

Un Reducto para la libertad del Juez: la doctrina de los actos propios y la buena fe

Santiago Carretero Sánchez

Profesor Titular de Teoría del Derecho.

Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA BUENA FE COMO CUESTIÓN DE AZAR.—II. LA BUENA FE COMO PRINCIPIO MORAL REFLEJADO EN EL DERECHO: TEMA ABIERTO.—III. LA BUENA FE COMO ARGUMENTO Y RAZONAMIENTO JURISPRUDENCIAL: LA CERTEZA EN EL DERECHO.—IV. EL ESTUDIO DE LA BUENA FE COMO ALEGACIÓN PROCESAL Y SU UTILIDAD.—V. HECHOS ANTES QUE EL DERECHO: DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS.—VI. ACTOS PROPIOS Y BUENA FE: CORRESPONDENCIA INDIRECTA EN LA JURISPRUDENCIA.—VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN: LA BUENA FE COMO CUESTIÓN DE AZAR

Es indudable que en los actuales momentos el Derecho está presente en todas partes y sectores de la vida. Una de las sensaciones que más desasosiego producen en el ciudadano que no vive el Derecho o del Derecho es la de la inseguridad en los actos o contratos jurídicos que realiza a lo largo de su vida. Inseguridad en la confianza en un Ordenamiento que le supone protegido. En todo tiempo, la contratación y, en general, los actos jurídicos se han visto rodeados en su repetición y nacimiento en la claridad de lo que con ellos se pretendía. Sin embargo, en los albores del Derecho occidental, desde luego en el Derecho romano, nace el contrato como la institución que dota de seguridad a lo acordado. Sea cual sea su formalidad, el ciudadano confía en que ello se cumpla. La buena fe es anterior al

propio contrato, pero paradójicamente se convierte en un principio general que trasciende a esa institución para ser un principio general del Derecho. Como todo principio general, le rodean una serie de abstracciones, de teorías... que no clarifican su papel en el Ordenamiento. En ello, no se distingue de otros principios del Derecho y su discusión en la jerarquía, en la concreción, en un número elevado de misiones informadoras del Ordenamiento es común a todos. Si bien en el actual Derecho es difícil crear teorías de la nada, es preciso significar que algunos principios como el de buena fe se han ido adaptando a todos los tiempos, por la confianza del ciudadano en el Ordenamiento, en la bondad o claridad de los otros ciudadanos, también en la actuación del Estado desde el punto de vista jurídico. Al mantener hace mucho que la Jurisprudencia no es sólo Derecho aplicado, sino Derecho vivo, real, y doctrinal, se hace patente que un principio como tal que nace en la moralidad se antoja problemático en su estudio jurídico. Ha sido la Jurisprudencia quien mejor ha penetrado en este principio-concepto, ¡qué más da el perenne problema terminológico que tanto daño hace a la ciencia jurídica!

Si el principio-derecho de Igualdad ha sido utilizado moderadamente por los Abogados por entender que necesitaba una concreción, este principio-concepto lo ha de ser también. Hemos de confesar que el motivo de su elección es su carácter abstracto, su nacimiento en la moralidad, en las ideas, que lo hace tan difícilmente alegable en teoría ante los juzgadores. Indícase en Teoría, ya que la cuantía de su alegación es numerosa y común. Sin embargo, parece no ser tenida en cuenta a la hora de decidir por los Tribunales como última y única argumentación. La idea de seguridad actualmente se traduce en «aplicación de la Legalidad» para intentar separar al juez de las apreciaciones subjetivas que le pueden llevar a equivocación; todo ello potencia, como es natural, un derecho de la «prueba» como definitivo, que garantiza los derechos y las libertades de los ciudadanos. Mas el problema de la buena fe se presenta cuando el litigante no se encuentra en esa situación, sin duda desagradable para él, por ser cono-

dor o causante de un daño, o por realizar un acto jurídico ajustado a Derecho, que le ha entrañado más problemas después. Pero no sólo en ese caso, la casuística ha podido crear una doctrina, que más que doctrina podría llamarse una clasificación de características para alegar y tratar este principio, para, en suma, concretarlo. La complicación de la vida diaria, el gran crecimiento de la prueba documental en el trato mercantil jurídico-administrativo-laboral, parecería que habrían disminuido el papel de este principio de sabor añejo, de otra época. Nada más lejos de la realidad. Su papel no sólo no ha descendido sino que se sigue concretando, siendo del máximo uso en esferas del Derecho Internacional que se exceden a nuestra intención. Es bien conocida la antigua polémica acerca de si la buena fe pertenecía al mundo de la psicología o de la ética; pero ahora, en el siglo XXI, quizá habría de situarse en otro ámbito, que intentaremos delimitar, no sólo el que alguien ignore el carácter ilícito de un acto (concepción psicológica) o si el sujeto que opera en virtud de un error o de una situación de ignorancia no es merecedor de la protección —o de la exoneración de la sanción— que se otorga al de buena fe. Así, la concepción psicológica y la ética se basan en la culpabilidad o en la sanción para delimitar la actuación del sujeto de buena fe. Sea entendida como una causa de exclusión de culpabilidad en un acto formalmente ilícito como exoneración de la sanción, sea entendida como fuente de creación de especiales deberes, o como límite del ejercicio de los derechos fundamentales, sus parámetros han cambiado¹. Además, no sólo ha quedado aplicable en la contratación, de donde a decir verdad nació al plano jurídico. Todo ello, hace más efectivo, más útil, el estudio del principio-concepto de la buena fe en alegación ante los Tribunales. La buena fe concebida desde los romanos como el acto propio y su contravención, como el retraso desleal, como el cumplimiento parcial de las prestaciones, como abuso de la nulidad por motivos formales...ya se ha

¹ WIEACKER, F.: *El principio general de buena fe* (trad. J. CARRO). Madrid: Civitas, 1982, pp. 17-19.

estudiado². Lo que este estudio pretende es concretar más su utilidad jurisprudencial como alegación de fondo de los litigios, como criterio de interpretación, como actuación judicial; es decir, ofrecer unas pautas para su uso con cierto rigor y con peso específico. La gran falacia de que los principios-conceptos de la Teoría del Derecho se pierden a lo largo de la especialidad de las normas en sus supuestos de hecho es, como tal, injusta. Precisamente, los grandes conceptos-principios, como sin duda lo es la buena fe, salen reforzados en su existencia en su aplicación casuística, en su concreción.

