

# LA “MALA FE”

## (THE LEGAL CONCEPT OF) BAD FAITH

*Pascual E. Alferillo\**

*Fecha de recepción: 12 de abril de 2010  
Fecha de aceptación: 16 de febrero de 2011*

### **Para citar este artículo / To cite this article**

Alferillo, Pascual E., *La “mala fe”*, 122 *Vniversitas*, 441-482 (2011).

SICI: 0041-9060(201106)60:122<441:MALAFE>2.0.TX;2-M

- 
- \* El presente estudio reconoce como antecedente el trabajo *Reflexiones sobre la vinculación de la mala fe con los factores de atribución subjetivos*, en *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, 219 (Marcos Córdoba, dir., Editorial La Ley, Buenos Aires, 2004) y *Reflexiones sobre la mala fe*, la conferencia de ingreso como académico correspondiente a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, dictada el 9 de setiembre de 2003. 42 *Anales, Año Académico 2003*, 151-180 (2004). Disponible en: [www.acader.unc.edu.ar](http://www.acader.unc.edu.ar).
- \*\* Abogado, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, 1977. Notario, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, 1977. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Mendoza, Argentina, 1993. Académico Correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2003. Juez de Cámara Civil, Comercial y Minería San Juan, 1996/continúa. Profesor titular efectivo, Universidad Nacional de San Juan. Director del Instituto Región Cuyo de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba. Premio Autores Noveles 1977, *Revista Notarial*, Buenos Aires, Argentina.  
Contacto: [alfepe@speedy.com.ar](mailto:alfepe@speedy.com.ar), [palferillo@jussanjuan.gov.ar](mailto:palferillo@jussanjuan.gov.ar).

## **RESUMEN**

En la presente investigación se examina la *mala fe*, en procura de desentrañar si tiene independencia conceptual y operativa suficiente para tipificar una figura jurídica autónoma. En ese derrotero y con base en la colectación de los antecedentes normativos plasmados en los códigos civiles europeos y latinoamericanos que citan la *mala fe*, se procura establecer los parámetros comunes que guían la construcción de su concepto. A partir de ello, se analizan las diferencias y vinculaciones con el *dolo* y la *culpa*, para concluir que la figura tiene identidad jurídica propia.

**Palabras clave autor:** Mala fe, dolo, culpa.

## **ABSTRACT**

In the present investigation examines in *bad faith* trying to decipher if it has enough conceptual and operational independence for typical autonomous legal figure. In this course and, based on the collection of the normative background in Latin American and European civil codes which is mentioned in *bad faith*, seeks to establish the common parameters that guide the construction of its concept. From this, analyses the differences and links with the criminal intent and guilt, to conclude that the figure has its own legal identity.

**Key words author:** Bad fait, criminal intent, fraud, guilt.

## SUMARIO

INTRODUCCIÓN.- I. LA MALA FE EN EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO, CCA.- *A. En el régimen del matrimonio.- B. En las obligaciones de dar cosa cierta.- C. En el contrato de cesión de derechos.- D. En el contrato de sociedad.- E. En el contrato de mandato.- F. En la garantía de evicción en la compraventa.- G. En la garantía de evicción en el contrato de donación.- H. En la transformación de cosas.- I. En la posesión de la herencia.- J. En la dación de cartas de recomendación.- K. En la renuncia a la sociedad.- L. En la adquisición de cosas hurtadas o perdidas.*- II. LA MALA FE EN LA CODIFICACIÓN CIVIL COMPARADA.- *A. El concepto de mala fe en algunos códigos civiles europeos.- 1. En el Código Civil de España.- 2. En el Código Civil francés.- 3. En el Código Civil de Alemania, BGB.- 4. En el Código Civil de Italia.- B. El concepto de mala fe en algunos códigos sudamericanos.- 1. En el Código Civil de Brasil.- 2. En el Código Civil de Uruguay.- 3. En el Código Civil de Paraguay.- 4. En el Código Civil de Perú.- 5. En el Código Civil de Chile.- 6. En el Código Civil de Colombia.- 7. En el Código Civil de Ecuador.- 8. En el Código Civil de Venezuela.- 9. En el Código Civil de Bolivia.- III. LA MALA FE EN LA LEGISLACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, OMPI.- IV. EL CONCEPTO DE MALA FE.- V. CLASIFICACIÓN.- VI. LA MALA FE COMO FACTOR DE ATRIBUCIÓN.- *A. Mala fe y dolo.- 1. Las distintas posiciones.- 2. Mala fe y dolo delictual (art. 1072 del CC).- 3. Mala fe y dolo obligacional (art. 506 del CC).- 4. Mala fe y dolo vicio de la voluntad (art. 931 del CC).- B. Mala fe y culpa.- 1. La mala fe negligente en el Código Civil.- 2. La mala fe excusable.- REFLEXIONES FINALES. BIBLIOGRAFÍA.**

## INTRODUCCIÓN

El estudio y participación en investigaciones relacionada con el instituto de la “Buena Fe”<sup>1</sup> motivó y mantuvo la inquietud por conocer y continuar profundizando los perfiles de la mala fe.

Ello en razón a que profesores de gran notoriedad en el mundo jurídico académico y con excelentes investigaciones prácticamente han agotado el examen del comportamiento debido (BF). Sin embargo, se observó que no ocurría de igual modo con la trasgresión del principio, con la figura de la *mala fe* que no ha tenido en la doctrina argentina un tratamiento sistemático, a pesar de que ambos comportamientos fueron debidamente regulados en la dogmática nacional.

En este sentido, el legislador tuvo especial preocupación por regular la mala fe, al citar este comportamiento en no menos de sesenta artículos y veinte notas, a lo largo de la codificación.

Apenas iniciado el estudio de la figura se advierten las dificultades que presenta el tema elegido, dado que a las complicaciones y ambigüedades propias del principio de la buena fe, bastamente conocidas, 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 de que Juan Carlos Rezzónico 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>2</sup>

Con el pensamiento transcrito no se da un concepto propio de mala fe, sino que por descarte o exclusión se la pretende caracterizar. Pero ello encuentra el obstáculo de que la buena fe al ser concebida como una cláusula general o principio jurídico<sup>3</sup> es un concepto indefinido, estándar jurídico abierto cuyo

1 El presente estudio reconoce como antecedente el trabajo *Reflexiones sobre la vinculación de la mala fe con los factores de atribución subjetivos*, en *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, 219 (Marcos Córdoba, dir., Editorial La Ley, Buenos Aires, 2004) y *Reflexiones sobre la mala fe*, la conferencia de ingreso como académico correspondiente a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, dictada el 9 de setiembre de 2003. 42 *Anales, Año Académico 2003*, 151-180 (2004). Disponible en: [www.acader.unc.edu.ar](http://www.acader.unc.edu.ar).

2 Juan Carlos Rezzónico, *Efecto expansivo de la buena fe*, 1991-C-518 *Revista Jurídica Argentina La Ley* (1991).

3 Aida Kemelmajer de Carlucci, *La buena fe en la ejecución de los contratos*, 18 *Revista de Derecho Privado y Comunitario, Responsabilidad contractual – II*, 211 (1998). Esta autora considera que “*la buena fe sería un principio general de derecho que la ley formula por medio de una cláusula general*”.

contenido es determinado en cada época y, en cada caso, por la hermenéutica de los jueces.<sup>4</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 Elvira Martha Yorio, cuando asevera que el Código Civil no contiene una definición concreta de la buena fe y 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>5</sup>

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>6</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 estas meditaciones, si realmente existe indefinición en el contenido de las normas del código. O, por el contrario, si su creador –el jurisconsulto y estadista Dalmacio Vélez-Sársfield [1800-1875]– se preocupó por transmitir pautas concretas para conceptuar la mala fe.

---

*“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...”*. Jorge A. Mayo, *Sobre las denominadas cláusulas generales. A propósito de la buena fe, el daño y las buenas costumbres*, 2001-E-1146 *Revista Jurídica Argentina La Ley* (2001).

María Teresa López, *Los principios generales del Derecho*, en *Revista Notarial*, 853.1902 (Colegio de Escribanos de Buenos Aires, La Plata, Buenos Aires, Argentina, 1980).

Carlos Enrique Pettoruti, *Alcance y ámbito de aplicación de los principios generales del Derecho*, 853 *Revista Notarial, Colegio de Escribanos de Buenos Aires, La Plata, Buenos Aires, Argentina*, 1935 (1980).

