

Conferencia de ingreso como Miembro Correspondiente a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba del Dr. Pascual E. Alferillo (9/9/2003)

## REFLEXIONES SOBRE LA “MALA FE”.

Sr. Presidente, señores Académicos, colegas, señoras y señores presentes...

Si ustedes me permiten quiero inicialmente agradecer las sentidas palabras de presentación pronunciadas por el Dr. Luis Moisset de Espanés.

Les puedo asegurar que no es una tarea fácil, pues quienes han tenido la dicha de ser alumno de un reconocido maestro no están preparados para ello. Siempre, es normal encontrar el elogio del discípulo a su formador pero no en sentido contrario. Así, se conocen piezas memorables en las cuales se pondera la obra del maestro. A modo de ejemplo, basta citar el libro “Recuerdo de Jurista” escrito por los procesalistas italianos para evocar la personalidad y la obra de sus profesores de la talla de Calamandrei o Chiovenda...

Sus palabras son una muestra elocuente de la inmensa bondad que anida en su corazón de maestro que como dice José Ingeniero, enseña a hacer – haciendo; a discurrir – discurriendo; a pensar – pensando... Es maestro con el ejemplo.

Esa bondad que descubrí bajo la piel de su “Criticón”. Pues deben saber Uds. que detrás de la fachada de impecable crítico, está el ser humano que sufre más por los padeceres de sus discípulos que por los propios.

Esa tremenda capacidad de bondad se materializa hoy, nuevamente, invitándome a su mesa a compartir su pan que es su sabiduría.

Esas virtudes de bondad y sabiduría, no cabe la menor duda que anidan, de igual modo, en el corazón de cada uno de ustedes, señores Académicos, que generosamente abren las puertas de esta corporación para recibirme.

Ante ello, ratificar el compromiso de aportar todo el esfuerzo posible para mantener inalterable el prestigio de esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

### 1. Palabras iniciales.

Una reciente invitación de una editorial de Buenos Aires que prepara un trabajo colectivo relacionado con la “Buena Fe” estimé conveniente introducirme en el estudio de la figura de la “Mala Fe”. Ello en razón que otros profesores de gran notoriedad habían prometido realizar el examen de la figura convocante en su relación con distintas instituciones civiles, procesales, comerciales, laborales, etc. que agotaban el espectro temático y, fundamentalmente, porque la mala fe no había tenido un estudio sistemático previo y ello resulta necesario para comprender en su real dimensión a la buena fe. Esas reflexiones las quiero compartirlas con Uds. señores Académicos...

Bajo esta premisa, si formulamos un análisis axiológico de la vida se verifica que toda faceta positiva tiene, ineludiblemente, su aspecto negativo. A esta bipolaridad, no escapa el principio de la “Buena Fe” dado que encuentra su reverso en la “Mala Fe”.

Estos comportamientos fueron debidamente regulados por la dogmática nacional; sin embargo, como anticipábamos, en la doctrina de los autores no han tenido un tratamiento científico equivalente por cuanto los mayores esfuerzos reflexivos se han focalizado en la *bona fides*.

Ello viene a colación para destacar que el legislador tuvo especial preocupación al regular la mala fe, citando a este comportamiento, en no menos de sesenta artículos y veinte notas, a lo largo de la codificación de un modo no sistemático.

Apenas iniciado el estudio de la figura se advierten las dificultades que presenta el tema dado que a las complicaciones y ambigüedades propias venidas del principio de la buena fe, bastamente conocidas por haber sido enunciadas por casi todos los juristas que se atrevieron a su estudio, se suman las inherentes a la mala fe.

Avanzando en el desarrollo del tema, es ineludible recordar que para algunos autores la mala fe sería, *prima facie*, la antítesis de la buena fe, al punto que Rezzonico no las concibe como entidades extrañas entre sí pues, en la bipolaridad, la mutua exclusión de la buena-mala fe no hace más que certificar la relación. Este autor textualmente dice que “ambos puntos pueden concebirse como las dos caras de una misma medalla: la parte de la buena fe no mostrará un rostro lozano, sereno, invitando a compartir una misma y diáfana verdad; la cara de la mala fe exhibirá un aspecto indefinido, vago, doble, por momentos cambiantes, como lo son las mil máscaras de la astucia y la deslealtad...”<sup>1</sup>

Con el pensamiento trascrito no se da un concepto propio de mala fe, sino que por descarte o exclusión se lo pretende caracterizar. Pero ello encuentra el obstáculo de que la buena fe al ser concebida como una cláusula general o principio jurídico<sup>2</sup> es un concepto indefinido, estándar jurídico abierto cuyo contenido es determinado en cada época y en cada caso por la hermenéutica de los jueces<sup>3</sup>. Ante ello, por analogía, la mala fe como parámetro de conducta, de igual modo, debería ser entendida como una noción abierta que la jurisdicción definirá en cada asunto sometido a su decisión.

Así piensa la escribana Yorio, quien partiendo de aseverar que el Código Civil no contiene una definición concreta de la buena fe sostiene que “tampoco existe un criterio estricto para determinar la buena o mala fe, ni es conveniente echar mano al sistema de presunciones legales que – como tales - deben ser de interpretación restrictiva...”. Por lo cual “en materia contractual serán las circunstancias de cada caso, y las especiales características que lo rodean, las que brindarán las pautas para juzgar si se ha obrado dentro de los límites impuestos por la buena fe...”<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Rezzonico, Juan Carlos, “Efecto expansivo de la buena fe”, La Ley Tº 1991-C- 518.

<sup>2</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída, “La buena fe en la ejecución de los contratos”, Revista de Derecho Privado y Comunitario Nº 18 “Responsabilidad contractual – II”, (Rubinzal-Culzoni Editores – Santa Fe – Argentina – 1998), pág.211. Esta autora considera que “la buena fe sería un principio general de derecho que la ley formula por medio de una cláusula general”. Y de que “las cláusulas generales no son principios deductivos ni de argumentación dialéctica, sino que imparten al juez una medida, una directiva para la búsqueda de la norma de decisión; son una técnica de formación judicial de la regla que ha de aplicarse al caso concreto, sin un modelo de decisión preconstituido por un supuesto de hecho normativo abstracto...”; Mayo, Jorge a., “Sobre las denominadas cláusulas generales. A propósito de la buena fe, el daño y las buenas costumbres”, La Ley 2001-E-1146; López María Teresa, “Los principios generales del Derecho” y Pettoruti, Carlos Enrique, “Alcance y ámbito de aplicación de los principios generales del Derecho”, en Revista Notarial, Número Especial – Simposio sobre Teoría General del Derecho, Nº 853 – 1980, págs. 1902 y 1935 respectivamente.

<sup>3</sup> Spota, Alberto G., “Tratado de Derecho Civil”, Tº I - “Parte General” - Volumen 1, (Editorial Depalma – Buenos Aires – 1947), pág. 358.

<sup>4</sup> Yorio, Elvira Marha, “El abuso del derecho”, Revista Notarial del Colegio de Escribano de la Provincia de Buenos Aires, Nº 853-1980, pág. 2224; Rezzonico, Juan Carlos, ob. cit., pág. 520 piensa que “una definición de la buena fe, no podría proponerse sino con muchas salvedades y dudas. Sería de alguna manera contradictorio afirmar, por una

En la misma dirección los modernos estudios de la buena fe se niegan a dar un concepto de ella en función de que esta pretensión “se estrella con la aceptación de que la buena fe es una cláusula general, pues siendo tal, es lógico que el contenido deba concretarse en cada caso”<sup>5</sup>

Pero, ante la importante cantidad de citas sobre la mala fe reguladas en las normas incluidas en el Código Civil, es conveniente indagar, como punto de partida de éstas meditaciones, si realmente existe indefinición en el contenido de las normas del código. O, por el contrario, si Vélez Sársfield se preocupó por transmitir pautas concretas para conceptualizar a la mala fe.

## 2. El concepto de mala fe en el Código Civil Argentino.

En los párrafos precedentes aseveramos que el legislador civil no había tratado a la mala fe de un modo sistemático sino, por el contrario, sancionó, en forma dispersa, normas y dejó notas que fijan su significación. Por esa razón, es importante esquematizar el estudio de la dogmática nacional civil para inferir cual era el concepto del codificador.

En este primer grupo de normas que analizaremos, el legislador conceptualiza a la mala fe haciendo referencia concreta al conocimiento del sujeto que utiliza antifuncionalmente.