No es más cierto, aunque sí menos útil, que los conceptos grandes sólo estén en el Ordenamiento para ser pensados filosóficamente, para crear teorías sobre ellos, en suma, para engrandecer la doctrina inaplicable en el Derecho.

Desde luego, ese no es un planteamiento en trabajo alguno, pues, pasada una época necesaria de la creación de los conceptos, como ha realizado exhaustivamente la doctrina alemana a través de los textos romanos sobre la *fides*, la *bona fides*, es imprescindible dar por sentado-aceptado este concepto y hacerlo rodar, concretándolo, adivinando su enorme potencial en sectores diversos del Derecho, por su gran multiformidad y capacidad de adaptación. Es por ello, que aunque existen ya tratados sobre su aplicación jurisprudencial, cada autor extrae de esa documentación una serie de aplicaciones futuras, una serie de notas características, pero, sin duda, en la utilidad del concepto y su valía para ella es en la que tenemos que enmarcar este trabajo. De ahí, que no se parta de un concepto, ya que al ser pluriforme se puede escoger cualquiera, sino que lo que interesa es de que de esas formas y variedades, de entre todas ellas, se clarifique su papel como resolución de los litigios. Su mera alegación, por vacua que parezca, es tremendamente efectiva en el estado psicológico en el que se sitúa el juzgador, que tiende a no consentir

² WIEACKER, F.: *El principio general de buena fe* (trad. J. CARRO). Madrid: Civitas, 1982, p. 18.

el abuso del Derecho y a no sancionar a quien no es sabedor de acto ilícito como actuación general. Se concreta en las dos grandes ramas del Derecho, en esa división que, desde el Derecho romano, también sigue vigente, aunque siempre discutida: Derecho civil y Derecho Administrativo. El Derecho civil como representante de la vida privada, de la esfera de lo cotidiano, de la igualdad de los que operan jurídicamente; el Derecho Administrativo representando la vida jurídica ante el conglomerado Administrativo, llamémosle Poder, la actuación del ciudadano ante ese poder establecido, pero también la actuación del Poder administrativo, está teñida por el principio de la buena fe. En ese doble ámbito de creación jurisprudencial nos movemos sin desconocer el arraigo y aplicación que tiene la buena fe en ámbitos de actuación tan básicos como el Derecho del Trabajo o Laboral³. Como principio general, como concepto jurídico indeterminado, sea como fuere que lo concibamos en el Ordenamiento, podemos partir de una concepción ética, religiosa, meramente sociológica. Lo cierto, desde cómo se conciba, es que el principio de buena fe es necesario para la existencia del Derecho, para su esencia, para la convivencia conforme a Derecho y ello se traduce en confianza en el Derecho. Más fácil en su traducción: seguridad de que el Derecho no producirá resultados dañinos para quien lo respeta y confía en él. Esta afirmación supone también un criterio de orientación interpretadora del Derecho: sea cual fuere el supuesto fáctico que analicemos, no puede solucionarse sancionado o dañando a quien se ha comportado conforme a Derecho, quien ha confiado en él, aquella persona que ha querido hacerlo todo en su actuación jurídica «conforme a Derecho». Así, en el presente estudio lo que se trata es de analizar la

³ GARCÍA VIÑA, J.: *La buena fe en el contrato de trabajo* Madrid: Consejo Económico y Social, 2001. Para más notas: actuación jueces en la aplicación buena fe pp. 22-24. Carácter ético de la buena fe pp. 27-31, y concepto jurídico indeterminado pp. 31-35, necesaria regulación, pp. 35-39; funciones de la buena fe como principio general del Derecho, función programática, pp. 64-66 función interpretadora pp. 66-71, función integradora pp. 71-82, límite de los derechos subjetivos 83-85...

buena fe desde la producción jurisprudencial, más apegada por necesidad a la realidad, en su utilización racional, en su prueba como criterio de interpretación, es decir, como criterio resolutorio de litigios. Es en esa idea, desde donde no aparece tan clara la traducción de lo anterior: el derecho actúa de espaldas a la buena fe en ocasiones, y lo que se hizo desde el Derecho Romano fue juridificar una serie de actuaciones morales si se quiere.

De la Moral al Derecho, lo que permite engarzar un tema tan aparentemente filosófico-ético con la realidad más tangible: por eso surge la necesidad de analizar la producción jurisprudencial en el concepto de la buena fe. Desde las ideas, nadie puede estar en contra del principio de actuación de buena fe del ser humano; sería inconcebible. Pero desde el Derecho, cuando todos los litigantes defienden esa actuación, nace la necesidad de concretar algo que nació en la ética, en la Filosofía general y social. Por eso todos los estudios sobre esta materia, salvo excepciones, toman a la jurisprudencia como material de trabajo máximo y primordial. Por la concepción que tenemos de la Teoría del Derecho, no es excepcional este material de trabajo: la jurisprudencia supone ser el Derecho de la vida y las ideas en que se mueve la sociedad, en su pacto de convivencia, en sus normas. No se puede sostener un sistema jurídico que no esté conectado con esa circunstancia por ser de laboratorio, algo en lo que cayó el positivismo.

El camino intelectual de este principio es el de la creación social, reflejo filosófico, reflejo jurídico, y concreción jurisprudencial. No es el mismo para otros principios-conceptos, que por su tecnicismo, por su especialidad, lo han tenido diferente. Es una idea de convivencia, de orden, utilizada por nuestros legisladores, de forma abusiva en la contratación, que indicaba un cierre de conducta («así se ha de actuar»), pero que nada cerraba a la actuación del juzgador; la indeterminación del concepto le permitía errar en su resolución aplicándolo. La legislación menor y de mayor rango ha crecido de forma descomunal, todo o casi todo está «normativizado», dónde queda entonces el papel de la buena fe es lo que debemos preguntarnos. La

