es un requisito que posee una profunda raigambre constitucional, puesto que encuentra fundamento tanto en el principio de legalidad como en el derecho de defensa (artículos 11 y 39 de la Constitución Política y Voto de la Sala Constitucional N° 1522 de las 14:20 horas del 8 de agosto de 1991). Consecuentemente, el acto administrativo cuya motivación se haga depender de la invocación genérica de una ley, es un acto administrativo arbitrario y nulo. En esta tesitura, la remoción arbitraria, abusiva e ilegítima de un miembro director del Consejo Nacional de Salarios, si da pie a la responsabilidad civil de la Administración, puesto que se está ante el supuesto de la supresión de un derecho subjetivo mediante el empleo ilegal de potestades (artículo 193 *ibid*). El otro aspecto medular, es si entre el actor, cuya calidad de funcionario público no cuestiona el procurador, y el Estado, medió o no una relación laboral que justificara el pago de aguinaldo a la luz de lo establecido en los numerales 1º, 2º y 3º de la Ley N° 1835 de 11 de diciembre de 1954. En sentido estricto, es menester indicar que en la relación examinada no medió nexo de subordinación evidente, a partir del cual pueda inferirse la existencia de un nexo laboral. Efectivamente, tanto en el Decreto-Ley de creación del Consejo Nacional de Salarios, como en las disposiciones generales que lo han sucesivamente reglamentado, se indica claramente que ese órgano público, pese a estar adscrito al Ministerio de Trabajo, "... gozará de independencia siendo sus directores responsables por las actuaciones del mismo." (artículos 3 del Decreto-Ley N° 832 del 4 de noviembre de 1949 y 11, párrafo 2º, del Decreto Ejecutivo 19630-TSS, publicado en la Gaceta No. 98 del 24 de mayo de 1990). Sobre lo mismo, en el Reglamento del Consejo Nacional de Salarios (Decreto Ejecutivo 19630-TSS), vigente durante el período de reelección del actor, se dispone (artículo 11, párrafo 1º) que el Consejo, en el ejercicio de sus funciones, estará sujeto a las normas legales, reglamentarias y sus propios acuerdos, lo que de por sí denota la independencia de sus miembros y del órgano colegiado como tal. En lo referente a las dietas, es manifiesto que no pueden asimilarse a un salario en sentido estricto, sea a una retribución pecuniaria periódica y

regular, pues el pago de ellas, es eventual, dependiendo de la asistencia o no de los miembros directores a las sesiones del Consejo. Importa señalar, además, que a petición del mismo Consejo Nacional de Salarios, la Procuraduría General de la República, en diciembre de 1984, había emitido criterio, en este caso vinculante, en el sentido de que los miembros directivos de ese órgano no tienen derecho al pago de aguinaldo en proporción a las sumas que reciben en concepto de dietas, por lo que si a pesar de ese criterio se hizo algún pago este habría sido hecho contra legem y no podría constituir argumento para acceder a la pretensión del actor (artículo 2 y 4 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República). Bajo esta inteligencia, procede declarar parcialmente con lugar el recurso de casación, únicamente en el extremo relativo al pago de sueldo adicional (aguinaldo) vencido computado desde la separación del cargo hasta la expiración del período de nombramiento. En lo que resta resulta improcedente."

c) Procedencia del despido justificado por pérdida de confianza

Trabajador de confianza: La administración se reserva la potestad de libre remoción de esta categoría de servidor

[Sala Constitucional]¹⁰

Voto de mayoría

Sin entrar en mayores consideraciones sobre el procedimiento empleado por el recurrido para acordar la separación del cargo que ocupaba la recurrente, lo cierto es que, tal y como se reconoce en el propio memorial de interposición, el puesto desempeñado por ésta era de confianza, circunstancia que implica la probabilidad de que se pueda prescindir de los servicios del funcionario sin observar el procedimiento acordado para los funcionarios que han adquirido la propiedad y sin que sea necesario para ello, darle audiencia sobre el criterio o las razones que motivaron la determinación de los jefes. Afirmar lo contrario, es admitir que el servidor, empleado de confianza, pueda mantenerse en su cargo no obstante la voluntad del jefe, estimación que a todas luces resulta contraria a la naturaleza del cargo. En todo caso, también se desprende del escrito inicial que a la recurrente se le informó sobre los hechos que motivaron la separación, pudiendo reclamar ésta, si a bien lo tiene, en la vía laboral los extremos laborales a los que considera tener derecho - con base en la información referida -, toda vez que un pronunciamiento en ese sentido resulta ajeno a esta jurisdicción.