### a) En el régimen del matrimonio.

En el régimen del matrimonio, el art. 224, cuyo texto fue reformulado por la Ley 23.515, interpreta que la mala fe de los cónyuges consiste en el **conocimiento que hubieren tenido o debido tener**, al día de la celebración del matrimonio, del impedimento o circunstancias que causare la nulidad.

### b) En las obligaciones de dar cosa cierta.

En las obligaciones de dar cosa cierta con el fin de transferir o constituir derechos reales sobre una cosa mueble, el codificador, en el art. 592, reguló que el acreedor, cuando su deudor hiciera transferencia de ella a otro, no tendrá derechos contra los poseedores de buena fe; precisando que “la mala fe consiste en el **conocimiento** de la obligación del deudor”

### c) En el contrato de cesión de derechos.

A su vez, en la esfera contractual, en el art. 1480 estatuye que el cedente será de mala fe, cuando celebrase el contrato “**sabiendo** que la deuda era incobrable”.

### d) En el contrato de sociedad.

Siguiendo en el ámbito convencional se ha previsto que los contratantes (terceros) que pueden alegar contra los socios la existencia de una sociedad ilícita, de acuerdo al art. 1659, no podrán hacerlo cuando **tuvieren conocimiento** que la sociedad era ilícita, conforme el sentido del art. 1660 del Código Civil.

### e) En el contrato de mandato.

Otra visión de la mala fe la entrega el código en el caso de existir doble contratación sobre un mismo objeto, una celebrada con el mandante y otra con el mandatario, precisando, el art. 1944 que éste será de mala fe si hubiere contratado, **estando prevenido** por el mandante. Es decir, cuando conocía que su mandante tenía

---

*parte, que se está ante una norma abierta siempre posible de colmar con nuevas realidades, y por otra definir el instituto, que se remodela constantemente...”.*

<sup>5</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída, *ob.cit.*, pág. 239. Esta autora cita a Alpa, Guido, “*Pretese del Creditore e normativa di correttezza*”, en *Rivista del Diritto Commerciali*, anno LXIX, 1971, N° 7-8/9-10, pág. 280.

la decisión de realizar el contrato por su cuenta.<sup>6</sup>

**f) En la garantía de evicción en la compraventa.**

En esta línea, el artículo 2123 reglamenta que el vendedor será de mala fe si **conocía**, al tiempo de la venta, el peligro de la evicción. Es decir, la mala fe en este caso está íntimamente ligada al conocimiento de una circunstancia relevante (vicio que adolecía la cosa vendida) que no fue comunicada al comprador.

**g) En la garantía de evicción en el contrato de donación.**

De igual modo, conforme al contenido del art. 2146 inc. 2, la donación será hecha de mala fe, **sabiendo** el donante que la cosa era ajena.

**h) En la transformación de cosas.**

En el libro de los Derechos Reales, el artículo 2569 interpreta que la transformación será de mala fe si se hizo **sabiendo o debiendo saber** el transformador que la cosa era ajena.

**i) En la posesión de la herencia.**

También, el art. 3428 regula que el poseedor de la herencia será de mala fe cuando **conociendo** la existencia del pariente más próximo, saben que no se ha presentado a recoger la sucesión porque ignoraba que le fuese deferida, aclarando que no deben ser incluidos en esta categoría, por tener conocimiento de que la sucesión está deferida a dichos parientes.

En este segundo grupo, de igual modo, se hacen referencias concretas, en las hipótesis de los arts. 1740 y 2009 el Código Civil definen las conductas de mala fe pero de un modo distinto, sin hacer referencia directa al conocimiento del sujeto sino al propósito buscado.

Pero, en el caso de la adquisición de cosas hurtadas, el saber de la situación jurídica de la cosa esta nuevamente presente en forma directa en otra norma complementaria.

**a) En la dación de cartas de recomendación.**

En ese sentido, el artículo 2009 del Código Civil cuando regula el contrato de fianza, interpreta que las cartas de recomendación serán de mala fe si fuesen dadas, **afirmando falsamente** la solvencia del recomendado.

En este caso se puede verificar que el emisor de las cartas de recomendación conocía o debía conocer la insolvencia del sujeto favorecido, pero omitió deliberadamente, con plena conciencia de su actuación dar a conocer a la otra parte el estado falencial del recomendado, en cuyo caso el propio artículo establece que quién la suscriba será responsable del daño que sobreviniese a las personas a quienes se dirigen, por la insolvencia del recomendado.

En esta hipótesis, igualmente, existe la mala fe conocimiento pero se hace referencia a ella de un modo indirecto.

**b) En la renuncia a la sociedad.**

En el art. 1740, se regula que la renuncia a la sociedad será de mala fe, cuando se hiciera con la **intención** de obtener exclusivamente algún provecho o ventaja que hubiese de pertenecer a la sociedad. En el artículo siguiente sanciona que la renuncia hecha de mala fe, es nula respecto de los socios, por lo que ganare el renunciante en el negocio que ha tenido en miras al renunciar pertenece a la sociedad, pero si perdiese en él, la pérdida es de su sola cuenta.

En este caso, no aparece con nitidez un conocimiento de determinada situación fáctica sino que se puntualiza fuertemente la intención de aventajar en el negocio a la sociedad a la cual pertenece. Pero indagando un poco mas profundamente, la ley

<sup>6</sup> Gregorini Clusellas, Eduardo L., "La buena fe en la relación entre mandante y mandatario", J.A. 1990-III-837; Mosset Iturraspe, Jorge, "Mandatos" (Rubinzal-Culzoni Editores - Santa Fe - Argentina - 1996), págs. 283 y 368.

pretende proteger la palabra empeñada por el socio ante los otros para procurar obtener una utilidad común en función de los aportes realizados. Es decir, aspira a resguardar la buena fe lealtad con que se debe ejecutar el contrato, en este caso de sociedad.

Pero para intentar sacar ventajas de un negocio que pertenecía a la sociedad, es porque el socio tuvo conocimiento del mismo en función de su calidad de socio y mal utiliza esa información en un proyecto de lucro personal. Esta es la conducta que básicamente reprueba la ley y tilda de mala fe.

**c) En la adquisición de cosas hurtadas o perdidas.**

El art. 2771 del código sustancial prescribe que será considerado poseedor de mala fe el que compró la cosa hurtada o perdida a persona sospechosa que no acostumbraba a vender cosas semejantes, o que no tenía capacidad o medios para adquirirla.

Esta norma califica como de mala fe al comprador que no agotó las diligencias necesarias para evitar adquirir bienes robados o perdidos. En otras palabras, llega a un estado de mala fe por negligencia cuando tenía el deber de conocer la verdadera situación jurídica de los bienes que pretende comprar.

La vinculación entre la mala fe y conocimiento de la situación relevante queda nuevamente demostrada en el contenido art. 2770 del Código Civil, el cual regula que los anuncios de hurtos o de pérdidas, no basta para hacer presumir de mala fe al poseedor de cosas hurtadas o perdidas que las adquirió después de tales anuncios, si no se probase que **tenía** de ello **conocimiento** cuando adquirió las cosas.

Finalmente, para completar el estudio del pensamiento de Vélez Sársfield observamos que la preocupación del codificador por regular las conductas de mala fe se extendió a las reflexiones dejadas en las notas de los artículos, que sin lugar a titubeo colaboran inestimablemente a descubrir el sentido de sus preceptos. En esta dirección, en las referencias expuestas en las notas a los arts. 509, 577, 707, 731, 967, 1329, 2354, 2412, 2565 a 2570, 2594, 3340, etc. no se expone un concepto de mala fe, sino que únicamente señalan la participación de la misma.

En cambio en las siguientes notas se da un concepto de mala fe.

**a) Nota a los arts. 2433 y 3986: Notificación de la demanda.**

En el párrafo inicial de esta larga nota al art. 2433 que regula las obligaciones de los poseedores, referencia el art. 338 del Código de Austria expresando que el poseedor de buena fe que ha sido condenado por sentencia a restituir la cosa, debe ser considerado como poseedor de mala fe **desde el día en que se le hizo saber** la demanda de reivindicación.

Este criterio que es plasmado en el texto del art. 2433 del Código Civil, resalta, nuevamente, la importancia que tiene el conocimiento de la situación por el sujeto que en este caso, lo presume a partir de la notificación de la demanda, que no es otra cosa que conocer fehacientemente su verdadera situación frente a la cosa.