buena fe debe estar presente como idea de convivencia anterior a cualquier ley, pero, sin embargo, se usa como alegación en las actuaciones. Hay que preguntarse si un contrato o acuerdo firmado, a sabiendas de su perjuicio, puede estar realizado por una buena fe en la preponderancia de los intereses, cosa no extraña en Derechos como el de familia. La gran paradoja de su existencia es la siguiente: el Derecho no lo tiene todo normativizado, puede perjudicar a quien confía en él, la buena fe en la actuación del ciudadano como alegación permanece por tanto. Ello nos hace interrogarnos si se puede firmar o convenir actos legales de mala fe, cuando ese análisis lo ha tenido que hacer previamente el legislador, pues en él, se presume una actuación de servicio general y de buena fe. En el fondo, nos preguntamos ante esa falta de previsión si el juez puede discernir lo que es buena fe, qué prueba tiene de ello, si ese concepto le deja una vía para dirimir el conflicto provocando el menor daño, o si debe entender que la buena fe es como tal la aplicación directa de la ley. Por ello, y aunque el objetivo es difícil, se pretende una guía jurisprudencial de lo que se entiende por buena fe, tanto para quien la alega, como para quien la aplica, y su racionalidad en la alegación y utilización, pues, sirva como ejemplo, no todo acto consentido o propio, puede estar dotado de buena fe. La simplificación de la doctrina, en ocasiones, hace que se aluda a conceptos sedimentados sin profundizar en ellos los cuales tienen una vida diferente a la jurisprudencial. Es decir, que el concepto vulgar de la buena fe, tiene una vida propia. La vida jurídica es la que se forma con la actuación de los agentes en la órbita jurídica, pero los conceptos morales antes que jurídicos, estamos ante uno de ellos, no permiten un fácil acomodo a los principios técnicos, de competencia, jerarquía... todo ello es más complejo. La buena fe, por tanto, constituye muchas cosas, simplemente lo que se trata es de saber cuando la invoquemos de qué cosa es de la que se trata. Al igual que las instituciones sociales, la buena fe tiene «buena prensa», pero su regulación ha sido a golpe de jurisprudencia, el Título preliminar del Código civil, esa gran creación jurídica, aporta

conceptos, como los de ignorancia, abuso de derecho, fraude de ley, renuncia, buena fe... que constituyen el pilar de nuestro Ordenamiento y de la Teoría del Derecho que lo sustenta.

La verdadera preocupación de la doctrina en estos momentos, y en conceptos sedimentados con tanta fortuna, ha de centrarse en su evolución, en su adaptación en la jurisprudencia, en la legislación, en la invocación ante los Tribunales. Más allá de las regulaciones, aludir a un concepto como el de buena fe nos lleva a centrarnos en cuestiones de hecho, de prueba, pues es evidente que la buena o mala fe concierne a conductas basadas en hechos. Es más, la jurisprudencia entiende que lo que se debe probar es la mala fe de alguna de las partes, pues la buena fe se presume. Es, precisamente, ese carácter intangible lo que permite el estudio casuístico de este concepto-principio basamento de nuestro Ordenamiento. La buena fe está presente en cualquier negocio o acto jurídico. Es evidente que la prueba, y nuestro Derecho es un Derecho de prueba, queda en la mente del que pacta o contrata. Las presunciones son tasadas por nuestro legislador, que pretende que las que no admiten prueba en contrario (*iuris et de iure*) sean escasas. Ante su escasa regulación, ante su falta de concreción, incluso, como se verá, por la propia jurisprudencia, nos podemos encontrar con un elemento de los que se llaman de «sistema abierto», aquel que permite que el juez dicte resoluciones sin atender exclusivamente a normas o precedentes judiciales: al fin y al cabo, no existen directrices generales que sitúen el concepto en sí. La doctrina de la buena fe, por tanto, reside en la estimación subjetiva (una idea de la equidad) del juzgador. La buena fe, al ser alegada, puede ser tenida por central por el juzgador, al igual que sucedió al principio de igualdad de nuestro actual sistema constitucional, obviada y marginada en todo su razonamiento. De aquí la grandeza del tema de estudio: puede ser todo o nada, tanto para el defensor o parte como para el juzgador y en ello reside el planteamiento recurrente sobre este concepto-principio por los autores. Pues, en ocasiones, por legos y no tan legos en Dere-

cho, se alude a la belleza de nuestra ciencia en el sentido de que no hay nada definitivo cual dogma matemático, lo que hay que afirmar categóricamente con este concepto por su carácter de difícilmente controlable; en ese empeño, hay que situar los estudios, pues concretar un tema en el fondo, es centrarlo para su control aplicativo en la ciencia jurídica; en ese contexto también han de inscribirse las clasificaciones de teorías de la buena fe, mala fe, subjetivismo, objetivismo, eticismo, psicologismo, sociologismo... perspectiva que en este estudio respetamos, pero que no consideramos central. Y no es que carezca de importancia, pero la efectividad del Derecho, su lado práctico gana terreno incluso en los temas más estrictamente teóricos como es el caso. Todo ello hace nuestra ciencia diferente en su concepción, en su forma de entenderla, en la tremenda libertad en que se mueven los autores y en el escaso papel que juega el argumento de autoridad en temas de convivencia y practicidad, como supone ser, desde luego, una buena adaptación al Derecho moderno del concepto de buena fe. Cada cierto tiempo surge la necesidad de avanzar en este tipo de «puesta al día» de los grandes conceptos de nuestro Derecho, lo que es dificultoso no sólo por la enormidad de resoluciones que tratan este concepto, sino por la fuerza que toma desde una perspectiva sociológica, y no sólo la buena fe, que le hacen acercarse al Derecho, de forma quizá intencionada quizá no, a las concepciones vulgares del mismo, por entender así aplicable el mandato o dirección de la interpretación de la norma en el momento o realidad social en que opera. No seremos nosotros, desde luego, los que mantengamos que la separación de la realidad, la creación de doctrinas inaplicables, el lenguaje ininteligible o la importación de doctrinas extranjeras sin sentido, todos ellos factores de ridiculización e inmovilismo de la Ciencia del Derecho, hagan de nuestra ciencia una ciencia más técnica, más inaplicable, más jurídica. Se entiende, por tanto, que es bueno ese acercamiento a las concepciones sociales del Derecho y sus elementos; en esa idea también se encara el presente tema de estudio. Es un tema abierto y, como en todos ellos, susceptible siempre y

en todo momento de investigación, siguiendo el sendero de las monografías y trabajos que lo han conectado con su aplicación práctica y de razonamiento de argumentación; ni qué decir tiene que se sirve de los estudios históricos y filosóficos sobre el tema, orientándolo desde la óptica de la Teoría del Derecho como ciencia instrumental y de acción.