4 Alberto G. Spota, *Tratado de Derecho Civil, I Parte General*, 1.358 (Ed. Depalma, Buenos Aires, 1947).

5 Elvira Martha Yorio, *El abuso del derecho*, 853 *Revista Notarial, Colegio de Escribanos de Buenos Aires, La Plata, Buenos Aires, Argentina*, 2224 (1980).

Juan Carlos Rezzónico, *Efecto expansivo de la buena fe*, 1991-C-518 *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 520 (1991). Este autor 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 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...*”.

6 Aida Kemelmajer de Carlucci, *La buena fe en la ejecución de los contratos*, 18 *Revista de Derecho Privado y Comunitario, Responsabilidad contractual – II*, 239 (1998). Esta autora cita a Guido Alpa, *Pretese del Creditore e normativa di correttezza*, 69 *Rivista del Diritto Commerciale*, 7-8/9-10, 280 (1971).

## **I. LA MALA FE EN EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO, CCA<sup>7</sup>**

En los párrafos precedentes aseveramos que el legislador civil no había tratado 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 civil argentina para inferir cuál era el concepto de la mala fe en el pensamiento del codificador.

En este primer grupo de normas que analizaremos, el legislador conceptualiza la mala fe al hacer 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,<sup>8</sup> 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 causaren 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 hiciere 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 celebre 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

---

7 Argentina, *Ley 340 de 1869 o Código Civil argentino*, 25 de septiembre de 1869, publicada en Boletín Oficial. Vigencia desde el 1 de enero de 1871. Disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texact.htm>.

8 Argentina, *Ley 23.515 de 1987, por la cual se reforma el Código Civil argentino*, 8 de junio de 1987, *Boletín Oficial*, 12 de junio de 1987. Disponible en: <http://defenpo3.mpd.gov.ar/defenpo3/def3/legislacion/leyes/23515.htm>.

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 haber doble contratación sobre un mismo objeto, una celebrada con el mandante y otra con el mandatario, precisando el art. 1944 que este será de mala fe si hubiere contratado, *estando prevenido* por el mandante. Es decir, cuando conocía que su mandante tenía la decisión de realizar el contrato por su cuenta.<sup>9</sup>

### **F. En la garantía de evicción en la compraventa**

En esta línea, el artículo 2123 reglamenta que el vendedor será de la 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 inciso 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 los poseedores de la herencia serán 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.

---

9 Eduardo L. Gregorini-Clusellas, *La buena fe en la relación entre mandante y mandatario*, III *Jurisprudencia Argentina*, JA, 837 (1990).  
Jorge Mosset-Iturraspe, *Mandatos*, 283 y 368 (Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 1996).

En este segundo grupo, de igual modo, se hacen referencias concretas, en las hipótesis de los arts. 1740 y 2009, el Código Civil define 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 está nuevamente presente en forma directa en otra norma complementaria.

### **J. 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 omite 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 quien la suscriba será responsable del daño que sobreviniese a las personas a quienes se dirigen, por la insolvencia del recomendado.

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

### **K. En la renuncia a la sociedad**

En el art. 1740, se regula que la renuncia a la sociedad será de mala fe, cuando se hiciere 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 más profundamente, la ley 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.

Para intentar sacar ventajas de un negocio que pertenecía a la sociedad, el socio tuvo conocimiento del mismo en su calidad de tal 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.

## L. 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 bastan 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 Dalmacio 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 exponen 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 se regula la interrupción de la prescripción por demanda y se adopta el mismo criterio cuando 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 Victor Marcadé [1810-1854]<sup>10</sup> cuando examina el Código Civil francés, entendiendo que el constructor será de mala fe cuando *sabía* que las hacía en un terreno que no le pertenecía. 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 está 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, la cual 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 y 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 Johannes Voet [1647-1713] 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, porque la duda es un término medio entre la buena y mala

---

10 Victor Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon: contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence* (Delamotte, Paris, 1867).

fe. Esta reseña ratifica la importancia del conocimiento, pues duda quien 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 cuándo se tipifican las conductas de mala fe pero en cada artículo en que trata el tema pone énfasis en describir cuál es el conocimiento que tenía o debía tener el sujeto de la circunstancia que se estima importante para el caso regulado.

## II. LA MALA FE EN LA CODIFICACIÓN CIVIL COMPARADA

Para completar una visión medianamente integral del concepto de mala fe, resulta ineludible explorar cuál ha sido la respuesta dada por las más importantes codificaciones civiles de Europa y América Latina al momento de describir cuándo se configura jurídicamente un comportamiento de mala fe.

### A. El concepto de mala fe en algunos códigos civiles europeos

#### 1. En el Código Civil de España

El Código Civil de España<sup>11</sup> regula, en el inciso 1 del art. 7 que “*los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe*”. Este principio ha sido recepcionado y regulado en distintas figuras adecuándose a las características de cada una de ellas.<sup>12</sup>

En cuanto a la mala fe, en pocos artículos lega un concepto de la mala fe pero hace referencia a ella en muchas normas<sup>13</sup> y, al igual que otras compilaciones, vincula la tipificación de la figura al conocimiento poseído por el sujeto como en las hipótesis regladas por los arts. 364, 379 y 433 del CCE.

También se hace referencia a la mala fe en los arts. 434, 1706, 1778 y en una interpretación *a contrario sensu* de los art. 1940 y 1950.

11 España, *Código Civil, aprobado por Real Decreto del 24 de julio de 1889*, 206 *Boletín Oficial del Estado*, BOE, 25 de julio de 1889. Disponible en: <http://www.ucm.es/info/civil/jgstorch/leyes/ccivil.htm>.

12 Código Civil de España, CCE. Referencias a la buena fe: arts. 53, 61, 64, 89, 98, 156, 361, 435, 442, 451, 452, 453, 454, 457, 464, 1107, 1160, 1164, 1262, 1320, 1335, 1434, 1473, 1520, 1530, 1540, 1688, 1705, 1738, 1897, 1951, 1955, 1957, 1959, etc.

13 Código Civil de España, CCE. Referencias a la mala fe: arts. 95, 187, 360, 362, 363, 365, 382, 383, 455, 1033, 1080, 1295, 1298, 1318, 1340, 1343, 1391, 1395, 1478, 1488, 1495, 1529, 1692, 1896, 1818, etc.

## 2. En el Código Civil de Francia

En el Código Civil francés<sup>14</sup> no se ha previsto una norma que establezca el principio jurídico de la buena fe. Sin embargo, ese comportamiento es exigible concretamente en la reglamentación de varias instituciones,<sup>15</sup> al punto de fijar en el art. 2268 CCF que “*la buena fe se presume siempre y al que afirma la mala fe corresponde la prueba, de ella*”.

En cuanto a la figura de la mala fe, el código reseña sus efectos en varias normas,<sup>16</sup> pero en el art. 550 CCF precisa que “*se entiende que hay mala fe en el momento en que tiene conocimiento de esos vicios*” para caracterizar la figura.

También se destaca, por constituir el antecedente del actual art. 521 CCA, el art. 1153 CCF el cual regula que 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.

## 3. En el Código Civil de Alemania, BGB

El Código Civil alemán,<sup>17</sup> BGB,<sup>18</sup> en términos generales, impone, en el art. 157 que la interpretación de los contratos deberá efectuarse en concordancia con los requisitos de la fidelidad y de la buena fe,<sup>19</sup> teniendo en consideración los usos del tráfico.<sup>20</sup>

En cuanto a la mala fe, el BGB hace referencia en aproximadamente catorce artículos,<sup>21</sup> pero solo en algunos de ellos intenta precisar cuál es la conducta que debe ser calificada como tal.

El contenido de los arts. 818 y 932 del BGB definen la mala fe desde el conocimiento que tiene el sujeto para calificarla, pero en otros, la referencia al saber relevante será indirecta, como el inciso 1 del art. 990, 162, 2024, etc.

Este código fue reformado por la Ley del 1 de enero de 2002 que introdujo, al decir de sus comentaristas, una profunda modernización de sus institu-

14 Francia, *Código Civil, aprobado el 21 de marzo de 1804*. Disponible en: <http://195.83.177.9/code/liste.phtml?lang=esp&c=41>.

15 Código Civil Francés, CCF. Referencias a la buena fe: arts. 222, 372-2, 549, 555, 1238, 1240, 1380, 1844-16, 1872-2, 2009, 2265, 2269, etc.

16 Código Civil francés, CCF. Referencias a la mala fe: arts. 220, 220-3, 491-2, 801, 1147, 1378, 1379, 1381, 1413, 1635, 1873-3, 1935, 2262, etc.