De igual modo, en el art. 3986 donde se regula la interrupción de la prescripción por demanda, se adopta el mismo criterio cuando se especifica que “aunque la demanda sea nula, prueba la diligencia del que se la interpone, y constituye al poseedor de mala fe..., basta un acto judicial contra el poseedor para constituirlo de mala fe en su posesión...”

**b) Nota al art. 2589: Construcción en terreno ajeno.**

En la nota del art. 2589, transcribe a Marcadé cuando examina el Código Francés, entendiéndolo que el constructor será de mala fe cuando **sabía** que las hacía en un terreno que no le pertenecía. El conocer o ignorar que el inmueble es de propiedad de otro es el elemento que determina la calificación de su actuar como de buena o mala fe.

**c) Nota al art. 2942: Extinción del usufructo por prescripción.**

En la nota al art. 2942, Vélez Sársfield, cita nuevamente a Marcadé, en la parte que interesa a esta investigación, dice que “si una tercera persona sin título y de mala fe, entra en posesión de un fundo que **reconoce que no le pertenece**, pero del cual pretende tener el usufructo,...”, se pone de manifiesto que la mala fe esta relacionada con la conciencia de que el bien es de propiedad de otra persona.

**d) Nota al art. 3426: Posesión de una herencia.**

En esta nota, el codificador sigue a la Ley Romana en la cual se dice que “el que toma una sucesión a la cual **sabe que no tiene ningún derecho**, se encuentra por su solo hecho, sometido a la obligación de restituirla inmediatamente al legítimo heredero, y debe, por su mala fe, ser considerado como constituido en mora desde el primer momento de la ocupación de las cosas hereditarias...”. Para esta posición el solo hecho de conocer que no se tiene ningún derecho pone al tenedor de la herencia en situación de mala fe, pero este criterio no es el adoptado en el art. 3428 para los parientes del fallecido que toman la posesión de la herencia. En este caso para ser de mala fe se requiere que se conozca la existencia del pariente más próximo pero sabe que no se presenta porque ignora que le ha sido deferida la sucesión.

En ambos casos, las exigencias son disímiles, pero tienen en común que la mala o buena fe está determinada por el conocimiento que tiene de determinada situación que es de interés para el derecho su protección.

**e) Nota al art. 4006: Duda en la posesión.**

El art. 4006 del Código Civil regula concretamente que la buena fe requerida para la prescripción es la creencia sin duda alguna del poseedor de ser exclusivo señor de la cosa, de donde interpreta siguiendo a Voet que no debe ser considerado en estado de buena fe, el que duda si su autor era o no señor de la cosa, y tenía o no el derecho de enajenarla, por que la duda es un término medio entre la buena y mala fe. Esta reseña ratifica la importancia del conocimiento, pues duda quién tiene un conocimiento parcial o no acabado de la situación, razón por la cual será de su diligencia llegar al conocimiento fehaciente.

Como conclusión para este apartado, se observa que el codificador no fijó en las normas un concepto genérico para evaluar cuando se tipifican las conductas de mala fe pero en cada artículo en que trata el tema pone énfasis en describir cual es el conocimiento que tenía o debía tener el sujeto de la circunstancia que se estima importante para el caso regulado.

### **3. La mala fe en la codificación civil comparada.**

Para completar una visión medianamente integral del concepto de mala fe resulta ineludible explorar cual ha sido la respuesta dada por las distintas legislaciones extranjeras que en esta oportunidad restringiremos a unas pocas codificaciones civiles de las cuales se destacaran las normas de mayor trascendencia vinculadas con el tema.

En esta dirección, en el Código Civil Alemán (BGB) encontramos, entre las normas de moralidad codificadas, los arts. 157 y 242 que fijan a la buena fe como pauta de interpretación y cumplimiento de los contratos. Por su parte, en el art. 444 estableció la obligación de proporcionar al comprador toda la información necesaria relativa a las relaciones jurídicas que afectan el objeto vendido.

Entre las referencias directas a la figura que examinamos el art. 819 establece que si el receptor conoce la ausencia de causa jurídica en el momento de la recepción, o si se entera después de ella, esta obligado a restituir. Por su parte, el inc. 2 del art. 932

fija que el adquirente no actúa de buena fe si conoce, o debido a negligencia grave desconoce, que la cosa no pertenece al enajenante.

Esta última referencia normativa del BGB marca con precisión cuando una conducta contractual debe ser calificada de mala fe: cuando conoce o debía conocer el dato que era de importancia en la hipótesis regulada.

En el Código Civil español, en el art. 7 inc. 1, se exige como norma general de moralidad que los derechos deberán ejercitarse conforma a las exigencias de la buena fe.

En cuanto a la mala fe, en los arts. 364, 433, 1778, entre otros, hace alusión al conocimiento o ignorancia para llevar a cabo la calificación.

En la codificación civil francesa, siguiendo criterios ya expuesto, se precisa en el art. 550 que el poseedor es de mala fe desde el momento en que tiene conocimiento de los vicios del título transmisor de la propiedad del bien que posee.

Como norma destacable, por constituir el antecedente de nuestro 521 en su versión de la ley 17711, el art. 1153 CCF establece que el acreedor a quién su deudor moroso hubiera causado, por su mala fe, un perjuicio independiente de su retraso podrá obtener el pago de daños e intereses distintos de los intereses moratorios del crédito.

Entre los códigos de Sudamérica, el Código Civil de Brasil, adopta la fórmula de la compilación francesa para reglar la mala fe del poseedor marcando la vinculación con el saber de la circunstancia importante que la ley tiene en cuenta para calificar la conducta.

En Chile, la preocupación por la mala fe se remonta al mensaje de remisión efectuado por el Ejecutivo al Congreso imputándole que es causa de abusos para eludir las precauciones legales.

Esta preocupación se traduce en varios artículos donde se hace mención, por ejemplo, en el art. 94 inc. 6, “al saber y ocultado la verdadera muerte del desaparecido, o su existencia”. En el art. 2301 modifica la calificación del sujeto “desde que sabe que la cosa fue pagada indebidamente, contrae todas las obligaciones del poseedor de mala fe”.

El Código Civil del Paraguay, en una solución muy similar a la adoptada por el argentino, determina, entre otras citas, que “el poseedor es de mala fe si sabe que existen herederos de grado más próximo o legatarios a quienes no se ha hecho citar para que concurran a ejercer sus derechos...”.

En Perú, su código, entre las escasas menciones efectuadas, el art. 1268 marca que queda exento de la obligación de restituir quién creyendo de buena fe que el pago se hacía por cuenta de un crédito legítimo”. Es decir, el conocimiento de la ilegitimidad del crédito torna al acreedor putativo de mala fe.

Estas breves reseñas sobre la mala fe tomadas de los códigos civiles más importantes, ratifican la vinculación entre el conocimiento de la circunstancia o dato trascendente y la conducta reprochable que examinamos en esta oportunidad.

#### **4. El concepto de mala fe en la legislación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)**

La legislación relativa a la propiedad intelectual, fundamentalmente aquella que pretende su protección ante el avance de los medios de comunicación masivos que facilitan la indebida utilización de obras ajenas, se erige como uno de los paradigmas de las regulaciones de esta era tecnológica que receptan en su problemática las transformaciones traídas por los sistemas informáticos. Por ello, creemos que resulta

evidentemente necesario traerla a colación para completar este precario cuadro de antecedentes de regulaciones relativas a la mala fe y así proponer un concepto.

En ese plexo se destaca las Recomendaciones Conjuntas adoptadas por la Asamblea de la Unión de París para la Protección de la Propiedad Industrial y la Asamblea General de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) en la trigésima sexta serie de reuniones de la Asamblea de los Estados Miembros de la OMPI, realizadas el 24 de setiembre al 3 de octubre de 2001.

En el artículo 4 de esa recomendación se hace referencia a la “Mala fe”, la cual actuaría como factor de atribución de las responsabilidades emergentes del incumplimiento de las recomendaciones efectuadas para la protección de la propiedad intelectual.

En ese artículo se propone: “1) [Mala fe] A los efectos de la aplicación de las presentes disposiciones, se tendrá en cuenta cualquier circunstancia pertinente para determinar si un signo fue usado, o si un derecho fue adquirido, de mala fe.