d)Despido justificado: Procedencia por pérdida de confianza

Gerente de tienda que omite justificar ausencia de un depósito bancario

[Sala Segunda]¹¹

Voto de mayoría

"V.- Del estudio detallado del expediente, se puede concluir que, el actor, incurrió en una falta laboral, en los términos del artículo 81, inciso d), del Código de Trabajo, pues ha quedado demostrado que, en su cargo de ² Gerente de Tienda ², era el encargado de todo lo relacionado con el manejo de la tienda; tanto en lo que atañe al personal como a la custodia y depósito de los dineros, producto de las ventas. En ese sentido, el testigo C.M., en su declaración vertida a folio 39, manifestó: "Cuando el señor J.S. compró la compañía entonces él hizo el cambio en el sentido de que él nombró gerentes de tiendas y cada gerente empezó a llevar los controles de su tienda. Era completamente encargado de la tienda. La compañía trabaja con un sistema en el que el gerente de la tienda es el responsable de toda la tienda, pero aparte del gerente, también hay asistentes que manejan los depósitos y en el momento en que el gerente está libre, por ejemplo, los asistentes son los que se encargan de ir al banco a hacer el depósito. Por lo tanto sí hay otras manos que tocan el dinero, pero al fin y al cabo el único responsable es el Gerente de tienda". La empleadora arguyó, como motivo del despido del actor, el faltante de un depósito correspondiente al día 24 de marzo de 1995, el cual no aparece contabilizado en los estados de cuenta remitidos por el Banco. Como Gerente de Tienda, queda claro, entonces, que, el actor, debió justificar con argumentos claros, la situación a él imputada, pero lo cierto es que durante el proceso ha omitido cualquier referencia que justifique, aclare o desmienta, los hechos cuya responsabilidad le atribuyó la demandada. En su lugar, se ha limitado a manifestar que, también, otras personas hacían dichos depósitos, aunado al desorden imperante en la demandada. Tales argumentos son rebatidos, con la prueba testimonial que lo vincula como responsable directo de los depósitos realizados. Señaló el testigo C.M.: "En la época en que sucedieron los hechos con el depósito, había un mensajero que llevaba los depósitos al Banco. - El Gerente con un cuaderno de control de depósito hacía entrega de los depósitos al mensajero. Este los revisaba y firmaba como recibido en el cuaderno de control de depósitos." (folio 39). También, en ese mismo sentido, el testigo A.M., refirió: "Es cierto que cuando el Gerente no hacía los depósitos y sí el mensajero, éste (mensajero) firmaba un cuaderno de control como recibido de dichos depósitos. - Específicamente el depósito que hace falta no fue firmado por ningún mensajero como recibido y de hecho donde debería estar registrado el depósito, la información que ahí consta está totalmente falseada, como se aportó en las pruebas". (ver folio 42). De lo manifestado se advierte que existía, en la empresa demandada, un procedimiento establecido que permitía establecer, en cada caso, la responsabilidad en la entrega de los dineros a depositar. La imposibilidad de derivar de dichos documentos, que fuera otra la persona encargada del depósito faltante, impide librar al actor de la responsabilidad que se le imputa, por la pérdida del dinero y, entonces, se estima justificada la pérdida de confianza del patrono, que lo determinó a acordar el despido. Así debe concluirse, porque en su condición de trabajador de confianza, como Gerente encargado de la administración de una tienda de la demandada, al actor le era exigible la más absoluta y transparente actuación, ante la jerarquía del puesto, en el que la escogencia para el desempeño del mismo, depende enteramente de la confianza depositada, en la persona escogida. No cabe duda de que, el faltante de un depósito de dinero, en las condiciones enunciadas, sin la correspondiente y debida justificación, hicieron perder

la confianza patronal que sustentaba la existencia del vínculo laboral entre actor y demandada, por aquellas condiciones propias del cargo. Es por ello que no podría exigírsele a un patrono el mantenimiento en su puesto, de un trabajador con el que, sus intereses, estarían gravemente comprometidos. La alegada violación del artículo 17 del Código de Trabajo y del principio in dubio pro operario, no es de recibo, porque en los autos ha quedado plenamente acreditada la falta endilgada al trabajador, y no existe duda sobre la responsabilidad que, sobre esos hechos, le corresponde directamente al actor. Por eso, se estima que en el fallo impugnado, tampoco existe la alegada violación en la aplicación de los principios de razonabilidad y sana crítica, que les corresponde a los juzgadores, aplicar en sus fallos, según el artículo 493 del Código de Trabajo."