17 Emilio Eiranova-Encinas, *Código civil alemán comentado, BGB. Comentario a la reforma del Derecho de la Infancia de 1 de julio de 1998 de la profesora Dra. Dagmar Coester-Waltjen* (Universidad de München) (Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, Barcelona, 1998).

18 Alemania, *Código Civil, Bürgerliches Gesetzbuch, BGB*, 18 de agosto de 1896, entrada en vigor el 1 de enero de 1900. Disponible en: <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html>.

19 Código Civil alemán, BGB. Referencias a la buena fe: arts. 720, 932, 933, 934, 955, 993, 1058, etc.

20 Código Civil alemán, BGB, arts. 242 y 444.

21 Código Civil alemán, BGB. Referencias a la mala fe: arts. 169, 460, 476, 815, 935, etc.

ciones a la par de su internacionalización.<sup>22</sup> En el contenido reformulado, no hay referencias importantes a la buena o mala fe, detalle que no resulta sorprendente dado que esta codificación en su texto original (1900) incorporó a su plexo positivo importantes principios morales como se examinó en los párrafos anteriores.

#### **4. En el Código Civil de Italia**

El art. 1175 Código Civil de Italia de 1942,<sup>23</sup> al regular que tanto el deudor como el acreedor deberán comportarse según las reglas de la corrección (*correttezza*), generó polémica cuando fue interpretada en su alcance desde la filosofía política.<sup>24</sup>

Sin perjuicio de ello, entre las normas contenedoras del principio moral de la buena fe cabe citar por su ubicación, en la parte general de los contratos, los arts. 1337, 1366 y 1375 del CCI.

En cuanto a la mala fe, se hace referencia en varias normas,<sup>25</sup> entre las cuales se destaca el art. 1391 CCI, que regula un estado subjetivo relevante para la determinación de la buena o mala fe que se vincula al conocimiento o ignorancia de determinada circunstancia.

### **B. El concepto de mala fe en algunos códigos sudamericanos**

#### **1. En el Código Civil de Brasil**

El Código Civil de Brasil, CCBBr, de 2002,<sup>26</sup> en un número importante de normas hace referencia concreta a la buena<sup>27</sup> y mala fe,<sup>28</sup> siguiendo, en general, los lineamientos de los códigos europeos.

Por ejemplo, se vincula la mala fe con el conocimiento, en el caso de las construcciones en terreno ajeno que se efectúan ante la presencia del propie-

22 Klaus Jochen Albiez-Dohrmann, *Un nuevo derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB*, 55 *Anuario de Derecho Civil, Publicación Oficial del Ministerio de Justicia, BOE, Madrid*, 3, 1135-1227 (2002).

23 Italia, *Código Civil*, 16 de marzo de 1942, 79 *Gazzetta Ufficiale*, 4 de abril de 1942. Disponible en: [http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter\\_Dictum/codeiv/home.html](http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codeiv/home.html).

24 Aida Kemelmajer de Carlucci, *La buena fe en la ejecución de los contratos*, 18 *Revista de Derecho Privado y Comunitario, Responsabilidad contractual - II*, 215 (1998). La autora recuerda que esta norma fue considerada como uno de los símbolos de la solidaridad corporativa.

25 Código Civil de Italia, CCI. Referencias a la mala fe: arts. 117, 129, 129 bis, 494, 1150, 1161, 1349, 1391, 1440, 1479, 1490, 1529, 1579, 1667, 1794, 2033, 2036, 2037, etc.

26 Brasil, *Ley 10.406 de 2002 o Código Civil de Brasil*, 10 de enero de 2002, *Diário Oficial da União, DOU*, 11 de enero de 2002. Disponible en: <http://www.usig.org/countryinfo/laws/Brazil/Brazil%20Civil%20Code%202002%20in%20Portuguese.pdf>. La Ley 10.406 de 2002 derogó la Ley 3071 del 1 de enero de 1916, antiguo Código Civil brasileño.

27 Código Civil de Brasil, CCBBr. Referencias a la buena fe: arts. 112, 221, 255, 510, 511, 551, 612, 619, 622, 933, 935, 968, 1072, 1318, 1321, 1382, 1404, 1443, 1477, 1507, etc.

28 Código Civil de Brasil, CCBBr. Referencias a la mala fe: arts. 109, 191, 1552, etc.

tario y sin que este impugne o proteste. En el art. 548 CCBBr, verificado ello, presume la mala fe.

## 2. En el Código Civil de Uruguay

El Código Civil de Uruguay<sup>29</sup> menciona tanto la buena<sup>30</sup> como la mala fe,<sup>31</sup> regula sus efectos y detalla, en algunas normas, el concepto de la conducta reprochable.

A la buena fe, como principio general para los contratos, la regula en el art. 1291 del CCU.

En cuanto a la mala fe, se destaca el art. 693 del CCU al disponer que “*es poseedor de mala fe, aquel a quien consta que le falta título para poseer o que el que tiene es vicioso o insuficiente*”, pues anteriormente califica de buena fe “*a aquel cuyos vicios ignora*”. En igual sentido, lo hace el art. 1337 del CCU.

También vincula, en forma directa, el conocimiento con la mala fe en el art. 2078 del CCU y de modo indirecto en el art. 1935 del CCU.

## 3. En el Código Civil de Paraguay

El Código Civil de la República de Paraguay<sup>32</sup> ha tenido suficiente preocupación para regular la figura de la buena y mala fe a lo largo de todo su texto;<sup>33</sup> pero únicamente en algo más de una docena de artículos especifica el concepto de la mala fe que se configura en cada una de las instituciones jurídicas reguladas.

En esta dirección, el art. 186 del CCP establece que “*consiste la mala fe de los cónyuges en el conocimiento que tenían, o debieron tener antes de la celebración del matrimonio, acerca de la causal que determinó su nulidad*”.

La asociación de la mala fe con el *saber relevante* se verifica de igual modo, en el contenido de los arts. 744, 1774, 1985, 2514, 2413, 990, 1469 y 2436 del CCP.

29 Uruguay, *Código Civil para el Estado Oriental del Uruguay, promulgado por el gobierno provisorio*, 1 de enero de 1868. Disponible en: [http://www.parlamento.gub.uy/codigos/codigocivil/2002/cod\\_civil\\_indice.htm](http://www.parlamento.gub.uy/codigos/codigocivil/2002/cod_civil_indice.htm).

30 Código Civil de Uruguay, CCU. Referencias a la buena fe: arts. 77, 180, 209, 211, 694, 699, 701, 704, 733, 750, 1188, 1212, 1317, 1318, 1348, 1430, 1455, 1495, 1648, 1672, 1709, 1762, 1882, 1916, 1933, 1949, 2101, 2106, 2172, 2213, 2320...

31 Código Civil de Uruguay, CCU. Referencias a la mala fe: arts. 210, 629, 668, 690, 695, 698, 700, 701, 704, 750, 751, 1211, 1316, 1342, 1566, 1632, 1709, 1733, 1762, 1998, 2060, 2078, 2163...

32 Paraguay, *Ley 1183 de 1985 o Código Civil del Paraguay*, 23 de diciembre de 1985. Disponible en: <http://www.iberius.net/es/AisManager?Action=ViewDoc&Location=getdocs:///DocMapCSDOCS.dPortal/2746>.

33 Código Civil de Paraguay, CCPParaguay. Refiere a la buena y mala fe: Arts.184, 185, 316, 317, 529, 788, 950, 962, 989, 99, 1310, 1316, 1552, 1718, 1763, 1785, 1786, 1819, 1822, 1824, 1922, 1982, 1983, 1984, 1986, 1987, 1988, 1991, 2047, 2055, 2265, 2412, 2420, 2428, 2429, 2430, 2432, 2494, 2701, etc.

#### 4. En el Código Civil de Perú

El Código Civil de la República de Perú<sup>34</sup> en su normativa, al igual que otras codificaciones, regula en varios artículos los efectos generados a partir de conductas calificadas de buena<sup>35</sup> o de mala fe.<sup>36</sup> Se advierte que, en muy pocas normas, el legislador conceptualiza las figuras.

En cuanto al perfil de la mala fe, solo podemos deducirlo por una interpretación en sentido contrario de unos pocos artículos del código. Entre ellos, los arts. 906, 1268, 907 CCP.

Estas pocas normas, más allá de no definir la mala fe, siguen el criterio general de vincular esta figura con el conocimiento o saber la situación que denominamos relevante para el derecho.

#### 5. En el Código Civil de Chile

La preocupación por la mala fe, en el Código Civil de Chile,<sup>37</sup> se pone de manifiesto desde el mensaje que remitió el Ejecutivo al Congreso cuando proponía la aprobación del Código Civil.