2) [Factores] En particular, la autoridad competente deberá considerar, entre otros, los siguientes aspectos:

i) si la persona que usó el signo o adquirió el derecho sobre el signo **tenía conocimiento** de la existencia de un derecho sobre un signo idéntico o similar perteneciente a otro, **o no podía razonablemente ignorar** la existencia de ese derecho, en el momento en que, por primera vez, la persona haya usado el signo, adquirido el derecho o presentado una solicitud para la adquisición del derecho, cualquiera sea la que haya ocurrido en primer término; y

ii) si el uso del signo redundaría en un aprovechamiento indebido del carácter distintivo o de la reputación del signo objeto del otro derecho, o lo menoscabaría injustificadamente.”

Como se colige de la simple lectura de esta recomendación internacional se vincula a la mala fe con el conocimiento que debió tener la persona que usó la idea de otro.

## 5. Nuestro concepto de mala fe

La atenta lectura de las definiciones transcritas de las codificaciones civiles y de la avanzada legislación de los derechos intelectuales permite coleccionar los aspectos comunes para juzgar que **la mala fe se configura cuando el sujeto tiene conocimiento o tiene el deber de conocer determinada situación, circunstancias, datos, condiciones, calidades, etc. relevante para el derecho a la luz de las particularidades propias de cada acto jurídico, cuya utilización antifuncional el ordenamiento jurídico reprueba y, por tanto, considera ilegítimo su proceder a partir de ese momento.**

Cuando se califica al conocimiento de relevante es para destacar que, de acuerdo a lo observado en el contenido de los artículos reproducidos, no es cualquier circunstancia, condición, dato, etc., sino de uno realmente importante, trascendente, determinante teniendo en cuenta la naturaleza jurídica y rasgos tipificantes del acto.

Del examen efectuado, vislumbramos que la mala fe encuentra su perfil específico en el conocimiento que el sujeto tiene o debe tener de hechos, circunstancias, situaciones, datos, etc. relevantes para el derecho de acuerdo a las características de cada acto jurídico. Por ello, el individuo que tiene o debe tener ese saber significativo, frente al principio de la buena fe, si retiene ese conocimiento sin notificar al otro sujeto

del acto o culposamente no lo tiene al celebrar, ejecutar o interpretar el negocio, está trasgrediendo la confianza y lealtad que debe primar en todos los actos jurídicos.

Estas conductas exigibles, para Jordano Fraga surgen de reconocer la existencia en el ámbito obligacional de los deberes de protección que son secundarios del deber de prestación (principal). Los primeros “fundamentalmente derivados de la idea de buena fe, se dirigen a preservar a cada una de las partes de los daños que les pueda derivar del cumplimiento de la obligación...”<sup>7</sup>

La existencia de estos deberes de tutela de los intereses ajenos con los cuales se vincula el sujeto, creemos que debe hacerse extensiva a toda vinculación jurídica y no solo a la obligacional por cuanto ella deriva además de la buena fe sino del mandato de “no dañar” a otro.

Por otra parte, esta exigencia de protección de la otra parte, es un paso adelante, muy importante, en el proceso de humanización de las obligaciones para que la misma sea un instrumento de cooperación social y no uno de explotación o aprovechamiento de los más débiles.

## 6. Clasificación.

Luego de transcribir las normas donde se hace referencia al deber de indemnizar generado por un actuar de mala fe y de construir un concepto de la figura, creemos estar en condiciones de esbozar una primera clasificación de la mala fe.

En ese sentido, observamos que las mismas pueden ser dividida entre la mala fe no punible y la punible.

En la primera categoría se puede incluir: a) La mala fe jurídicamente tolerable que sería aquella de escasa importancia o la que recae sobre un hecho, circunstancia, dato, etc. no relevante a la luz de las características del acto examinado; b) En la mala fe recíproca, es decir cuando la conducta de los sujetos partícipes del acto este teñida por ella.

A su vez, la mala fe punible puede ser dividida en función de la clase de sanción prevista:

a) Con la indemnización de los daños y perjuicios. Verbigracia, arts. 972, 1480, 2009, 2569, 2784, 2435, 3430, etc. del Código Civil.

b) Con la nulidad. Por ejemplo el art. 2099 C.C. sanciona con la nulidad de la convención que libre al enajenante de responder por evicción cuando ha existido mala fe de parte de éste, o art. 1741 primera parte que establece que la renuncia de mala fe es nula respecto de los socios.

c) Con la privación de derechos, como es en los casos regulados por los arts. 222 (efectos de la nulidad del matrimonio), 1071 (pérdida del amparo legal cuando existe un ejercicio abusivo del derecho), 1742 segunda parte (pérdidas de las ganancias y adjudicación de las mismas a la sociedad y asunción de las pérdidas por el socio renunciante de mala fe)

---

<sup>7</sup> Jordano Fraga, Francisco, “La responsabilidad contractual”, Primera edición, (Editorial Civitas S. A. – Madrid – España – 1987), pág. 141. Este autor completa la idea expresando que “los deberes de protección tienen un contenido autónomo respecto al deber de prestación, de modo que, desde la perspectiva del deudor, estos deberes operan con independencia de que la prestación principal se haya cumplido...”

## 7. La mala fe como factor de atribución subjetivo.

En la redacción original del Código Civil se hace referencia directa a la mala fe como generadora de responsabilidad en varias normas. Así, se regula imponiéndole el deber de resarcir: a) en el art. 972, al que hubiere adquirido las cosas enajenadas en fraude de los acreedores; b) en el art. 1480, al cedente de mala fe por los perjuicios causados al cesionario; c) en el art. 1893, al sujeto que ha incitado o dado consejos de mala fe en el interés exclusivo del mandatario; e) en el art. 2009, a quién afirmare falsamente la solvencia en las cartas de recomendación; f) en el art. 2569, cuando la transformación se hizo de mala fe y fuere imposible reducirla a su forma anterior; g) en el art. 2784, a la persona que sé de por poseedor sin serlo; h) en el art. 2435, al poseedor por la ruina o deterioro de la cosa; i) en el art. 3430, al poseedor de la herencia a favor de los herederos preferentes; j) en el art. 225, al cónyuge de mala fe, etc.

Como se colige del tenor normativo de las previsiones transcritas, el codificador entendió que la mala fe actúa como elemento generador del deber de resarcir los daños que ocasiona. En función de este criterio se debe indagar si esta conducta reprochable tiene independencia conceptual y operativa como factor de atribución o, por el contrario, queda subsumida dentro de algunos de los clásicos componentes subjetivos (dolo y culpa) de asignación del deber de resarcir.

### 7.1. Mala fe y dolo.

El dolo, históricamente, ha sido explicado por la dogmática y doctrina como factor de atribución de carácter subjetivo integrante como requisito del deber de resarcir los menoscabos, de ahí que resulte de central significación examinar, desde la óptica jurídica, su vinculación con la mala fe.

#### 7.1.1. Las distintas posiciones.

Un repaso por el pensamiento de los principales autores y jurisprudencia permite, con el propósito de formular un ordenamiento de los mismos, proponer la siguiente clasificación.

##### a) La mala fe no es igual al dolo.

El profesor Spota, cuando analiza la recepción del standard jurídico de la buena fe en el código de Vélez, entiende que “la mala fe, esa mala fe cercana al dolo, no da derecho...”<sup>8</sup>. Es decir, si bien denuncia una vecindad, diferencia, sin explicación, sus naturalezas.

Con mayores fundamentos, se puede citar el pensamiento de Danz, quién sostiene que si el juez, en los casos en que interpreta un negocio jurídico siguiendo simplemente los usos sociales, invoca también en su fallo, el principio de la “buena fe” no es que quiera acusar de fraude a la parte contra la cual sentencia, como tantas veces se cree, pues puede muy bien ocurrir que ésta no tuviese la menor noticia del sentido usual que tiene en el comercio la declaración de voluntad, en la mayor parte de los casos

---

<sup>8</sup> Spota, Alberto G., “Instituciones de Derecho Civil – Contratos”, Volumen III, 2 reimpresión, (Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1980), punto f), pág. 338.

creerá de buena fe que el sentido de la declaración de voluntad que ella afirma es el exacto, y el falso, el que sostiene la parte contraria.<sup>9</sup>

El pensamiento de éste autor, quiebra la identificación de la mala fe con el dolo al introducir la factibilidad de que haya mala fe sin conocimiento pleno de las circunstancias fácticas relevantes por negligencia o por error inexcusable.