e) Trabajador de confianza: Análisis acerca de la figura en el empleo público

[Sala Segunda]¹²

Voto de mayoría

"IV.- Los juzgadores de instancia, acogieron las pretensiones del actor, al tener por acreditado que, como Jefe del Departamento Financiero Contable de la Comisión Nacional de Emergencias, era un empleado de confianza y como tal, estaba comprendido dentro de lo previsto en el artículo 11 inciso b) de la Ley 7390 del 25 de abril de 1994. Lo consideraron empleado de confianza por tener acceso a una clave especial con entrada directa vía pantalla (a la Red entre los Bancos y la Comisión de Emergencias para analizar las cuentas corrientes tanto en colones como en dólares y fideicomisos que manejaba la institución; sustituir al Director Administrativo Financiero en sus ausencias y en ocasiones al Director Ejecutivo; representar a la Comisión en reuniones declaradas de emergencia nacional; tener acceso a informes y auditorías internas y externas y coordinar conjuntamente con el Director Ejecutivo y el Director Administrativo Financiero, sobre los avances o desarrollo de las auditorías externas contratadas; así como por ser el encargado de informar acerca de la existencia de fondos, cuando se reunían los distintos directores para enfrentar una posible o real emergencia nacional. De las consideraciones de los juzgadores de instancia no se puede concluir que estemos ante un empleado de confianza. Las funciones ejecutadas por el actor, no le confieren desde el punto de vista legal, esa condición que se refiere a un instituto jurídico laboral, de amplias implicaciones. La confianza que el patrono tiene en un empleado que ejecuta funciones de supervisión, vigilancia o fiscalización, o en el cajero que maneja fondos de la empresa, no los ubica dentro de la categoría en cuestión. Si bien es cierto que, esos servidores por la naturaleza de sus funciones son acreedores de confianza objetiva, ésta no va más allá de la buena fe que se presume, legalmente, en las relaciones obrero patronales. No sería normal que un empleador, contratara los servicios de una persona de la que desconfía. Pero existen cargos que para ser ocupados, requieren de una confianza que podríamos denominar calificada y sólo los llegan a desempeñar, quienes son acreedores de esa confianza, diferente a la objetiva -necesaria para que haya armonía en la relación laboral o de servicio existente con el común de los empleados-. Si hablamos de "empleado de confianza", nos referimos -en el sector privado- al servidor cuyas funciones afectan los intereses fundamentales de la empresa y que por ende, desempeña, por lo general, labores de alto nivel. En el Sector Público Descentralizado, se consideran puestos de confianza aquellos que estén a disposición permanente de los máximos jerarcas institucionales, como presidente ejecutivo, director ejecutivo y gerente, incluyendo a los asesores, asistentes, secretaria ejecutiva y choferes, siempre que estén asignados directamente a uno de los superiores indicados, todo de conformidad con el Decreto Ejecutivo N° 20183-H de 24 de enero de 1991. En la Administración Central, sólo se considerarán cargos de confianza, los enumerados en el artículo 4° del Estatuto del Servicio Civil, y siendo que el actor laboró en la Oficina de la Comisión Nacional de Emergencias,