Esa inquietud social sobre la mala fe es prevenida en la redacción del Código Civil, cuando se regulan expresamente situaciones relacionadas con este comportamiento reprochable en aproximadamente cuarenta artículos.<sup>38</sup>

En cuanto a la buena fe, de la cual se verifican en un número semejante, aparece el art. 1546 CCCh regulando, en el marco de los contratos, el principio general.<sup>39</sup>

Con relación a la mala fe, no hay una norma que de manera genérica la conceptualice, pero de la lectura de los artículos que han intentado dar su noción se infiere su estrecha vinculación con el conocimiento

34 Perú, *Decreto Legislativo 295 de 1984 o Código Civil de la República de Perú*, promulgado el 24 de julio de 1984, entrada en vigencia el 14 de noviembre de 1984. Disponible en: <http://www.abogado-peru.com/codigo-civil-introduccion-y-titulo-preliminar-titulo-I-abogado-legal.php>.

35 Código Civil de Perú, CCPéru. Referencias sobre la buena fe: arts. 194, 197, 277, 284, 285, 665, 666, 827, 865, 903, 908, 937, 941, 942, 944, 945, 946, 948, 950, 951, 1040, 1135, 1136, 1210, 1223, 1270, 1271, 1272, 1276, 1495, 1670, 1708, 1810, 1945, 2034, 2038, etc. Fija el principio general en los arts. 168 y 1362 CCP.

36 Código Civil de Perú, CCPéru. Referencias sobre la mala fe: arts. 211, 229, 274, 909, 910, 942, 943, 944, 945, 946, 1269, 1270, 1272, 1276, 1408, etc.

37 Chile, *Código Civil de Chile*, promulgado el 14 de diciembre de 1855. Disponible en: [http://www.ley-chile.cl/Consulta/Exportar?radioExportar=Normas&exportar\\_formato=pdf&nombearchivo=NO RMA1729860&exportar\\_con\\_notas\\_bcn=True&exportar\\_con\\_notas\\_originales=True&exportar\\_con\\_notas\\_al\\_pie=True&hddResultadoExportar=172986.2009-09-24.0.0%23](http://www.ley-chile.cl/Consulta/Exportar?radioExportar=Normas&exportar_formato=pdf&nombearchivo=NO RMA1729860&exportar_con_notas_bcn=True&exportar_con_notas_originales=True&exportar_con_notas_al_pie=True&hddResultadoExportar=172986.2009-09-24.0.0%23).

38 Código Civil de Chile, CCCh. Referencias a la mala fe: arts. 143, 188, 197, 426, 663, 702, 897, 900, 904, 906, 907, 909, 910, 913, 927, 1256, 1267, 1268, 1426, 1429, 1687, 1790, 1842, 1849, 1850, 1875, 2110, 2112, 2202, 2300, 2302, 2468, 2510, etc.

39 Código Civil de Chile, CCCh. Referencias a la buena fe: art. 94, 122, 189, 221, 327, 646, 702, 900, 906, 907, 909, 911, 976, 1267, 1268, 1337, 1455, 1490, 1575, 1576, 1626, 1739, 1814, 1853, 1913, 1916, 1925, 2058, 2070, 2089, 2122, 2173, 2202, 2302, 2303, 2339, 2406, 2510, etc.

que posee el sujeto y cuya utilización antifuncional repugna al derecho. En prueba de ello es posible citar: inciso 6 del art. 94, arts. 658, 669, 706, 2301, 2111 del CCCh.

En el art. 707 del CCCh se presume la buena fe, razón por la cual la mala fe debe probarse.

## 6. En el Código Civil de Colombia

En el Código Civil de Colombia<sup>40</sup> hay un número importante de citas vinculadas con las conductas presididas por la buena fe,<sup>41</sup> pero no se encuentra una norma general que contenga el principio. Sin perjuicio de ello, el art. 768 del CCC precisa: “*la buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraudes y de todo otro vicio*”. En ese mismo artículo se lee: “*un justo error en materia de hecho, no se opone a la buena fe. Pero el error, en materia de derecho, constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario*”.

La reglamentación de la mala fe sigue el mismo criterio siendo receptada en diversos artículos<sup>42</sup> pero no hay una preocupación por describir cuándo se configura la conducta reprochable, sino se centra en precisar las consecuencias patrimoniales de su existencia. En el art. 739 *in fine* CCC, sin hacer alusión directa a la mala fe se dice “*si se ha edificado, plantado o sembrado a ciencia y paciencia del dueño del terreno, será este obligado, para recobrarlo, a pagar el valor del edificio, plantación o sementera*”. Es decir, se da un concepto de la mala fe.

Por su parte, los arts. 728 y 732 del CCC regulan, como normas destacables, las consecuencias de la mala fe recíproca.

## 7. En el Código Civil de Ecuador

En el Código Civil de Ecuador,<sup>43</sup> el art. 1589 estatuye para todas las relaciones jurídicas, el principio de la buena fe. Los arts. 740 y 741 del CCE completan la conceptualización.<sup>44</sup>

40 Colombia, *Ley 57 de 1887 o Código Civil*, 15 de abril de 1887, 7.019 *Diario Oficial*, 20 de abril de 1887. Disponible en: [http://www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_Civil\\_Colombia.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Colombia.pdf).

41 Código Civil de Colombia, CCC. Referencia a la buena fe: arts. 109, 150, 417, 716, 764, 768, 769, 963, 964, 966, 967, 1033, 1324, 1325, 1512, 1547, 1603, 1633, 1634, 1685, 1746, 1870, 1910, 1971, 1974, 1983, 2148, 2199, 2227, 2319, 2320, 2321, 2365, 2431, 2531, etc.

42 Código Civil de Colombia, CCC. Referencias a la mala fe: arts. 109, 148, 233, 515, 728, 732, 733, 739, 768, 769, 954, 957, 961, 963, 964, 966, 967, 969, 983, 1313, 1324, 1325, 1483, 1486, 1746, 1846, 1898, 1906, 1907, 1932, 2227, 2318, 2319, 2320, 2491, 2531, etc.

43 Ecuador, *Código Civil*, promulgado el 10 de mayo de 2005, 46 *Suplemento del Registro Oficial*, 24 de junio de 2005. Disponible en: [http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=4112](http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=4112).

44 Código Civil de Ecuador, CCE. Referencias a la buena fe: arts. 80, 94, 373, 681, 736, 740, 741, 964,

La mala fe es regulada en varios artículos<sup>45</sup> pero no se da una caracterización general de la misma, solo en la parte *in fine* del art. 1780 CCE se vincula el conocimiento de una circunstancia relevante, en este caso, la existencia o no del bien al acto, con la mala fe. De igual modo, los arts. 2042, 2228, 693 y 697 del CCE hacen referencia a este concepto.

## 8. En el Código Civil de Venezuela

En el Código Civil de Venezuela<sup>46</sup> se reseña la buena fe en varios artículos,<sup>47</sup> pero el art. 1160 la plasma como principio general.<sup>48</sup>

En cuanto a los comportamientos de mala fe, se conocen varias normas<sup>49</sup> pero en casi todas ellas se regulan los efectos patrimoniales. Solo el art. 1035 del CCV estatuye que “*el heredero que de mala fe haya dejado de comprender en el inventario algún objeto perteneciente a la herencia, quedará privado del beneficio de inventario*”.

## 9. En el Código Civil de Bolivia

La buena fe, en el Código Civil de Bolivia,<sup>50</sup> es recepcionada en un importante número de normas,<sup>51</sup> pero solo en algunas de ellas se establece como principio general.<sup>52</sup>

En cuanto a la mala fe, el Código Civil de Bolivia hace mención a ella en diferentes normas,<sup>53</sup> pero da su concepto legal en los arts. 629, 698 y 742 que hacen referencia al ocultamiento de los vicios de la cosa o, en el art. 1043, que

970, 971, 973, 975, 1313, 1498, 1533, 1589, 1618, 1619, 1669, 1780, 1820, 1881, 1884, 1893, 2001, 2020, 2053, 2103, 2132, 2228, 2229, 2230, 2266, 2332 y 2434.

45 Código Civil de Ecuador, CCE. Referencias a la mala fe: arts. 80, 220, 258, 469, 693, 697, 698, 704, 736, 740, 741, 961, 963, 964, 968, 970, 971, 973, 974, 975, 977, 991, 1301, 1312, 1313, 1469, 1472, 1731, 1809, 1816, 1817, 1842, 2041, 2042, 2043, 2132, 2227, 2227, 2228, 2229, 2394 y 2434.