**b) La mala fe equivale a dolo.**

En este sector del pensamiento se sitúan Cazeaux y Trigo Represas cuando aseguran que “el dolo en un sentido lato implica una idea de mala fe, de conducta deliberada contraria a derecho”<sup>10</sup>

En la misma dirección un antiguo fallo de la Corte de Justicia Federal asimila los institutos en estudio cuando consideró que “el dolo en el cumplimiento de las obligaciones, mencionado en los arts. 506 y 521 del C. Civil no es el previsto en el art. 931 del mismo, sino el que se atribuye a toda persona que ha producido un daño previendo o habiendo podido prever que lo causaría; es decir, cuando ha obrado de mala fe...”<sup>11</sup>

De igual modo, otro tribunal ha sostenido que “el dolo en el incumplimiento contractual se configura cuando el deudor tenga la posibilidad de cumplir y no quiera deliberadamente hacerlo o cuando el incumplidor tenga plena conciencia de la ilegitimidad de su obrar, operando de mala fe a través del incumplimiento deliberado de sus obligaciones...”<sup>12</sup>

Para completar la idea de este sector es eficaz transcribir el pensamiento del tribunal que opinó que “el dolo o mala fe puede serle imputado al plagiarlo por el conocimiento de la obra plagiada. Cuando resulta clara la usurpación o apropiación indebida no hacen falta excesivas indagaciones para determinar los propósitos de aquel, pues el dolo es inherente al acto realizado. En consecuencia, basta la impresión ilícita que crea contra el plagiarlo la presunción de mala fe que resulta del conocimiento del derecho que usurpa...”<sup>13</sup>

Estos criterios jurisprudenciales asimilan totalmente las figuras, razón por la cual para ellos la mala fe debe ser considerada como un factor de atribución con iguales características que el dolo en el deber de indemnizar el daño.

**c) La mala fe comprende al dolo.**

Esta idea fue desarrollada por el profesor Atilio A. Alterini, para quién la mala fe es la antítesis de la buena fe, a la cual la entiende como “ajustar totalmente la conducta a las pautas del ordenamiento jurídico. Significa, sigue el autor, que sólo con la plena conciencia de la legitimidad del obrar, el ejercicio del derecho es reconocido por dicho ordenamiento”. Por ello, el concepto de mala fe “cubre una amplia gama de situaciones jurídicas y subyace inclusive en multitud de figuras que producen consecuencias autónomas, pero muestran en su trama la presencia de mala fe”<sup>14</sup>

<sup>9</sup> Danz, E., “La interpretación de los negocios jurídicos (Contratos, testamentos, etc.)”, Adaptada al español por Francisco Bonet Ramón (Editorial Revista del Derecho Privado – Madrid – 1955), pág. 197.

<sup>10</sup> Cazeaux, Pedro N. – Trigo Represas, Félix A., ob. cit., Tº 1, pág. 252; Von Tuhr, “Derecho Civil”, Tº 3, Vol. II, pág. 168 párr. 89, Cifuentes, Santos, nota al art. 931 en “Código Civil y Leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado”, Belluscio (Director) - Zannoni (Coordinador), (Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1982), Tº 4 (art. 896/1065), pág. 215.

<sup>11</sup> CSJN, “Rodríguez Guichou, Héctor L. v. Nación”, 01/01/1943 – Tº 195, pág. 339.

<sup>12</sup> Cám. Criminal Correccional Fed., Autos Nº 46.914/95 “Servicios Petroleros Fueguinos S.A. c/ Transporte Pampeanos SACIFA s/ Incumplimiento de contrato”, 18/6/1996.

<sup>13</sup> Cám. Nac. Civil, Sala G, 1994/03/21, “Moreno, Norberto V. c. Iglesia, Julio y otros”, La Ley, 1995-C, 558, DJ, 1995-2-1160; JA, 1994-IV-410.

<sup>14</sup> Alterini, Atilio Aníbal, “Mala Fe”, Enciclopedia Jurídica Omeba, Tº XVIII - 30, pág. 928.

En función de ello, asegura que en la mala fe el objetivo primordial es la consecución de un fin injusto o ilegal utilizando medios aparentemente patrocinados por la justicia o por la ley, pues la mala fe implica esencialmente conciencia de la ilegitimidad de la pretensión que se esgrime. El que obra de mala fe sabe, tiene conciencia plena de que ejecuta una acción sin derecho, cuyas consecuencias han de ser perjudiciales para aquél contra quién se dirige.<sup>15</sup>

Por otra parte, sostiene el referido autor que “hay supuestos en los cuales no es menester la plena conciencia de la ilegitimidad de la conducta propia, bastando la ignorancia de la verdadera situación. Para ello, tal ignorancia ha de ser inexcusable...”<sup>16</sup>, Con esta aseveración se admite que existe también la unión “mala fe-negligencia” de donde las intencionalidades que caracterizan al dolo no serían de la esencia de la mala fe.

#### **d) Observaciones críticas.**

El codificador no estableció un concepto unívoco de dolo, sino por el contrario estableció tres tipos que tienen características exclusivas que los identifican. Por ello, no se puede llevar a cabo una comparación lineal entre mala fe y dolo, sino que es ineludible hacerla confrontándola con cada modalidad.

Por su parte, la actuación de mala fe se puede dar en estadios diferentes en la vida de un negocio o acto jurídico. Así el art. 1198 Código Civil reconoce como momentos diferenciados la celebración, ejecución e interpretación, a los cuales se deberá sumar la etapa precontractual y poscontractual.

A modo de digresión, se advierte que en muchos trabajos y jurisprudencia se compara a la mala fe con el dolo, sin precisar sus contenidos ni reconocer sus clases, razón por la cual a continuación procuraremos superar ello enfrentando las figuras discriminadamente en la medida de las limitaciones de esta exposición.

### **7.1.2. Mala fe y dolo delictual (art. 1072 C.C.).**

Para concretar estas meditaciones debemos recordar el texto del artículo 1072 del Código Civil, el cual señala los elementos componentes del dolo delictual: el intelectual, vinculado con la ejecución a sabiendas y, el volitivo, la intención de dañar.<sup>17</sup>

El primero de ellos presupone la capacidad del sujeto para comprender la criminalidad (imputabilidad) y requiere, para algunos autores que el mismo haya entendido la antijuricidad del acto.

La conciencia de la ilicitud como integrante o no del concepto de dolo ha generado, fundamentalmente entre los juristas penalistas, un arduo debate, cuyas posturas extremas pueden ser sintetizadas en el pensamiento de los profesores Orgaz y Santos Briz.

El jurista mediterráneo sostiene que “la condición de que el autor haya obrado “a sabiendas”, significa que éste haya tenido la conciencia de la ilicitud, esto es, de que realizaba un acto contrario a derecho, en general, aunque no necesariamente a una

<sup>15</sup> *Ibídem*, pág. 929. El autor transcribe en este punto las definiciones vertidas en la *Enciclopedia Jurídica Española*, Barcelona, Tomo XXI, pág. 540.

<sup>16</sup> *Ibídem*, ob. cit., 929.

<sup>17</sup> *Kemelmajer de Carlucci, Aída, comentario al art. 1072 en “Código Civil y Leyes complementarias. Comentario, anotado y concordado”, Director Belluscio, César A. y Zannoni, Eduardo A., Tomo 5, (Editorial Astrea – Buenos Aires- Argentina - 1984), pág. 86; Llambías, Jorge Joaquín, ob. cit., T IV-A (Ed. Perrot – Buenos Aires – Argentina) N° 2313 pág. 8.*

norma determinada: basta con la conciencia de realizar u omitir algo prohibido por la ley...”<sup>18</sup>

En la antípoda, Briz proclama que “el concepto de dolo implica la realización de una voluntad dirigida a un resultado determinado en la norma prohibitiva, y que supone el conocimiento de las modalidades de la acción descritas en dicha norma. El dolo es, por consiguiente, una finalidad jurídicamente relevante. No pertenece al dolo, la llamada “conciencia de la antijuridicidad”...”, dado que ésta “no se refiere a ninguna de las circunstancias de hecho sino exclusivamente a la norma prohibitiva misma, o más exactamente, al ser y esencia de la prohibición, a la acción, la cual es parte integrante de la voluntad de ejecución...”<sup>19</sup>

Esta última posición expulsa al conocimiento de la antijuridicidad (conciencia de la ilicitud) de los requisitos componentes del dolo delictual, por lo cual no hay lugar a hesitación de que la mala fe como conocimiento de determinadas circunstancias, hechos, datos, etc. relevantes conforme las particularidades del acto jurídico que el derecho ilegítima cuando es utilizado inapropiadamente queda, evidentemente, fuera del dolo.