II. LA BUENA FE COMO PRINCIPIO MORAL REFLEJADO EN EL DERECHO

La confección histórica del principio de buena fe ha sido estudiada en forma profunda, principalmente, por los romanistas. Parece claro su origen romano como concepción moral del Derecho y de las relaciones de los individuos⁴. Acerca del origen en el cumplimiento de los contratos, destacan la época de los glosadores, la evolución posterior en esta materia hasta el derecho moderno, la influencia germánica en la buena fe fundada en la apariencia, así como del Derecho canónico, en materia de buena fe y el principio de *mala fides superveniens nocet*. En ello no se ha de insistir. Lo que ocurre es que la faceta moral de este principio es clara y así lo entiende el Derecho y nuestro Ordenamiento en sus principales leyes.

Así, el Código Civil en su artículo 7.1 cuando indica que «*los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe*» alude a un claro compromiso moral dotado de reflejo jurídico en la actuación de un sujeto.

La actual Ley de Enjuiciamiento Civil 7/2000, de 7 de enero, en su artículo 247 indica que «*los intervinientes en todo tipo de procesos deberán ajustarse en sus actuaciones a las reglas de la buena fe*».

⁴ Sin duda, en este campo la monografía de DE LOS MOZOS, J. L.: *El principio de la buena fe (sus aplicaciones prácticas en Derecho Civil español)*. Barcelona: Bosch, 1963, pp. 91-119.

BEATSON, J. y FRIEDMANN, D.: *Good Faith and Fault in Contract Law*. Oxford: Clarendon Press, 1995, pp. 399-523 (FRIEDMANN «Good Faith and Remedies for Breach of Contract»; WADDAMS, S. «The Choice of Remedy for Breach of Contract» ...

El Estatuto de los trabajadores de 24 de marzo de 1995, establece en su artículo 5 que «*los trabajadores tiene como deberes básicos: a) cumplir con las obligaciones concretas de su de su puesto de trabajo, de conformidad con la buena fe y la diligencia*».

En realidad, son preceptos que reflejan una posición de un ciudadano «bienintencionado» en el actuar normal, que se concibe como legalmente jurídico. Es la faceta de que la actuación correcta, sin ocultaciones, debe ser premiada. En este sentido, se ha insistido en que la buena fe introduce en el Ordenamiento jurídico al Derecho con la moral social media⁵. Y ello ciertamente es lo que significa: la existencia de una convergencia de la moral individual en lo que se entiende como «comúnmente correcto» para la generalidad de los ciudadanos en su actuación jurídica. La realidad es que en su invocación se está aludiendo a «los efectos normales que conlleva la aplicación correcta de la norma», como se puede jurisprudencialmente comprobar. La buena fe, es concebida así, como aquel entendimiento de que «lo pactado pactado queda» (*pacta sunt servanda*), en el sentido castellano en antes valía un «apretón de manos» para cerrar un acto o negocio jurídico privado.

Hay quien incluye el principio de buena fe que recoge el Código civil como límite de los derechos subjetivos primordialmente. Mas el problema es, de nuevo, como tantas veces en nuestro Derecho, terminológico, pues se trata, sin duda, de un límite moral al ejercicio del Derecho, o es, más bien, el contexto normal del ejercicio de un derecho o es el límite moral donde empieza una actuación antisocial⁶. Ello llevaría a indicar que, de forma tajante, cualquier acto legal está realizado «conforme a la buena fe». Lo cierto es que el principio de buena fe como límite, como informador, dota de una actuación «moral» (ética y ajustada a Derecho) al individuo, pero es que, además, incluso las leyes que nacen de forma técnica para resolver conflic-

⁵ NARANJO DE LA CRUZ, R.: *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*. Madrid: CEC, 2000, pp. 393-395.

⁶ NARANJO DE LA CRUZ, R.: *Los límites de... ob. cit.*, pp. 277-9.

tos aluden constantemente a la buena fe⁷. Las más variadas clasificaciones existentes de la buena fe coinciden en su carácter eminentemente moral, pero apreciado por un ser pensante de forma equilibrada, que es el juzgador⁸.

Se busca ese pretendido concepto unitario de buena fe, pero ello no es posible desde el punto de vista ontológico, significando muchas cosas este principio. No conviene, por tanto, abdicar de las posiciones que indican que, pese a ese carácter moral con que indudablemente nació, se trata de un principio técnico que se ha de concretar por los tribunales con evidente casuística en su uso, pues se centrará después el estudio, en el reconocimiento de un acto procesal de buena fe. En todo momento, se trata del acto exterior, no del acto psicológico de buena fe, que, no exteriorizado, pertenece a la Psicología. Para que se trate de ese acto moral en Derecho, lo primero que conviene señalar es que se exteriorizará en un acto jurídico, dentro de las variantes existentes.

Ese origen moral, ético, pese a su indudable existencia, está siendo oscurecido por su carácter práctico y su concreción por los tribunales⁹. De tal manera que se puede decir que la buena fe es hoy un concepto jurídico-técnico, amén de principio, para que el juez o tribunal pueda determinar

⁷ MARTÍ MARTÍ, J.: «Buena fe en la Ley de Enjuiciamiento Civil», en revista *La Ley*, tomo 1-2001.

⁸ FERREIRA RUBIO, D. M.: *La buena fe*. Madrid: Montecorvo, 1984, pp. 87-102. En dicha monografía se hace un repaso que brevemente se recuerda de la dogmática moderna sobre las clasificaciones de la buena fe. Así, VON THUR habla de una buena fe como honradez personal y como subjetiva; Díez-PICAZO distinguiendo entre la idea de la buena fe y el principio general de la buena fe; GORPHE que la clasifica de forma tripartita, lo que denomina «buena voluntad»: la legítima, como criterio de evaluación de los actos jurídicos; b) leal, aplicable a las relaciones jurídicas como voluntad a realizar por las partes y respetar por terceros; c) inocente, que es la que debe protegerse en los terceros víctimas de errores excusables; DE LOS MOZOS distingue entre buena fe subjetiva y objetiva; SACCO, HERNÁNDEZ GIL, ... y la autora citada que resume indicando existir una buena fe objetiva, como regla de conducta, portadora de normas en sí, o generadora de normas concretas, y una buena fe subjetiva como la condición de un sujeto en la situación jurídica dada, con referencia al conocimiento o grado de conocimiento que tenga de las circunstancias generales de la misma.