46 Venezuela, *Código Civil*, 2.990 extraordinario *Gaceta Oficial*, 26 de julio de 1982. Disponible en: [http://www.gobiernoenlinea.ve/docMgr/sharedfiles/Codigo\\_Civil.pdf](http://www.gobiernoenlinea.ve/docMgr/sharedfiles/Codigo_Civil.pdf).

47 Código Civil de Venezuela, CCV. Referencias a la buena fe: arts. 127, 170, 196, 437, 559, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 1001, 1139, 1148, 1160, 1162, 1179, 1181, 1182, 1185, 1285, 1287, 1450, 1512, 1661, 1677, 1678, 1707, 1710, 1.977, 1979, etc.

48 Art. 196 del CCV.

49 Código Civil de Venezuela, CCV. Referencias a la mala fe: arts. 127, 173, 382, 405, 556, 557, 791, 792, 1.035, 1.180, 1.181, 1.183, 1.271, 1.282, 1.281, 1.506, 1.508, 1.512, etc.

50 Bolivia, *Decreto Ley 12.760 de 1975 o Código Civil de Bolivia*, 6 de agosto de 1975, entrada en vigencia el 2 de abril de 1976. Disponible en: <http://www.indicep.org/leyes2/Ley%20Codigo%20Civil%20Bolivia.pdf>.

51 Código Civil de Bolivia, CCB. Referencias a la buena fe: arts. 93, 94, 97, 98, 100, 101, 103, 129, 130, 134, 150, 152, 298, 306, 458, 465, 520, 544, 559, 565, 573, 574, 695, 711, 774, 790, 792, 795, 833, 855, 913, 966, 967, 969, 1076, 1106, 1279, 1399, 1425, 1438, 1448, 1457, 1458, 1478 y 1479.

52 Código Civil de Bolivia, CCB. Ver referencias generales de la buena fe en los arts. 93, 465, 520, 1279 del CCB.

53 Código Civil de Bolivia CCB. Referencias a la mala fe: arts. 36, 93, 96, 97, 128, 130, 149, 484, 487, 554, 596, 629, 698, 742, 967, 968, 969 y 1043.

regula el ocultamiento del beneficio de inventario por ocultación u omisión de bienes.

### III. LA 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 en esta era tecnológica que receptan en su problemática las transformaciones traídas por los sistemas informáticos. Por ello, es ineludible traerla a colación para completar este precario cuadro de antecedentes de regulaciones relativas a la mala fe y así proponer un concepto.

El Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial<sup>54</sup> de 1883 y sus posteriores revisiones,<sup>55</sup> ratificado por la República Argentina,<sup>56</sup> contiene una referencia directa a la mala fe cuando establece, en el inciso 3 del art. 6 bis regulador del uso en otros países de marcas notoriamente conocidas que “*no se fijará plazo para reclamar la anulación o la prohibición del uso de las marcas registradas o utilizadas de mala fe*”.

Es decir, no se define cuándo se tipifica una conducta impregnada por la mala fe sino que se indica que no habrá prescripción para impetrar una reclamación de anulación del registro de una marca o símbolo comercial cuando ella se haya efectuado de mala fe. De igual modo, se puede impedir la utilización de las mismas cuando se verifique esa conducta reprochable.

Pero, como se puede fácilmente deducir, el punto de conflicto hermenéutico se centra en definir por las jurisdicciones de cada país, cuándo una conducta es de mala fe dado que este es un concepto abierto y no precisado por el legislador.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, como se examinará *in extenso infra*, en el caso *New Zealand Rugby Football Union Inc.* fijó como doctrina que “*el criterio estricto que establece el Convenio de París para aquellos actos en los que media mala fe, es concordante con los principios*

54 Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, 20 de marzo de 1883. Disponible en: [http://www.wipo.int/treaties/es/ip/paris/trtdocs\\_wo020.html](http://www.wipo.int/treaties/es/ip/paris/trtdocs_wo020.html).

55 El Convenio fue suscrito el 20 de marzo de 1883, revisado en Bruselas el 14 de diciembre de 1900, en Washington el 2 de junio de 1911, en La Haya el 6 de noviembre de 1925, en Londres el 2 de junio de 1934, en Lisboa el 31 de octubre de 1958, en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y enmendado el 28 de septiembre de 1979.

56 Argentina, *Ley 17.011 de 1966, por la cual se aprueba el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial*, 10 de noviembre de 1966, *Boletín Oficial*, 17 de noviembre de 1966. Disponible en: [http://www.jusneuquen.gov.ar/share/legislacion/leyes/leyes\\_nacionales/ley\\_17011.html](http://www.jusneuquen.gov.ar/share/legislacion/leyes/leyes_nacionales/ley_17011.html). Argentina, *Decreto Ley 12.088 de 1957*, 21 de octubre de 1957, *Diario Oficial*, 15 de octubre de 1957.

*generales del derecho y, en especial, con la regla moral establecida en el art. 953 del Código Civil*".<sup>57</sup>

Avanzando en la problemática, en los últimos años, 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 del 24 de septiembre al 3 de octubre de 2001 hacen referencia concreta a la "mala fe" en el art. 4, la cual actuaría como factor de atribución de las responsabilidades emergentes del incumplimiento de las recomendaciones efectuadas para la protección de la propiedad intelectual.

Ese artículo 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 menoscaría injustificadamente".*

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

#### **IV. EL CONCEPTO DE MALA FE**

La atenta lectura de las citas de las codificaciones civiles transcritas 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*

<sup>57</sup> *New Zealand Rugby Football Union Inc. c/ Ceballos, Anibal Germán sobre nulidad de marca, daños y perjuicios*, Corte Suprema de Justicia de la República Argentina, CSJN, N. 87. XXXIV, 3 de abril de 2001, 51.503 *El Derecho*, ED, 324, 951 (18 de junio de 2002). Disponible en: <http://www.mcbmarcasypatentes.com.ar/base/7c4c1ea30b87ce7d5aafb54ad9eea85aalblacks.pdf>.

*las particularidades propias de cada acto jurídico, cuya utilización antifuncional el ordenamiento jurídico reprueba.*

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

En otros términos, vislumbramos que la mala fe encuentra su perfil específico en el conocimiento jurídicamente relevante que el sujeto *tiene o debe tener* de acuerdo con 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>58</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 del principio de la buena fe, 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 de explotación o aprovechamiento de los más débiles.

## **V. CLASIFICACIÓN**

Luego de transcribir las normas que hacen referencia al 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 divididas 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

---

58 Francisco Jordano-Fraga, *La responsabilidad contractual*, 141 (Civitas, Madrid, 1987). Este autor completa la idea al expresar: “*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...*”.

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 esté 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 argentino.
- b. Con la nulidad. Por ejemplo, el art. 2099 del Código Civil argentino sanciona con la nulidad de la convención que libre al enajenante de responder por evicción cuando ha existido mala fe de parte de este, o art. 1741 del Código Civil argentino, 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 del Código Civil argentino 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).

## VI. LA MALA FE COMO FACTOR DE ATRIBUCIÓN

Sin lugar a hesitación, el estudio de la mala fe como factor de atribución independiente de responsabilidad no solo acapara toda la atención del investigador, sino que lo enfrenta con un desafío inédito: su comparación con el dolo y la culpa.

En efecto, la redacción original del Código Civil argentino hace referencia directa a la mala fe como generadora de responsabilidad en varias normas. Así, regula al imponerle 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 quien 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 se dé por poseedora 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. A partir de ello, se debe indagar si esta conducta reprochable tiene independencia conceptual y operativa o, por el

contrario, queda subsumida dentro de algunos de los clásicos factores de atribución subjetivos (*dolo* y *culpa*).

## **A. Mala fe y dolo**

El dolo, históricamente, ha sido explicado por la dogmática y la 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.

### **1. Las distintas posiciones**

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

#### **La mala fe no es igual al dolo**

El profesor Alberto G. Spota, cuando analiza la recepción del estándar 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>59</sup> Es decir, si bien denuncia una vecindad, diferencia, sin explicación, sus naturalezas.

Con mayores fundamentos, se puede citar el pensamiento de Erich Danz, quien 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 esta no tuviese la menor noticia del sentido usual que tiene en el comercio la declaración de voluntad, en la mayor parte de los casos creará 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>60</sup>

El pensamiento de este 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.

---

59 Alberto G. Spota, *Instituciones de Derecho Civil – Contratos*, III, 338.f (Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980).