Si se lee con detenimiento el párrafo transcrito de Briz, se observa que este autor diferencia perfectamente, en la etapa intelectual, entre el conocer las circunstancias fácticas (que vinculamos con la mala fe) de saber que esa conducta es contraria a una norma jurídica.

Esta discriminación de los saberes exigidos da repuesta para propiciar la exclusión de la mala fe de la estructura constitutiva del dolo concebida por Orgaz, por cuanto éste entiende que lo conforma el tener conciencia de la ilicitud o de que se realiza un acto contrario a derecho conjuntamente con la intencionalidad de producir daño, pero no el conocer y utilizar antifuncionalmente una circunstancia significativa del negocio.

Sin perjuicio de esta apreciación, la disparidad sustancial entre ambos institutos está focalizada en que para configurar el dolo es primordial que exista la intención de provocar el detrimento que en el caso de la mala fe, este requisito, creemos no forma parte de su esencia porque se puede configurar cuando por negligencia no se tiene el conocimiento exigido.

La mala fe puede existir independiente del propósito de perjudicar al otro sujeto, lo cual no significa que cuando se produzca algún menoscabo deba ser reparado. O que integrado con esa intención dañina se transforme en dolo propiamente dicho y emerja el deber directo de resarcir.

---

<sup>18</sup> Orgaz, Alfredo, *ob. cit.*, pág. 62. Enneccerus, Ludwig, *ob. cit.*, Primer Tomo “Parte General” vol. II, pág. 338 y 441, define al dolo como “el querer un resultado contrario a derecho con la conciencia de infringirse el derecho o un deber” a partir de lo cual asegura que “el dolo requiere, en principio, la conciencia de obrar contra el derecho o contra el deber”.

<sup>19</sup> Santos Briz, Jaime, “Derecho de daños”, (Editorial Revista de Derecho Privado – Madrid – España - 1963), pág. 42. En igual sentido se puede citar a Sebastián Picasso, comentarista de los arts. 1072/1073 en “Código Civil y Normas complementarias” – Alberto Bueres (Director) Elena I. Highton (Coordinadora) (Ed. Hammurabi – Buenos Aires, Argentina) Tº 3º, quién sostiene que “la conciencia de la antijuridicidad no integra el concepto de dolo civil<sup>2</sup> y de que la expresión “a sabienda” designa sólo el conocimiento en el agente del resultado dañoso que seguirá a su acción, pero no la conciencia de que, además, el acto que está por obrar es antijurídico”. Este autor parafraseando el pensamiento de otros doctrinarios, señala que “si se hace entrar en el dolo la llamada “conciencia de la antijuridicidad” se esta reuniendo en un solo concepto notas totalmente heterogéneas: “la voluntad de realización es parte integrante de la conducta prohibida y refiere a las circunstancias llamadas objetivas del hecho. En cambio, la conciencia de la antijuridicidad no afecta a ninguna circunstancia de hecho, sino que refiere exclusivamente a la propia norma de prohibición. Agregan estos autores que “la distinta pertinencia jurídica de estos dos conceptos, la voluntad de realización por un lado y la conciencia de la antijuridicidad por el otro, hace imposible su reunión bajo un concepto jurídico único”.

En otras palabras, la mala fe comprende (porque es un concepto mas amplio) pero no es sinónimo del dolo delictual el cual puede integrar como elemento independiente que se agrega a sus componentes clásicos.

### 7.1.3. Mala fe y dolo obligacional (art. 506 C. C. )

En esta clase de dolo se bifurcan las opiniones de los autores al momento de precisar su integración subjetiva en punto a la intención de causar daño.

En esta dirección, los profesores Cazeaux y Trigo Represas recuerdan que en doctrina hay dos interpretaciones respecto del tenor subjetivo de este tipo de dolo<sup>20</sup>.

Para algunos autores, consiste en el incumplimiento deliberado cometido con intención de dañar o por lo menos con conocimiento y previsión del daño que se causa.<sup>21</sup>

En cambio, para el otro sector de la doctrina, en palabras de Andorno, es “el querer jurídicamente relevante se endereza hacia no cumplir, pudiendo hacerlo. No es menester, a diferencia del delito civil, que haya intención de dañar...”<sup>22</sup>

Con respecto de quienes piensan que para la configuración del dolo debe participar la determinación dañina, le cabe las mismas reflexiones desarrolladas anteriormente, pues insistimos no es de la esencia de la mala fe esta intencionalidad.

En cambio, en la comparación con la postura de quienes desechan la finalidad de lesionar y restringen al querer de no cumplir se percibe que el art. 506 del Código Civil, estableció un dolo específico y exclusivo para la esfera obligacional que requiere para su configuración únicamente el conocimiento de la ilegitimidad del incumplimiento de la norma convencional.

Para completar el examen y precisar los perfiles de las figuras que se comparan, se debe traer a colación, la hipótesis regulada en el texto del art. 521 del Código Civil reformado por la Ley 17.711, donde se prevé “la inejecución maliciosa de la obligación” que podría confundirse por la terminología utilizada con la mala fe dado que “malicioso” significa dar mala intención a los hechos por malicia que a su vez, es “maldad, cualidad de malo”, “inclinación a lo malo y contrario a la virtud”.<sup>23</sup>

Sin embargo, la doctrina mayoritaria le ha quitado importancia a la calificación y no ha dudado en establecer su sinonimia con el dolo<sup>24</sup> previsto en el art. 506 C.C. a

<sup>20</sup> Cazeaux, Pedro N. – Trigo Represas, Félix A, ob. cit., Tº 1, pág. 252.

<sup>21</sup> Salvat, Raymundo M., “Tratado de Derecho Civil Argentino – Obligaciones en General”, Sexta edición actualizada por Enrique V. Galli, (Tipográfica Editora Argentina – Buenos Aires – Argentina – 1952), pág. 126; i. v. I, pág. 126; De Gasperi, Luis - Morello, Augusto M., “Tratado de Derecho Civil”, T I – “Teoría general de los hechos y actos jurídicos”, (Tipográfica Editora Argentina – Buenos Aires – Argentina – 1964) N° 595 pág. 863.

<sup>22</sup> Andorno, Luis O., “Factores subjetivo de imputación” en el libro “Responsabilidad Civil – Presupuestos” (Advocatus, Córdoba, Argentina, 1997) , pág. 173; Llambías, Jorge Joaquín, ob.cit., T I (Ed. Abeledo Perrot – Buenos Aires – Argentina – 1973) N° 147/148 pág. 184; Echevesti, Carlos A., comentario art. 506 Código Civil y Rubén H. Campagnuci de Caso, comentario al art. 520/521 en “Código Civil y normas complementarias – Análisis doctrinario y jurisprudencial”, Alberto J. Bueres (Director) – Elena Highton (coordinadora), Tº 2A arts. 495/723, (Hammurabi – Buenos Aires – Argentina – 1998), pág. 506; Lafaille, Héctor, “Derecho civil”, T VI “Tratado de las Obligaciones”, vol. I (Ediár S.A. Editores – Buenos Aires – Argentina – 1947), pág. 167, etc.

<sup>23</sup> Diccionario de la Real Academia Española - XXI Edición, (Espasa Calpe - Madrid – España – 1992) voces “malicioso/sa” y “malicia”, pág. 1.298.

<sup>24</sup> Mayo, Jorge A., comentario al art. 521 en “Código Civil y Leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado”, cit., Tº 2, pág. 729; Cazeaux, Pedro N., “La inejecución dolosa de las obligaciones que no tienen por objeto sumas de dinero” en “Examen y crítica de la Reforma al Código Civil”, (Editora Platense - La Plata – Argentina – 1971) volumen II, pág. 58; Cazeaux, Pedro N. – Trigo Represas, Félix A., ob. cit., Tº 1, pág. 255; Alterini, Atilio Anibal, “Responsabilidad civil”, (Ed. Abeledo – Perrot - Buenos Aires – Argentina – 1970) pág. 100 N° 113; Giorgi, Jorge, “Teoría de las obligaciones en el derecho moderno”, vol. II, 7ª edición (Imprenta de la Revista de

excepción de Borda. Este autor enseña que “en materia contractual existe un dolo (intención de no cumplir) calificado por la malicia del deudor; es un no cumplir –o, lo que es lo mismo, cumplir defectuosamente- de mala fe, desinteresándose de las consecuencias que ese incumplimiento podrá causar al acreedor más allá de la orbita propia del contrato”<sup>25</sup>

La posición de Borda frente al nuevo contenido del art. 521 distingue correctamente entre dolo obligacional y mala fe sobre la base de que introduce el deber de protección cuando le impone a la parte tener en cuenta al ejecutar el negocio que no debe causar perjuicio inútil a la otra.<sup>26</sup>

Como antecedente de esta norma cabe citar el art. 1153 CCF, en el cual se regla que “en las obligaciones que se refieran al pago de una cierta suma, los daños y perjuicios resultantes del retraso en el cumplimiento consistirán siempre en la condena a los intereses legales, salvo las reglas particulares del comercio y de la fianza. Estos daños y perjuicios serán debidos sin que el acreedor deba justificar ninguna pérdida... El acreedor a quien su deudor moroso hubiera causado, por su mala fe, un perjuicio independiente de su retraso, podrá obtener el pago de daños e intereses distintos de los intereses moratorios del crédito”.