adscrita al Departamento de Obras Fluviales del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, según artículo 18 del Decreto Ejecutivo N° 4020-T, del 13 de agosto de 1974, como Jefe del departamento Financiero-Contable, queda claro que no ocupó ninguno de los puestos en la norma indicada, con lo que se advierte que el cargo por él desempeñado, no era de los enumerados por el Estatuto, como de confianza. La enunciación de esos funcionarios, junto con otros que se enumeran en los artículos 3 y 5 de ese cuerpo legal y en el artículo 586 del Código de Trabajo, no se consideran incluidos en el régimen del Servicio Civil para fines de nombramiento ni de las ventajas que ese Estatuto otorga a los funcionarios y empleados del llamado Sector Público o Administración Central. El actor tenía a su cargo, el control o manejo de las finanzas de la Institución, contando con la confianza objetiva para que ejerciera las delicadas funciones de su cargo, pero no era funcionario de confianza, como en forma errada lo calificaron los juzgadores de instancia, quienes no examinaron la modalidad propia de los servicios que el funcionario o trabajador prestaba, su responsabilidad ante sus superiores, el grado de autonomía o independencia en que podía desenvolverse para ejecutar sus labores, etc. La declaración de un testigo, no resulta en el caso que nos ocupa, un medio de prueba idóneo para calificar o determinar, si el actor es o no, un empleado de confianza, ya que en la Administración Central los servidores son declarados como de confianza, mediante resolución razonada de la Dirección General del Servicio Civil. V.- El artículo 11 de la Ley de Modificaciones al Presupuesto para 1994 (Ley N° 7390), en lo que interesa disponía: "Los funcionarios y empleados calificados como de confianza, los pagados por la partida de asignaciones globales de los títulos 04 y 05 del Presupuesto vigente, los de la Fuerza Pública, los de la Guardia de Asistencia Rural, de Radiopatrullas, de la Dirección de Inteligencia y Seguridad Nacional, de Comunicaciones de Seguridad Pública, de la Escuela Nacional de Policía y todos los funcionarios que ejercen las funciones de seguridad en el Sistema Penitenciario de la Dirección de Adaptación Social del Ministerio de Gobernación y del Ministerio de Seguridad Pública, que hayan sido ascendidos a cargos administrativos dentro de la misma organización; los directores generales, los directores administrativos incluidos o no en el Régimen del Servicio Civil, los oficiales mayores y los funcionarios de confianza de los Ministerios que por renuncia o por cualquier otro motivo, tengan que dejar sus funciones dentro del período comprendido entre la fecha en que el Tribunal Supremo de Elecciones efectuó la declaratoria definitiva de la elección del Presidente de la República y el 31 de diciembre de 1994, además del pago de vacaciones procedente, tendrán derecho a que el Estado los indemnice, en calidad de auxilio de cesantía, de acuerdo con las siguientes reglas: a) Después de seis meses de trabajo continuo y hasta tres años, con el importe de un mes de salario por cada año o fracción no menor de seis meses. b) De tres años en adelante de trabajo continuo, con el importe de un mes y medio de salario por cada año o fracción no menor de seis meses. c) En ningún caso, el cómputo del tiempo servido podrá exceder de los doce años. "...Las disposiciones contenidas en este artículo serán aplicables a los empleados de confianza de la Oficina de Control de Asignaciones Familiares, así como a los funcionarios del Título 07, que presten servicios en el exterior.". Los beneficios que en cuanto a prestaciones concedió la Ley N° 7390 de 25 de abril de 1994, en su artículo 11, a favor de ciertos funcionarios y empleados públicos lo mismo que para el personal calificado como de confianza que por renuncia o cualquier otro motivo, se vieron en la obligación de dejar sus funciones dentro del período que esa Ley señala, no puede concederse al señor S.L.G., por no estar comprendido entre esos funcionarios ni entre aquel personal de confianza que dicha Ley señala."



ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 Hernández Terán, M. (1989). Estudio Jurídico sobre la Buena Fe. Guayaquil. Ecuador. Pp. 19-24.
- 2 Hernández Terán, M. Ibidem. Pp. 53-55.
- 3 Wieacker, F. (1986). El principio general de la buena fe. Segunda reimpresión. Editorial Civitas S.A. Madrid. España. Pp. 29-42.
- 4 Díez-Picazo, L. (1986). Prólogo del Libro de Franz Wieacker, 1986. El principio general de la buena fe. Segunda reimpresión. Editorial Civitas S.A. Madrid. España. Pp. 19-21
- 5 Etala, C. A. (2004). Interpretación y aplicación de las normas laborales. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires. Argentina. Pp. 158-164.
- 6 De los Mozos, J. L. (1965). El Principio de la Buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil Español. Casa Editorial Bosch. Barcelona. España. Pp. 179-185.
- 7 Martínez Pérez, T. (1998). Régimen jurídico de los puestos de confianza". Tesis para optar por el título de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. Facultad de Derecho. San Pedro de Montes de Oca, San José, Costa Rica. Pp. 29-40.
- 8 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 503 de las nueve horas treinta minutos del siete de abril de dos mil diez. Expediente: 07-000068-0679-LA.
- 9 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 48 de las catorce horas cincuenta minutos del diecinueve de mayo de mil novecientos noventa y cinco. Expediente: 95-000048-0004-CA.
- 10 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 10269 de las diecisiete horas doce minutos del diecinueve de julio de dos mil seis. Expediente: 06-008306-0007-CO.
- 11 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 806 de las nueve horas cuarenta minutos del seis de setiembre de dos mil. Expediente: 96-000150-0213-LA.
- 12 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 313 de las quince horas del siete de octubre de mil novecientos noventa y nueve. Expediente: 94-002012-0215-LA.