60 Erich Danz, *La interpretación de los negocios jurídicos (Contratos, testamentos, etc.)*, 197 (Francisco Bonet-Ramón, trad., Editorial Revista del Derecho Privado, Madrid, 1955).

### **La mala fe equivale a dolo**

En este sector del pensamiento se sitúan Pedro N. Cazeaux y Félix A. Trigo-Represas cuando aseguran que *“el dolo en un sentido lato implica una idea de mala fe, de conducta deliberada contraria a derecho”*.<sup>61</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 Código 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>62</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>63</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 plaguario 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 plaguario la presunción de mala fe que resulta del conocimiento del derecho que usurpa”*.<sup>64</sup>

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

### **La mala fe comprende el dolo**

Esta idea fue desarrollada por el profesor Atilio A. Alterini, para quien la mala fe es la antítesis de la buena fe, a la cual la entiende como *“ajustar to-*

61 Pedro N. Cazeaux & Félix A. Trigo Represas, *Derecho de las Obligaciones*, 1.252 (2ª ed., 1ª reimp. aumentada y actualizada, Librería Editora Platense, La Plata, Buenos Aires, 1979).

Santos Cifuentes, *Comentario al art. 931*, en *Código Civil y leyes complementarias. Comentario, anotado y concordado*, 4.215 (Editorial Astrea, Buenos Aires, 1982).

62 *Rodríguez-Guichou, Héctor L. c. Nación*, Corte Suprema de Justicia de la República Argentina, CSJN, 1 de enero de 1943 – T. 195, 339.

63 *Servicios Petroleros Fueguinos S.A. c. Transporte Pampeanos SACIFA sobre Incumplimiento de contrato*, Cámara Criminal Correccional Federal República Argentina, autos 46.914 de 1995, 18 de junio de 1996.

64 *Moreno, Norberto V. c. Iglesia, Julio y otros*, Cámara Nacional Civil República Argentina, Sala G, 21 de marzo de 1994, 1995-C *Revista Jurídica La Ley*, 558 (1995), 1995-2 *Doctrina Judicial*, 1.160 (1995); 1994-IV *Jurisprudencia Argentina*, 410 (1995).

talmente la conducta a las pautas del ordenamiento jurídico. Significa –sigue el autor– que solo 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>65</sup>

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 patrocinaos 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 aquel contra quien se dirige.<sup>66</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>67</sup> Con esta aseveración se admite que existe también la unión “mala fe-negligencia”, en la cual las intencionalidades que caracterizan el dolo no serían de la esencia de la mala fe.

### 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 estados diferentes de la vida de un negocio o acto jurídico. Así, el art. 1198 del Código Civil argentino reconoce como momentos diferenciados la celebración, ejecución e interpretación, a los cuales se deberán sumar la etapa precontractual y la poscontractual.

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

---

65 Atilio Aníbal Alterini, *Mala fe*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, 18, 30, 928 (Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1964).

66 Atilio Aníbal Alterini, *Mala fe*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, 18, 30, 929 (Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1964). El autor transcribe en este punto las definiciones vertidas en la *Nueva Enciclopedia Jurídica Española*, 21, 540 (Seix, Barcelona, 1960).

67 Atilio Aníbal Alterini, *Mala fe*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, 18, 30, 929 (Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1964).

## 2. Mala fe y dolo delictual (art. 1072 del CC)

Para concretar estas meditaciones, debemos recordar el texto del artículo 1072 del Código Civil argentino, 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>68</sup>

El primero de ellos presupone la capacidad del sujeto para comprender la criminalidad (*imputabilidad*) y, para algunos autores, requiere 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 Alfredo Orgaz y Jaime Santos-Briz.

El jurista mediterráneo Orgaz sostiene que *“la condición de que el autor haya obrado ‘a sabiendas’, significa que este haya tenido la conciencia de la ilicitud, esto es, de que realizaba un acto contrario a derecho, en general, aunque no necesariamente a una norma determinada: basta con la conciencia de realizar u omitir algo prohibido por la ley”*.<sup>69</sup>

En la antípoda, Santos-Briz proclama: *“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 esta *“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>70</sup>

68 Aída Kemelmajer de Carlucci, *Comentario al art. 1072, en Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, 5.86 (Editorial Astrea, Buenos Aires, 1984).

Jorge Joaquín Llambías, *Tratado de Derecho Civil – Obligaciones*, IV-A.2313.8 (Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976).

69 Alfredo Orgaz, *La culpa (Actos Ilícitos)*, 62 (Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1981).

Ludwig Enneccerus & Hans Carl Nipperdey, *Tratado de Derecho Civil – Parte General*, I, 2, 338 y 441 (Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp & Martin Wolff, Barcelona, Bosch [1934-1951]). Estos autores definen el dolo como *“el querer un resultado contrario a derecho con la conciencia de infringirse el derecho o un deber”* a partir de lo cual aseguran que *“el dolo requiere, en principio, la conciencia de obrar contra el derecho o contra el deber”*.

70 Jaime Santos-Briz, *Derecho de los daños*, 42 (Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963). Sebastián Picasso, *Comentario a de los arts. 1072/1073, en Código Civil y normas complementarias*, 3.156 (Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999). Picasso sostiene que *“la conciencia de la antijuricidad no integra el concepto de dolo civil y... la expresión ‘a sabiendas’ designa solo 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 antijuricidad se están 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*

Esta última posición expulsa el conocimiento de la antijuricidad (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 Santos-Briz, se observa que este autor diferencia perfectamente, en la etapa intelectual, entre 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 respuesta para propiciar la exclusión de la mala fe de la estructura constitutiva del dolo concebida por Orgaz, por cuanto este entiende que lo conforma tener conciencia de la ilicitud o de que se realiza un acto contrario a derecho conjuntamente con la intencionalidad de producir daño, pero no 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.<sup>71</sup>

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

### **3. Mala fe y dolo obligacional (art. 506 del CC)**

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

---

*de la antijuricidad no afecta a ninguna circunstancia de hecho, sino que refiere exclusivamente a la propia norma de prohibición". Y agrega que: la distinta pertinencia jurídica de estos dos conceptos, la voluntad de realización por un lado y la conciencia de la antijuricidad por el otro, hace imposible su reunión bajo un concepto jurídico único".*

71 Un ejemplo se configura cuando uno de los cónyuges omite informar el impedimento que lo afecta para contraer matrimonio, es de mala fe, a pesar de su amor por la otra persona y que le brindó todos sus esfuerzos para complacerlo en el desarrollo del matrimonio putativo. En este caso, no hay intención de dañar pero jurídicamente se perjudica en sus intereses legítimos a un ser querido.

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>72</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>73</sup>

En cambio, para el otro sector de la doctrina, en palabras de Luis O. 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>74</sup>

Con respecto a quienes piensan que para la configuración del dolo debe participar la determinación dañina, caben 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 argentino 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 de 1968,<sup>75</sup> que 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>76</sup>

72 Pedro N. Cazeaux & Félix A. Trigo Represas, *Derecho de las Obligaciones*, 1.252 (2ª ed., 1ª reimpr. aumentada y actualizada, Librería Editora Platense, La Plata, Buenos Aires, 1979).

73 Raymundo M. Salvat, *Tratado de Derecho Civil Argentino – Obligaciones en General*, I, I, 126 (6ª ed., Enrique V. Galli, act., Tipográfica Editora Argentina, TEA, Buenos Aires, 1952).

Luis de Gasperi & Augusto M. Morello, *Tratado de Derecho Civil - Teoría general de los hechos y actos jurídicos*, I, 595, 863 (Tipográfica Editora Argentina, TEA, Buenos Aires, 1964).

74 Luis O. Andorno, *El factor subjetivo de imputación*, en *Responsabilidad Civil – Presupuestos*, 173 (Advocatus, Córdoba, 1997).

Jorge Joaquín Llambías, *Tratado de Derecho Civil – Obligaciones*, I.147/148.184 (Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976).

Carlos A. Echevesti, *Comentario art. 506*, en *Código Civil y normas complementarias – Análisis doctrinario y jurisprudencial*, T. 2ª, 506 (Hammurabi, Buenos Aires, 1998).

Rubén H. Compagnucci de Caso, *Comentario al art. 520/521*, en *Código Civil y normas complementarias – Análisis doctrinario y jurisprudencial*, T. 2ª, 506 (Hammurabi, Buenos Aires, 1998).

Héctor Lafaille, *Derecho civil - Tratado de las obligaciones*, VI, I.I, 167 (Ediar S.A., Buenos Aires, 1947).