⁹ DE LOS MOZOS, J. L.: *El principio de la buena fe (sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil Español)*. Barcelona: Bosch, 1965, pp. 26, 42.

que es racional lo que va a dictaminar, o que, por lo menos, lo que va a dictaminar sea racional conforme a unos criterios generales de justicia, abstractos o técnicamente plasmados en leyes, las más de las veces, pero no siempre.

III. LA BUENA FE COMO ARGUMENTO Y RAZONAMIENTO JURISPRUDENCIAL: LA CERTEZA EN EL DERECHO

Pues bien, en este intento de acercar el concepto-principio a la realidad, se encara una de sus principales funciones en el Derecho: como argumento y razonamiento de interpretación jurisprudencial. Llega un momento que en el litigio ante los tribunales todas las fases procesales se han llevado rigurosa y formalmente por su orden: demanda, emplazamientos, contestación, proposición y admisión de prueba, práctica de la prueba, conclusiones, acto de resolución o sentencia. Y ello ha ocurrido por ambas partes de forma también ordenada dentro del Ordenamiento jurídico procesal. Queda conceder por el juzgador la razón a una de las partes; la prueba no ha sido clara o ha quedado vencida por la contraria, no existe nada más, pero hay obligación de dictar sentencia; uno de los instrumentos de argumentación para la sentencia justa es el argumento de la buena de las partes o de una de ellas puede que esa apelación sea la que lleve a la victoria en el proceso. Este caso de laboratorio no es tan inusual, es más, se convierte en ocasiones en la tarea común. El juez se encuentra con normas, disposiciones, que le pueden solucionar el problema formal, pero en su interior, la decisión se le torna excesivamente formal (en equivalencia injusta). Puede surgir, como otros instrumentos-razonamientos para el juez, la idea de buena fe en la construcción del Derecho más apto y flexible, frente a la idea de sistema cerrado¹⁰.

¹⁰ VIEHWEG, T.: *Tópica y jurisprudencia*. Madrid: Taurus, 1964; también DE LA VEGA BENAYAS, C.: *Teoría, aplicación y eficacia en las normas del Código Civil*. Madrid: Civitas, 1976, pp. 249-255, sobre la buena fe norma, principio y su indeterminación.

Puede ser que al ciudadano común, profano en Derecho, no en el sentido de que no haya oído hablar de él, cosa impensable ya incluso en los ambientes más separados de la urbe, sino en el que no centra su profesión o modo de vida en él, moleste la idea de la indeterminación de ciertos principios o conceptos, de la volición que ellos pueden llevar, pero la condición humana de los que crean las leyes y de los que las aplican es un presupuesto inexcusable. Incluso en tiempos actuales, donde se pretende que la informatización del Derecho sea total, no se puede prescindir en el caso concreto, de una argumentación sustentada en valores o normas. No se puede, por tanto, acudir a la idea de indeterminación como ataque al Derecho, en la existencia de conceptos necesarios ante la presumible situación fáctica diferente de los casos planteados ante el juzgador. Parece que, en ambientes científicos, también molestan términos o conceptos que puedan atacar el sacrosanto principio de certeza en el Derecho¹¹. En este contexto de certeza, de derecho de seguridad matemática, de saber certeramente lo que se puede obtener de un tribunal o juez, se inscribe la difícil tarea de argumentar soluciones jurídicas conforme a la buena fe; este contexto, le haría ser acreedor a este concepto-principio de una utilización dificultosa, de un cierto temor en su manejo, y, sin embargo, se observa que no sólo no es así, sino que cada vez se argumenta más contando con él, que su utilización es cierta por los tribunales.

Ha sido sin duda el Positivismo, escuela o forma de entender el Derecho a la que pese a sus errores se le tienen que agradecer muchos logros, el que ha tenido que ver con la marginación de todo lo que pudiera ser concepto metafísico, filosófico que se separe de la certeza, de la visión dogmática de la idea de certeza aludiendo a una idea de claridad, univocidad y cognoscibilidad libre de dudas de toda materia jurídica, cuya fundamentación remite a las presuposiciones implícitas de la teoría¹². Certeza del Dere-

¹¹ ZULETA PUCEIRO, E.: *Paradigma dogmático y Ciencia del Derecho*. Madrid: Edersa, 1981, pp. 195-203.

¹² ZULETA PUCEIRO, E.: *Paradigma dogmático... ob. cit.*, pp. 195-196.

cho concebida en una serie de manifestaciones, que siguiendo a Allorio, se pueden resumir como¹³:

- A) Certeza de la vigencia de las reglas jurídicas, que implica la observación de las normas válidamente positivizadas.
- B) Certeza de la duración de la regla relativa a las garantías contra la inestabilidad y la retroactividad de la norma.
- C) Certeza del significado de la norma que abre la consideración del campo de la semántica jurídica y la preocupación por la determinación de la univocidad.
- D) Certeza del comportamiento por el que el poder es ejercitado, que implica la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de la acción.
- E) Certeza ante el cumplimiento de una obligación.
- F) Certeza del comportamiento del ejercicio del deber, el principio de Legalidad.
- G) Certeza en la argumentación del Poder judicial, en su interpretación, reduciendo a la mínima expresión cualquier creación jurisprudencial incontrolable, por medio de un marcado sistema de recursos.

Por ello, en esa línea de pretendida certeza ideal, que no obedece a la realidad, se ha de inscribir la buena fe de los que participan en un litigio y en el acto o actos jurídicos anteriores que dan origen al mismo. La certeza implica, por tanto, seguridad, «cognoscibilidad» en el contenido del Derecho, en la suficiencia del mismo: se pretende una certeza-evidencia empírica¹⁴.

Por ello, se puede concluir, sin pretender caer en el dogmatismo que se critica, que la etapa de la certeza de axiomas, concebida como la posibilidad de un control metódico de la incertidumbre en el nivel de esos axiomas permite indicar que no es controlable toda decisión práctica. En

¹³ ALLORIO, E.: *Comunicación al Congreso sobre el tema de la Certeza del diritto dell'economia*. 1956, pp. 1198 y ss.