El dolo contractual puro se tipifica cuando se incumple con intención de no cumplir, pero se califica, cuando se le suma la malicia de conocer que mediante la inejecución del débito se pueden causar al acreedor otros perjuicios. Un ejemplo de esta hipótesis creemos encontrar en el caso de que el adquirente de un bien conoce (porque así se lo hizo saber su cocontratante o un tercero) que su acreedor (vendedor) con el dinero que percibirá concretará la compra de otro bien sobre el que tiene una reserva de prioridad con plazo determinado y demora maliciosamente el pago a los fines de que venza el plazo y pierda la preferencia. Va de suyo, que la prueba del estado subjetivo del deudor incumplidor resulta difícil si se debe acreditar la intención de dañar (dolo) pero se facilita si únicamente se debe probar el conocimiento del incumplidor (mala fe).

#### **7.1.4. Mala fe y dolo vicio de la voluntad (art. 931 C.C.).**

En este tipo de dolo, la intencionalidad antijurídica del accionar se traslada concretamente a la acción para conseguir de otra persona la ejecución de un acto. Es decir, se destaca en el art. 931 del Código Civil, como elemento tipificante, a los engaños utilizados para inducir al otro sujeto a emitir una voluntad con la intención viciada.

La proximidad de esta clase de dolo con la mala fe es marcada en la redacción del art. 467 del Esbozo de Freitas, donde se observa el tema desde la óptica de la víctima, al regular que “habrá dolo, cuando los agentes practicaren el acto inducidos en

---

*Legislación – Madrid – España – 1909), pág. 78; Lafaille, H., ob. cit., pág. 167 dice: “basta con que el deudor omitiere hacerlo en forma voluntaria y conciente, porque entonces, habría mala fe”, Iturraspe, Jorge Mosset, “Responsabilidad por daños” Tº I – “Parte General” (Rubinzal Culzoni Editores – Buenos Aires – Santa Fe), pág. 165, etc.*

<sup>25</sup> Borda, Guillermo A., *ob. cit.*, Tº 1, pág. 88. En esta cita se ha sustituido la palabra deudor por acreedor que creemos que corresponde.

<sup>26</sup> Borda, Guillermo A., *ibídem*. El ejemplo dado por éste autor para defender su tesis, similar al dado por De Gasperi – Morello *ob. cit.* pág. 863, resulta muy didáctico para destacar la mala fe: “un estanciero compra a otro cien novillos; el vendedor los entrega sabiendo que están afectados por una enfermedad contagiosa, y en efecto la epidemia se extiende al resto del ganado. Aquí no hay dolo delictual, pues el vendedor no ha tenido intención de producir daño; lo que él ha querido es vender y recibir el precio. Pero ha obrado de mala fe, sabiendo que podía enfermarse el resto de la hacienda...”

error por la mala fe de la otra persona; es decir, por alguna acción u omisión de otras personas con la mira de perjudicarlo en su persona o bienes, con algún fin de provecho o sin él”.<sup>27</sup>

Es decir, para este autor, el ejecutante que maquina e induce a error al otro estaría incumpliendo expresamente el mandato normativo del art. 1198 del Código Civil cuando establece que la celebración del contrato (extensible a todo acto jurídico) debe ser efectuado de buena fe.

Con respecto al tema, cuando se estudio la reconocibilidad del error en el Código Civil<sup>28</sup>, se citó el pensamiento de Paniol, Ripert y Esmein, quienes expresan que “el que ha sabido que la otra parte estaba en error sobre un punto a sus ojos esenciales, merece ver pronunciada la nulidad en su detrimento. Es mala fe y frisa con el dolo...”<sup>29</sup>. Este autor no iguala las figuras en estudio pero las pone en un punto de conexión muy cercano y ello es acertado toda vez que la mala fe es un concepto más amplio que el dolo cuyos perfiles son mas específicos..

En aquella investigación se opinó que el Código Civil no sólo sanciona el conocimiento de la realidad en la cual se desarrolla el negocio o acto sino además, el no haber comunicado a la contraparte dicha circunstancia. En perfecta concordancia con lo transcrito, el art. 933 generaliza el deber de hacer conocer la verdad fáctica en la cual se desenvuelven los actos o negocios patrimoniales. Así cuando la parte aquella que conoció el error, en el cual incurrió el autor de la declaración se ha conducido en forma reticente o ha ocultado dolosamente las circunstancias determinantes del error, ha incurrido en una omisión dolosa, cuando el acto no se hubiera realizado sin dicha actitud del sujeto contratante. De los requisitos enumerados por el art. 932, la gravedad del dolo pierde relevancia al existir el deber de hacer conocer el error a la parte incurso en él<sup>30</sup>.

En resumen, cuando la voluntad de quién emite la declaración determinada por el error es conocida por la contraparte, la cual sabe que no se adecua a la realidad y no lo manifestó, prevaleciéndose de la ignorancia del comitente, puede ser revocado el acto como hecho por dolo, dando lugar a las indemnizaciones pertinentes.

En el dolo caracterizado por el art. 931 del código sustancial tiene por elemento esencial el engaño y, por objeto inducir a error, el cual vendría a ser un tipo de error provocado. En dolo incurre el sujeto engañador y en error, el engañado o inducido<sup>31</sup>.

En este caso, la distinción entre el dolo como vicio de la voluntad y la mala fe es difícil de establecer pues transita por una zona gris muy amplia que para delimitar sus ámbitos es ineludible examinar: a) el conocimiento de la situación fáctica, b) la acción de engañar y c) la intención de obtener una expresión de voluntad de la otra parte.

El conocimiento de la realidad de las circunstancias relevante (verbigracia, existencia de impedimento en el matrimonio putativo) es ineludible en el sujeto activo para poder pergeñar el engaño y accionar en consecuencia. Si no conoce, no puede inducir a otro a la realización del acto no pudiendo ser calificado su actuar como doloso. Sin embargo autónomamente podrá ser tildado de mala fe por la negligencia en que incurrió dado que debía tener, por las calidades personales, tiempo y modo, ese conocimiento y no lo posee.

<sup>27</sup> Citado por Cifuentes Santos, comentario art. 931 en “Código Civil y Leyes complementarias...”, cit., Tº 4, pág. 215.

<sup>28</sup> Alferillo, Pascual Eduardo, ob. cit., pág. 223.

<sup>29</sup> Paniol, Ripert y Esmein, “Obligaciones”, Tº I, núm. 177.

<sup>30</sup> Alferillo, Pascual Eduardo, ob. cit., pág. 233.

<sup>31</sup> Cifuentes Santos, ob. cit., Tº 4, pág. 217. Ídem “negocio Jurídico” (Ed. Astrea – Buenos Aires – Argentina – 1986), pág. 409; Garibotto, Juan Carlos, “Teoría general del acto jurídico” (Depalma – Buenos Aires – Argentina – 1991), pág. 169; Rivera, Julio César, “Instituciones de Derecho Civil – Parte General”, T II (Ed. Abeledo Perrot – Buenos Aires – Argentina 1997), pág. 807.

Desde esta perspectiva cuando se “debía conocer” los hechos que dan origen a la ilegitimidad del accionar pero no se conocen por culpa inexcusable ya se esta incurso en mala fe, pero en este caso y, por lógica consecuencia de esa falta o errónea información, no se puede inducir a error maliciosamente a la otra, sino está ante un acto celebrado con error de ambas partes, punto a partir del cual habrá que juzgar si ellos son justificables<sup>32</sup>.

En síntesis, la acción de engañar para conseguir una voluntad de otro descripta en el art. 931 como “toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación” no es de la esencia de la mala fe, dado que la tipificación de ésta recae fundamentalmente en tener el conocimiento relevante y el dolo, en la acción de equivocar o embaucar al otro. Es decir, en este caso la mala fe transita la misma senda que la acción dolosa y llegan a un mismo resultado, de suyo, no querido por el derecho.