75 Argentina, *Ley 17.711 de 1968, por la cual se reforma el Código Civil argentino*, 22 de abril de 1968, *Boletín Oficial*, 26 de abril de 1968. Disponible en: [http://www.informatica-juridica.com/anexos/Ley\\_17711\\_22\\_abril\\_1968\\_Reforma\\_Codigo\\_civil.asp](http://www.informatica-juridica.com/anexos/Ley_17711_22_abril_1968_Reforma_Codigo_civil.asp).

76 *Diccionario de la Real Academia Española*, XXI ed. (Espasa Calpe, Madrid, 1992) voces “malicioso/

Sin embargo, la doctrina mayoritaria le ha quitado importancia a la calificación y no ha dudado en establecer su sinonimia con el dolo<sup>77</sup> previsto en el art. 506 del Código Civil argentino a excepción de Guillermo 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 órbita propia del contrato*”.<sup>78</sup>

La posición de Borda frente al nuevo contenido del art. 521 del Código Civil argentino 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>79</sup>

Como antecedente de esta norma, cabe citar el art. 1153 del Código Civil francés, el cual 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*”.

---

sa” y “malicia”, 1.298, www.rae.es.

77 Jorge A. Mayo, *Comentario al art. 521*, en *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, 2.729 (Editorial Astrea, Buenos Aires, 1984).

Pedro N. Cazeaux, *La inexecución dolosa de las obligaciones que no tienen por objeto sumas de dinero, en Examen y crítica de la Reforma al Código Civil*, II, 58 (Editora Platense, La Plata, 1971).

Pedro N. Cazeaux & Félix A. Trigo Represas, *Derecho de las Obligaciones*, 1.255 (2ª ed., 1ª reimp. aumentada y actualizada, Librería Editora Platense, La Plata, Buenos Aires, 1979).

Atilio Aníbal Alterini, *Responsabilidad civil*, 100 (Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1970).

Jorge Giorgi, *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*, II, 78 (7ª edición, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1909).

Héctor Lafaille, *Derecho civil - Tratado de las obligaciones*, VI, I.I, 167 (Ediar S.A., Buenos Aires, 1947). Este autor sostiene que “*basta con que el deudor omitiere hacerlo en forma voluntaria y consciente, porque entonces, habría mala fe*”.

Jorge Mosset-Iturraspe, *Responsabilidad por daños - Parte General*, I, 165 (Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, Santa Fe, 2004).

78 Guillermo A. Borda, *La reforma de 1968 al Código Civil*, 1, 88 (Ed. Perrot, Buenos Aires, 1971).

79 Guillermo A. Borda, *La reforma de 1968 al Código Civil*, 1, 88 (Ed. Perrot, Buenos Aires, 1971). El ejemplo dado por este autor para defender su tesis, similar al dado por Luis de Gasperi y Augusto M. Morello, 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...*”. Luis de Gasperi & Augusto M. Morello, *Tratado de Derecho Civil - Teoría general de los hechos y actos jurídicos*, I, 595, 863 (Tipográfica Editora Argentina, TEA, Buenos Aires, 1964).

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 está en el caso de que el adquirente de un bien conoce (porque así se lo hicieron 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*).

#### **4. Mala fe y dolo vicio de la voluntad (art. 931 del CC)**

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, el art. 931 del Código Civil destaca, como elemento tipificante, 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,<sup>80</sup> anteproyecto en que se observa el tema desde la óptica de la víctima, al regular que "*habrá dolo, cuando los agentes practicaren el acto inducidos en 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>81</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 argentino cuando establece que la celebración del contrato (extensible a todo acto jurídico) debe ser efectuada de buena fe.

Con respecto al tema, cuando se estudió la reconocibilidad del error en el Código Civil, se citó el pensamiento de Marcel Planiol, Georges Ripert y Paul Esmein, quienes expresan que "*el que ha sabido que la otra parte estaba en error sobre un punto a sus ojos esencial, merece ver pronunciada la nulidad en su detrimento. Es mala fe y frisa con el dolo*". Este autor no iguala las figuras en estudio pero las pone en un punto de conexión muy cercano.<sup>82</sup>

80 *Esboço de un Código Civil para o Brasil o Esbozo de Freitas* es el anteproyecto de Código Civil redactado por el juriconsulto brasileño Augusto Teixeira de Freitas (1816-1883). Esta obra quedó inconclusa a partir del artículo 4.908 y se publicó por entregas entre 1860 y 1865.

81 Santos Cifuentes, *Comentario al art. 931, en Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, 4.215 (Editorial Astrea, Buenos Aires, 1982).

82 Pascual Eduardo Alferillo, *La reconocibilidad del error en el Código Civil*, 40-41 *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, 1-2, 223-235 (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina,

En aquella investigación se opinó que el Código Civil no solo sanciona el conocimiento de la realidad en la cual se desarrolla el negocio o acto, sino, además, no haber comunicado a la contraparte esa circunstancia. En perfecta concordancia con lo transcrito, el art. 933 del Código Civil argentino 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 que 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 esa actitud del sujeto contratante. De los requisitos enumerados por el art. 932 del Código Civil argentino, la gravedad del dolo pierde relevancia al existir el deber de hacer conocer el error a la parte incurso en él.<sup>83</sup>

En resumen, cuando la voluntad de quien emite la declaración determinada por el error es conocida por la contraparte, la cual sabe que no se adecuaba a la realidad y no lo manifestó, prevaleciendo 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>84</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. b. La intención de obtener una expresión de voluntad de la otra parte. c. La acción de engañar.

El conocimiento de las circunstancias, datos o situaciones relevantes (verbigracia, existencia de impedimento en el matrimonio putativo) es ineludible en el sujeto activo para poder pergeñar el engaño y accionar en consecuencia.

---

1976-1977). Disponible en: [www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/la-reconocibilidad-del-error-en-el-derecho-civil/at\\_download/file](http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/la-reconocibilidad-del-error-en-el-derecho-civil/at_download/file).

Marcel Planiol, Georges Ripert & Paul Esmein, *Obligations*, en *Traité Pratique de Droit civil français*, VI, I.177 (Marcel Planiol & Georges Ripert, La Mémoire du Droit, Paris, 1952-1962).

83 Pascual Eduardo Alferillo, *La reconocibilidad del error en el Código Civil*, 40-41 *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, 1-2, 223-235, 233 (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, 1976-1977). Disponible en: [www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/la-reconocibilidad-del-error-en-el-derecho-civil/at\\_download/file](http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/la-reconocibilidad-del-error-en-el-derecho-civil/at_download/file).

84 Santos Cifuentes, *Comentario al art. 931*, en *Código Civil y leyes complementarias. Comentario, anotado y concordado*, 4.217 (Editorial Astrea, Buenos Aires, 1982).

Santos Cifuentes, *Negocio Jurídico*, 409 (Ed. Astrea, Buenos Aires, 1986).

Juan Carlos Garibotto, *Teoría general del acto jurídico*, 169 (Depalma, Buenos Aires, 1991).

Julio César Rivera, *Instituciones de Derecho Civil – Parte General*, II, 807 (Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997).

Si no conoce, no puede inducir a otro a la realización del acto, razón por la que no debe ser calificado su actuar como doloso. Sin embargo, autónomamente podría 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 poseyó.

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 está incurrido en mala fe, pero en este caso y, por lógica consecuencia de esa falta o errónea información, no se puede inducir a la otra parte a emitir una expresión de voluntad errónea, sino que se está ante un acto celebrado con error de ambas partes, punto a partir del cual habrá que juzgar si ellos son justificables.<sup>85</sup>

Ahora bien, cabe interrogarse si resulta elemento tipificante de la "mala fe" acreditar el propósito o fin perseguido por el sujeto activo que se grafica en la faz interna de la elaboración de la voluntad, en la determinación o intención de elaborar una estrategia para inducir a error a la otra parte, lo cual, posteriormente, se manifiesta externamente en acciones (art. 931 del CC) u omisiones (art. 932 del CC) que caracterizan esta clase de dolo.

La respuesta negativa surge nítida del contenido del art. 225 del Código Civil (texto de la Ley 23.515 de 1987)<sup>86</sup> cuando regla que "*el cónyuge de buena fe puede demandar, por indemnización de daños y perjuicios al de mala fe y a los terceros que hubiesen provocado el error, incurrido en dolo o ejercido la violencia*".

En primer lugar, porque esta norma distingue correctamente entre mala fe y dolo.