¹⁴ LOMBARDI VALLAURI, L.: *Saggio sul diritto giurisprudenziale*. Milán, 1975, p. 570.

ese «descontrol» se ha de inscribir la buena fe en la argumentación. Sólo se puede realizar un estudio de este concepto *a posteriori*, cuantitativo de su utilización; el intento de teorizarlo es dificultoso, pero no se ha de renunciar a él. Las incertidumbres relevantes, como indica Luhmann, son las correspondientes a la aplicación del Derecho, y éstas son posibles y aún convenientes en sistemas sociales complejos, precisamente porque a través de la afirmación de la certeza apodíctica de los axiomas de base, la dogmática deja establecidos programas de decisión perfectamente controlables, aunque no en su totalidad¹⁵.

Es por ello, que la idea de certeza es un ideal, que no obedece a la realidad, pese a la cada vez más tremenda especialidad de la ley en su confección y origen. Certeza ideal, pero no realidad.

IV. EL ESTUDIO DE LA BUENA FE COMO ALEGACIÓN PROCESAL Y SU UTILIDAD

La alegación procesal de la buena fe, como argumento ante los Tribunales, corre el peligro de convertirse en un concepto yerto, vacío, impreciso. Ello ha ocurrido con otras expresiones jurídicas, por múltiples razones: uso indebido, uso acaparado por la tradición positivista y su cerrazón a nuevas acepciones, uso indiscriminado, mezcla de uso... en otras ocasiones, simplemente el exceso o abuso en su utilización, la hiperutilización de un concepto automáticamente, le disminuyen de forma considerable su valor. En la buena fe, ha sido su problema básico. Era alegación fácil, todo litigante pretende, en principio, un ejercicio de un derecho desde una esfera de Lógica, de Justicia, de ciudadano normal, y a nadie se le ocurre, por regla general, y salvo prueba en contrario, litigar ante un tribunal persiguiendo el abuso de un derecho o siendo contrario a sus actos el hecho en litigio.

¹⁵ LUHMANN, N.: *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*. Bolonia: 1978, pp. 45-7.

Pero ello es desde la más estricta teoría, pues, como se viene comprobando, la realidad nos impone un análisis distinto: de otra forma, y aunque resulte obvio, estaríamos ante un concepto que no tendría cabida como tal, sería un elemento esencial de todo acto jurídico, y ello lo es, desde una perspectiva ética, como se ha indicado; el acto no sujeto a la buena fe, es un acto inmoral o desviado de una concepción ética. De la ética se puede decir que uno de sus principios compartidos, independientemente de sus otras verdades basamentales, es el principio de no hacer daño a otro. La realidad nos impone que un acto realizado en defensa de un derecho, puede causar mal a otros: en la preferencia de la defensa del derecho y el daño a un bien no es mayor la defensa del derecho, el ejercicio del derecho, aun llevado a cabo desde la buena fe, ha producido daño.

Por ello, se dice de forma reiterada que la buena fe del caso concreto es cuestión que se presume, de hecho, y que su apreciación queda al arbitrio del tribunal sentenciador. Habríase de aclarar, por otra parte, si la alegación de la buena fe, procesalmente, queda entonces en libertad para el juez, o qué pautas tenemos para apreciar un acto de buena fe. No queda otro remedio en este tipo de conceptos-principios, que acudir a la casuística, pero ello siempre con el peligro del contra-ejemplo que se puede oponer. Mas por ello es un problema sociológico-jurídico, de cuantía en la utilización de esa alegación de perspectiva del caso concreto: se precisa un método inductivo de forma clara; desde el caso concreto se accederá a la tendencia controlable de esta alegación procesal. Nótese que se habla de tendencias, pues, a medida que esta casuística crece, la alegación difiere en el camino, toma nuevos sentidos, pretende ser más novedosa. Por ello, los estudios que se han llevado a cabo del concepto de la buena fe, en su mayor parte, se han quedado en una delimitación técnica de su uso y en este contexto se pretende avanzar. Si la mayoría de estos estudios, amén de delimitar técnicamente lo que se entiende por buena fe, consiguen un racional uso de la misma, analizando precisamente su alegación indiscriminada,

irracional o errónea, sin duda, consiguen aunar en un solo acto la teoría del Derecho y la práctica del mismo.

Y es extraño, analizando la abundante jurisprudencia que nunca completa, que esta alegación procesal (entiéndase no en el concreto sentido, sino en lo atinente también al fondo del litigio) aparezca sin otros conceptos al lado. Más que extraño, no es lo usual; aquí está la zona que claramente lo ensambla con el principio del Derecho. Necesita su apoyo en norma o concepto, *per se*, su propia alegación en litigio, queda minusvalorada o simplemente, no tomada en cuenta¹⁶.

Es el propio legislador el que quiere establecer desde el principio un control a esta alegación y actuación procesal; es chocante que se persigan las «reglas de la buena fe procesal» tratándose de un principio que, por lo general, es cuestión de hecho.

Se trata, en suma, de controlar lo que, *a priori*, parecería ser de pocas maneras reconvenido a controlable; su capacidad para evolucionar, sus usos diferentes, le hacen merecer tal carácter. Es tarea doctrinal la sistematización, pero no sólo esa, sino las conclusiones que se obtienen de la misma; sólo se puede estudiar ahora ya, este concepto, desde su producto jurisprudencial, pues la base sobre su origen histórico y teórico parece estar sedimentada, por trabajos múltiples. Realmente, detrás de esta «utilidad»

¹⁶ Transcripción del artículo 247 de la LEC.