A partir de este cotejo debemos compartir con Paniol, Ripert, Esmein y Spota que la mala fe está cerca, se aproxima, frisa pero no es dolo, pues este es un instituto específico donde la intencionalidad de obtener el negocio es tipificante; en cambio, la mala fe es una causa de reprochabilidad más amplia en la cual puede no existir dicha intención.

## 7.2. Mala fe y culpa.

En los estudios precedentes se destacó, con especial énfasis que la existencia de casos en los cuales la ley califica al sujeto como incurso en mala fe a pesar de no tener, por negligencia, el conocimiento relevante que le era exigible, constituye la razón lógica mas importante que impide legal y doctrinariamente, asimilar totalmente la mala fe al dolo.<sup>33</sup>

### 7.2.1. La mala fe negligente en el Código Civil.

En el contenido de los artículos 224 (matrimonio putativo), 2176 (vicios redhibitorios) y 2569 (transformación de cosa ajena) del Código Civil, concretamente, se califica al sujeto como de mala fe en función del conocimiento que debió tener. Es decir, a pesar de no estar al corriente de las circunstancias relevantes relacionadas con el acto, no podrá ser eximido de ser calificado y de las responsabilidades de la mala fe cuando su ignorancia sea inexcusable.

---

<sup>32</sup> Alferillo, Pascual Eduardo, *ob. cit.*, pág. 228. En ese trabajo se distinguió entre error común y error bilateral. El primero es aquel que no se presenta como una suma de hechos unilaterales, sino como un evento inter subjetivo, que tiene bajo ese aspecto la misma naturaleza que la declaración común. En cambio el bilateral, es caracterizado como el resultante de la suma de hechos unilaterales, es decir, ambas partes han llegado a esa situación en forma independiente.

<sup>33</sup> Danz, E., *ob. cit.* pág. 197; Cám. Nac. Civ., Sala C, 1985/02/28, “Feldman, Manuel c. Metropolitana, S.A., Cía Inmobiliaria”, La Ley, 1985-C, 412, DJ, 985-46-489, AJ, 985-II-381, en este fallo se dijo que “El factor de atribución, la culpa (mala fe), que se exterioriza con el incumplimiento resuelve el contrato y el contratante que había recibido el pago, al desaparecer la causa, no puede ostentar título para el uso del dinero, ni actual ni pasado. Ciertamente es que en el caso la culpa y la mora tuvieron su tiempo posterior a la percepción de los dineros (en el caso, de algunas partidas o cuotas), pero al desaparecer la causa por efecto de esta situación pasible de reproche subjetivo, no puede alegarse la buena fe en la retención del dinero ni aún por el lapso anterior. Se poseía la contraprestación (o parte de ella), en orden a una conducta prometida que no se satisfizo. No puede concebirse una buena fe relacionada con una deuda que a la postre no se cumple, por motivos imputables al tomador de los pagos (del voto del doctor Duradoña y Vedia)...”

En estos casos, no se puede asegurar que el sujeto trasgresor conocía el hecho, circunstancia o motivo que torna reprochable su conducta, pero indudablemente se lo tildará incurso en mala fe, por no haber obrado con la diligencia que era menester conforme las circunstancias de tiempo, modo y lugar para adquirir el conocimiento. Pero fundamentalmente, porque al Derecho le interesa que el sujeto tenga ese conocimiento y, de ese modo, pueda hacerlo conocer al otro participe del acto para evitar daños inútiles. Al no poseer ese saber por negligencia o desidia emite una voluntad con error inexcusable, no puede transmitir a la otra parte la información y no evita la celebración de un acto que ocasionará daño, de donde la imputación de las responsabilidades al sujeto descuidado es una correcta decisión de la ley.

Además de estas puntuales referencias llevadas a cabo por el legislador a la mala fe derivada de la negligencia en informarse sobre las circunstancias del acto, se puede analizar el contenido de los arts. 2356, 4006, 4007 y 2771 del Código Civil donde se dan pautas concretas para determinar la negligencia que lleva a la mala fe.

Como se comprende, la excusabilidad de la mala fe está íntimamente ligada a la diligencia exigida para llegar al conocimiento exigido por la ley.

## 7.2. 2. La mala fe excusable.

La doctrina jurisprudencial ha sido elocuente en destacar que en algunos casos de mala fe el sujeto ha llegado a ese estado intelectual reprochable por su accionar culposo. Va de suyo, que sólo la que se configura por ignorancia o error puede ser excusable no alcanzando a los casos en que el sujeto efectivamente tenía el conocimiento de los hechos o motivos causantes de la ilegitimidad de su actuar.

Esta idea quedó plasmada cuando se juzgó que “la mala fe se configura no sólo por el efectivo conocimiento del impedimento sino también por el conocimiento que de él se hubiera debido tener, de manera que no queda excusado el comportamiento negligente de quién habría podido conocer la verdad a poco que indagara. ...”<sup>34</sup>

En igual sentido se resolvió que “no hay buena fe, sino mala fe, cuando el error es producto de una conducta acreditada de ingenuidad, ligereza o subordinación”<sup>35</sup>

También, en el marco de una acción por vicios redhibitorios iniciada por el propietario de un edificio contra la empresa constructora por la caída de un balcón del inmueble corresponde considerar de mala fe la conducta de los integrantes de la accionada si por su profesión u oficio conocieron o debieron conocer la existencia del vicio y no lo manifestaron a los compradores...”<sup>36</sup>

Cuando se investigó sobre el error excusable, conceptos aplicables a la mala fe justificable con las adecuaciones correspondiente, se expuso que “el sujeto emisor de la voluntad viciada por el error ha llegado a ese estado psicológico porque no tomó las previsiones mínimas en el periodo formativo de su voluntad o bien su diligencia no fue suficiente para superar los obstáculos que se han opuesto para llegar al conocimiento pleno de la verdad. Es decir, desde la negligencia extrema hasta las diligencias que tornan razonables el error existe una diversidad de conductas factibles. Vélez Sársfield interpretó a estas conductas dándoles un tratamiento distinto, caracterizando, en el art. 929, al error excusable como aquel que no perjudica cuando ha habido razón para errar.

<sup>34</sup> Cám. Nac. Civil, Sala g, 1983/03/18, “R., L. c. T., A. A.”, ED, 105-573

<sup>35</sup> Juzgado de 1ª Instancia Civ. y Com. 6ª Nom. Córdoba, 1989/04/17, “Fuentes, Hugo c. Aird, Juan J.” LLC, 1990-407

<sup>36</sup> Cám. Nac. Civ., Sala C, 2000/06/30, “Marini, José A. y otra c. Consorcio Atica, I S.R.L.”, ED, 190-259

Respecto al error inexcusable expresó: “no podrá alegarse cuando la ignorancia del verdadero estado de las cosas proviene de una negligencia culpable”<sup>37</sup>

Así entonces, la mala fe será excusable cuando no se tiene el conocimiento (ignorancia) o se tiene uno equivocado (error) de la situación, circunstancias, datos, etc. relevante exigido por la ley debido a una negligencia justificable.

### **8. Reflexiones finales.**

A modo de conclusiones finales de estas consideraciones y mas allá del concepto y clasificación que se ha esbozado de la mala fe, la comparación con los clásicos factores de atribución subjetivos conocidos atrae la atención pues, como conclusión de toda la exposición realizada pensamos que la mala fe es un factor de atribución subjetivo independiente del dolo y de la culpa, por lo cual *per se* tiene esta inconducta la capacidad para generar o justificar socialmente y, por ende, jurídicamente, el deber de resarcir los daños que ocasiona.

Este pensamiento adquiere mayor relevancia, cuando ponderamos a la mala fe desde la óptica de los nuevos derechos nacidos para solucionar los especiales conflictos que se generan en la sociedad tecnológica o post-moderna que nos toca vivir, donde la técnica llevada a extremo y en permanente evolución, permite una óptima difusión de la información y, como contrapartida, la despersonalización de las relaciones ínter subjetivas. En este contexto, la mala fe se erige a futuro como el factor de atribución subjetivo óptimo para justificar las puniciones.

Esta inquietud, no cabe la menor duda, merece un estudio de mayor profundidad que excede el marco de estas reflexiones que hemos compartido.

---

<sup>37</sup> Alferillo, Pascual E., ob. cit., pág. 224.