- «1. Los intervinientes en todo tipo de procesos deberán ajustarse en las actuaciones a las reglas de la buena fe.
2. Los tribunales rechazarán fundadamente las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal.
3. Si los tribunales estimaren que alguna de las partes ha actuado conculcando las reglas de la buena fe procesal, podrán imponerle, de forma motivada, y respetando el principio de proporcionalidad, una multa que podrá oscilar de treinta mil a un millón de pesetas, sin que en ningún caso pueda superar la tercera parte de la cuantía del litigio. Para determinar la cuantía de la multa el tribunal deberá tener en cuenta las circunstancias del hecho que de trate, así como los perjuicios que al procedimiento o a la otra parte se hubieren podido causar.
4. Si los tribunales entendieren que la actuación contraria a las reglas de la buena fe procesal podría ser imputable a alguno de los profesionales intervinientes en el proceso, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, darán traslado de tal circunstancia a los colegios profesionales respectivos por si pudiera proceder la imposición de algún tipo de sanción disciplinaria».

que tiñe todo el Derecho actual, se querría llegar a preguntar si estos principios o bases de nuestro Sistema jurídico siguen siendo válidos y buena prueba de que ello es así es su toma en cuenta por la Logística. Esa practicidad que rodea al Derecho, que es buena parte de su esencia o existencia, ha de ser tomada muy en cuenta, el Derecho no sólo puede fijarse en sí mismo, en su dogmática ininteligible, debe reflexionar de forma profunda en su papel en la sociedad, en la función que le asignan los que no lo viven de forma directa como profesión o vocación. Por ello, el positivismo que se ha decantado por la practicidad del Derecho ha de ser tomado en cuenta, pero tan inútil sería no fijarse en esta perspectiva como no pensar en cualquier análisis jurídico futuro que se realice ya que los valores o ideas no estarán en la ciencia del Derecho siempre, pues es producto social.

Por ello es hora de centrarse en su efectividad como concepto o principio, y en las críticas muy comunes a las posturas eclécticas o mixtas, de las cuales se ha abusado, la idea anterior no es partícipe: ya cada vez son más los principios del Derecho antiguo que se adaptan a las nuevas necesidades sin crear nuevos conceptos pese a la especialidad de las leyes.

V. HECHOS ANTES QUE EL DERECHO: DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS

Es clara la idea de que la concreción de un concepto o principio, como se alega ante los jueces y tribunales, obliga a éstos a crear doctrina, ciertamente de una forma más apresurada, pero sobre el caso concreto, factor éste que permite un reciclaje de sus logros por la doctrina práctica del Derecho. Es, por tanto, una correa de transmisión ciertamente positiva y mutua, pero hay que hacerla. Pues una cosa es sistematizar y clasificar los logros (productos) de los jueces y otra necesaria, y cada cierto tiempo, por tanto, cíclica, obtener conclusiones generales de su producto. Subráyese lo de generales, para entender

que es necesario este carácter para que pueda ser Teoría del Derecho; el caso particular no es sino la anécdota del Derecho.

Lo primero que se observa es que alrededor de ese concepto de «buena fe» discurren otros, que son muy parejos, que perfectamente se podrían llamar Manifestaciones de la buena fe o mala fe si carecieran de ella o de sus requisitos. Por tanto, la buena fe, en sí, como los principios más comunes de nuestro Derecho (Igualdad p.e) no existe *per se*. Un negocio jurídico o acto, un relato fáctico, rodea a todos los principios generales y el actual no es excepción. Incluso en su origen se encuentra la actitud del que contrata o negocia y su exteriorización; sin embargo, acabaremos este estudio y no nos habremos desprendido de esa sensación de que estamos ante algo etéreo, abstracto, y por tanto, maleable por los casos concretos. Mas si existe el concepto de buena fe, existirá su concreción y exteriorización: puede ser que sólo cambie su relato fáctico y nada más.

Pues lo cierto es que en el principio de buena fe se repite el problema del Derecho: justicia concreta frente a validez general, oportunidad y racionalidad, son elementos necesarios del Derecho y de la Justicia que, frecuentemente, se hallan en conflicto en la realidad¹⁷. Lo que ocurre es que esos acompañantes del principio de buena fe pueden ser sus manifestaciones, pues la base teórica del concepto como tal es inamovible. A ello ya se ha aludido¹⁸.

Lo cierto y no contradiciendo, sino ampliando la opinión de De los Mozos, es que el principio ya no posee su dificultad en materia de contratación, sino en la actuación procesal, la argumentación y en la confección de las normas. Pues bien, si hasta ahora hemos entrado en la buena fe como encuadre de sus manifestaciones una de ellas en la que se centrará el restante trabajo por su importancia es la doctrina de los «actos propios».

¹⁷ BOEHMER, GRUNDLAGEN DER BÜRGERL: *Rechtsordnung* II, 2, (1952) pp. 73-76.

¹⁸ DE LOS MOZOS, J. L.: *El principio de..., ob. cit.*, pp. 166 y ss.

VI. ACTOS PROPIOS Y BUENA FE: CORRESPONDENCIA INDIRECTA

La actuación de un sujeto o individuo en el Derecho es piedra de toque de toda una doctrina en el ámbito del Derecho civil y la Teoría del Derecho. La relación entre los actos propios de un sujeto y la buena fe es clara y no es en el presente trabajo donde ello se manifiesta. Ahora bien, la relación no puede ser simple, al decir de De Los Mozos, sino compleja, y no siempre directa¹⁹. Los actos propios son los realizados por un titular de derecho que, con su actuación, ha creado una situación en la que la otra parte o partes podrían confiar, pero que en un determinado momento ejercita un derecho o un nuevo acto que pone en entredicho tal creencia y su anterior conducta. Pero lo que se desprende de la Jurisprudencia, no sólo en materia de contratación, es que la buena o mala fe no está en correspondencia directa con esos actos²⁰. Que la existencia actual del hombre le lleve de la mano del Derecho en su actuación crea una apariencia de forma continuada frente a terceros.

Esa apariencia, es desde un aspecto positivo (de actuación efectiva) y de tolerancia de la apariencia o de los actos de los demás (actos propios consentidos) que no dejan de tener una motivación interna que se nos escapa. En toda esta actuación, desde el aspecto jurídico, es difícil establecer una diferenciación entre el ejercicio normal de un derecho, el ejercicio desproporcionado (antisocial o abusivo), la conveniencia de que sean actos tolerados...estamos, pues, en una frontera que sólo nos aclara el caso concreto. Es decir, el ejercicio de un derecho crea en los terceros y, por supuesto, en la otra parte, una apariencia de orden jurídico, de seguridad, necesaria para ese individuo, pero también para el Derecho objetivo. La cuestión que se tratará de dilucidar, no queda más remedio que jurispruden-

¹⁹ DE LOS MOZOS, J.: *El principio de...*, *ob. cit.*, pp. 183-4.

²⁰ GARCIA DE ENTERRIA, E. «La doctrina de los actos propios y el sistema de lesividad», en *RAP*, 20 (1956), pp. 71 y ss.

cialmente es hasta qué punto un sujeto jurídico puede poner fin a esa actuación positiva o negativa, y ejercitar un derecho en forma diferente a lo que venido haciendo en ese momento; se puede plantear de otra manera hasta cuándo se puede invocar la doctrina de los actos propios como freno a la actuación de una parte o como apoyo argumental de la otra. Se trata de concretar más desde el aspecto inductivo la doctrina de los actos propios desde la Teoría práctica del Derecho²¹.

La teoría de los actos propios y la doctrina que se deriva de los mismos son uno de los fundamentos más importantes y necesarios para establecer la seguridad jurídica y en su consecuencia obtener la tutela judicial efectiva que proclama el art.24.1CE. Es doctrina constante y consolidada derivada de la Jurisprudencia la que define los actos propios como «*expresión inequívoca del consentimiento, que actuando sobre un derecho o simplemente sobre un acto jurídico, concretan efectivamente lo que ha querido su autor y que además causan estado frente a terceros*» (STS 22 enero de 1997). La doctrina de los actos propios es creación sobre todo jurisprudencial, es decir, se va perfilando como una de las grandes manifestaciones de la buena fe; pese a que intenta ser independiente está entrelazada jurisprudencialmente con el abuso del derecho y con el fraude de ley. Pues bien, si, llegado el caso, el sujeto ejerce un derecho que puede conllevar alguno o todos los requisitos del abuso del derecho (uso de un derecho objetivo, daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica, inmoralidad o antisocialidad de ese daño) (STS 10 febrero de 1998) la mala fe exige confirmación probatoria, la buena o mala fe, es concepto jurídico que se apoya en la valoración de una conducta deducida de unos hechos. (STS 17 febrero de 1998). La buena fe, es cuestión de he-

²¹ LARENZ, K.: *Derecho Civil (parte general)*. (M. IZQUIERDO PICAVEA). Madrid: Edersa, 1878, pp. 716, sobre la declaración de aceptación de un contrato; p.824 apariencia de otorgamiento de poder, apariencia de subsistencia del poder.

Mirar LEGAZ LACAMBRA, L.: *Filosofía del Derecho*. Barcelona: Bosch, 1975, pp. 723 sobre la situación jurídica.

cho, y su aireación queda al arbitrio del Tribunal Sentenciador; pese a ser un concepto jurídico, es de libre apreciación de los tribunales que tendrán en cuenta hechos y circunstancias que aparezcan probados, (STS 5 de julio de 1985, 12 marzo 1992, 26 enero 2000). Los actos propios para que sean considerados como tales, han de ser concluyentes, inequívocos y reveladores de una voluntad de crear, modificar, o extinguir una relación de derecho, voluntad que le ha de quedar clara al juez por medio de la prueba y luego de su libertad de conciencia. También posee su reverso, es decir, no se produce abuso de derecho por el mero ejercicio de acciones judiciales en defensa de derechos propios (STS 8 de febrero de 1999). Los datos sobre el poder o apoderamiento, por ejemplo, son utilizados, cuando la fuerza de los hechos es mayor que el argumento jurídico, el juez se ampara en la doctrina de los actos propios. La buena fe, se acompaña del consentimiento tácito de actuar contra los actos propios, en la imposibilidad, sea cual sea la causa del negocio jurídico o situación, de una conducta tolerada durante años (SAP Las Palmas, 11 de enero de 1999). Así, no existe una franja temporal que le lleve al juez a declarar la mala fe del ejercicio de un derecho, pero sí se produce un retraso desleal, fuera de toda creencia de que alguien ejercitará un derecho, es un caso de mala fe (ATS 26 de enero 1999). Así, también en la introducción de cuestiones nuevas en el proceso, en momentos muy avanzados del mismo y sin razones para no haberlo realizado anteriormente (SAP Málaga 27 de febrero 1999). La lista de casos jurisprudenciales podría ser sensiblemente mayor, pero las conclusiones las mismas.

VII. CONCLUSIONES

Es pues la doctrina de los actos propios, uno de los conceptos o principios que le permiten un reducto de libertad, uno de los pocos y escasos en su aplicación de la norma, al juez. Es uno de los conceptos que puede hacerle disentir del pensamiento único jurisprudencial-formal, y que le se-

para del silogismo positivista de que toda norma conlleva irremediabilmente una consecuencia jurídica directa única. No fue así en el Derecho romano y tampoco lo es ahora, donde el juez amparándose de forma argumental y como criterio de interpretación en una doctrina de gran prestigio, puede conceder carta legal a situaciones que están ya institucionalizadas socialmente, y que ninguna prueba puede alterar; situaciones que tomaron cuerpo en relaciones crediticias, contratos, situaciones familiares, de derechos reales...que suponen ser mejor defendidas por el Derecho dejándolas como se encuentran. A nuestro juicio, el Derecho es un instrumento, también ciencia, que debe simplificar la relación de los sujetos, pero que les debe hacer confiar también en su actitud pasiva, cuando no actúa o no se le ha hecho actuar. El mero ejercicio de un derecho no es título para transformar relaciones sociales (antes que jurídicas) y ser origen de una mayor inseguridad. Ello conlleva que la Lógica no ha de estar reñida con el Derecho, y el positivismo, que tanto ha tenido de valioso, fue uno de los máximos impulsores de que esa Lógica no tenía por qué obedecer a valores éticos, o no los tenía que tomar en cuenta en la cadena de aplicaciones, lo cual llevaría en última instancia a la desaparición o papel irrelevante de los principios del Derecho, como no sucede en la realidad vivencial que estudian los sociólogos del Derecho.

Por ello, aunque la doctrina o teoría de los actos propios y la buena fe posee unos presupuestos teóricos, como tal doctrina, esos presupuestos potencian el relato fáctico, la realidad, y la prueba será la que determine si esa situación ha de continuar o si el ejercicio de un derecho, habida cuenta de su relato fáctico, no produce mayores males y ha de ser revalidado sin ser dañino. Lo cierto es que el sujeto que confía en la negativa del Derecho a actuar en una situación, no puede temer perennemente lo que este vaya a hacer, pese a los plazos de prescripción o caducidad que él mismo establece.