En segundo término, porque para caracterizar la mala fe (art. 224 CC) requiere que se acredite únicamente que conocía o debía conocer el impedimento o la causal de nulidad. Es decir, no se exige que el cónyuge de buena fe acredite la intencionalidad ni las maniobras realizadas para conducirlo a emitir su voluntad equívoca. No es trascendente para el derecho que se configuren estos elementos para clasificar al cónyuge como incurrido en mala

---

85 Pascual Eduardo Alferillo, *La reconocibilidad del error en el Código Civil*, 40-41 *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, 1-2, 223-235, 228 (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, 1976-1977). Disponible en: [www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/la-reconocibilidad-del-error-en-el-derecho-civil/at\\_download/file](http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/la-reconocibilidad-del-error-en-el-derecho-civil/at_download/file).

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 intersubjetivo*, 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.

86 Argentina, *Ley 23.515 de 1987, por la cual se reforma el Código Civil argentino*, 8 de junio de 1987, *Boletín Oficial*, 12 de junio de 1987. Disponible en: <http://defenpo3.mpd.gov.ar/defenpo3/def3/legislacion/leyes/23515.htm>.

fe, reprocharle el comportamiento y endilgarle el deber de resarcir los daños ocasionados al cónyuge de buena fe.

En cambio, a los terceros que hubieren provocado el error, sí se exige que se acredite el accionar doloso de los mismos, lo cual implica probar las maquinaciones, artificios o astucias empleados para conseguir el acto del sujeto de buena fe.

Si se observa con detenimiento, la ley civil es más simple en sus exigencias probatorias, pero a la vez más rígida en su sanción con la mala fe.

En síntesis, la voluntad interna del sujeto (intención) de obtener el acto y la posterior acción de engañar descrita 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 esta recae fundamentalmente en tener el conocimiento relevante frente a un resultado (acto) reprobado por la ley.

A partir de este cotejo, debemos compartir con Marcel Planiol, Georges Ripert, Paul Esmein y Alberto G. Spota que la mala fe está cerca, se aproxima, frisa... pero no es dolo.

## **B. 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 más importante que impide legal y doctrinariamente asimilar del todo la mala fe al dolo.<sup>87</sup>

### **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 argentino, concretamente, se califica al sujeto como de mala fe en función del

87 Erich Danz, *La interpretación de los negocios jurídicos (Contratos, testamentos, etc.)*, 197 (Francisco Bonet-Ramón, trad., Editorial Revista del Derecho Privado, Madrid, 1955).

*Feldman, Manuel c. Metropolitana, S.A., Cia. Inmobiliaria*, Cámara Nacional Civil Argentina, Sala C, 1985/02/28, 1985-C *Revista Jurídica La Ley*, 412, *Digesto Jurídico*, 985-46-489, *Jurisprudencia Argentina, JA*, 985-II-381.

En este fallo se juzgó 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 aun 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)...”.*

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.

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 partícipe 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 referencias puntuales llevadas a cabo por el legislador a la mala fe derivada de la negligencia en informarse sobre las circunstancias del acto, los arts. 2356, 4006, 4007 y 2771 del Código Civil 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.

## 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 solo la que se configura por ignorancia o error puede ser excusable no alcanzando 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 solo 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 quien habría podido conocer la verdad a poco que indagara”*.<sup>88</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>89</sup>

88 R., L. c. T., A. A., Cámara Nacional Civil República Argentina, Sala G, 18 de marzo de 1983, *El Derecho*, ED, 105-573 (1983).

89 Fuentes, Hugo c. Aird, Juan J., Juzgado de 1ª Instancia Civil y Comercial, 6ª Nominación Córdoba, República Argentina, 17 de abril de 1989, 1990-407 *La Ley Córdoba* (1990).

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>90</sup>

Cuando se investigó sobre el error excusable, conceptos aplicables a la mala fe justificable con las adecuaciones correspondientes, 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 período 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 estas conductas y les dio un tratamiento distinto, al caracterizar, en el art. 929, el error excusable como aquel que no perjudica cuando ha habido razón para errar. Respecto al error inexcusable expresó: “*no podrá alegarse cuando la ignorancia del verdadero estado de las cosas proviene de una negligencia culpable*”.<sup>91</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.

---

90 *Marini, José A. y otra c. Consorcio Ática, ISRL*, Cámara Nacional Civil República Argentina, Sala C, 30 de junio de 2000, *El Derecho, ED*, 190-259 (2000).

91 Pascual E. Alferillo, Pascual Eduardo Alferillo, *La reconocibilidad del error en el Código Civil*, 40-41 *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, 1-2, 223-235, 224 (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, 1976-1977). Disponible en: [www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/la-reconocibilidad-del-error-en-el-derecho-civil/at\\_download/file](http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/la-reconocibilidad-del-error-en-el-derecho-civil/at_download/file).

## REFLEXIONES FINALES

A modo de conclusiones finales de estas reflexiones que iniciamos conociendo las referencias plasmadas en artículos y notas en el Código Civil argentino, para seguir el tratamiento dado en el Derecho Comparado con una especial reseña de las recomendaciones emitidas por la OMPI, permitió descubrir el punto común que le da el perfil y conceptualiza autónomamente a la "*mala fe*": el conocimiento que tiene o debió tener de determinada circunstancia, dato, situación, calidad, etc. relevante para el derecho a la luz de las particularidades propias de cada acto, cuya utilización antifuncional es reprobada.

Con esa experiencia asimilada, fue factible intentar una clasificación tomando como parámetro comparativo si se había previsto una sanción. Ello permitió verificar que la mala fe actúa como causa de nulidad, para limitar el ejercicio de derechos o como factor de atribución para endilgar la responsabilidad de resarcir.

Pero indudablemente, el *nudo gordiano* que hay que desatar para tener convicción de que es una figura autónoma, es su tradicional vinculación con el dolo.

En esa dirección, la comparación no puede ser lineal sino que se debe realizar con cada uno de los tipos de dolo reglados en nuestra normativa civil.

Sin perjuicio de la comparación particular, en general, la mala fe se diferencia del dolo en la etapa de la formación de la voluntad interna en que no requiere ser acreditada y, por ende, no forma parte de su estructura, la intencionalidad (dañina, de no cumplir o de obtener un acto) o el fin de la voluntad.

Además de ello y, por lógica consecuencia, la exteriorización de la intencionalidad de dañar, no cumplir o de inducir a la emisión de un acto no forma parte de la estructura y de la carga probatoria. Es decir, la acción direccionada por el querer dañar, de no cumplir o las maquinaciones, argucias, artificios, etc. para inducir la voluntad de la otra parte, es de la esencia del dolo pero no de la mala fe.

La mala fe es más simple en su estructura y en las exigencias probatorias.

Por ello y, como reflexión integradora, se puede aseverar que la mala fe es una figura jurídica que tiene autonomía en el plexo normativo, es independiente del dolo y de la culpa. Su configuración basta para justificar la nulidad, condenar el resarcimiento de los daños que genere o impedir la plenitud del ejercicio antifuncional de un derecho.

Finalmente, cabe destacar que esta figura a lo largo de su vasta historia vio eclipsada su existencia por el dolo y la culpa que ejercieron su señorío indiscutible hasta el surgimiento de la sociedad industrial y toda su nueva problemática del riesgo que motivaron la instalación de los factores de

atribución objetivos como medios idóneos para dar respuesta a las nuevas injusticias que no podían ser compensadas con la teoría de la culpabilidad.

Este pensamiento evolutivo adquiere mayor relevancia, cuando examinamos la mala fe desde la óptica de los nuevos derechos y conflictos que se generan en la sociedad tecnológica o posmoderna que nos toca vivir, en la cual la técnica llevada a extremo y en permanente evolución, permite una óptima difusión de la información y, como contrapartida, la despersonalización de las relaciones intersubjetivas.

En este contexto, la mala fe se erige a futuro como el factor de atribución óptimo para justificar las puniciones tomando en cuenta la simplicidad de su estructura que facilita la carga probatoria. Ello por cuanto es dable precisar que, a pesar de que el conocimiento relevante está en el interior de la psique del sujeto que actúa de mala fe, el mismo puede ser presumido, en su existencia, con la aplicación de parámetros objetivos: cuando tenía o debía tener dicho saber, conforme las particularidades del caso bajo examen.

Sin duda, la complejidad cultural del siglo XXI impone nuevos desafíos a la Ciencia Jurídica, razón por la cual estas meditaciones que procuran construir una teoría general de la figura merecen continuidad en el tiempo y en los claustros, con estudios académicos de mayor profundidad y sapiencia. De este modo, conociendo el modo de actuar de la “*mala fe*” el derecho sabrá punirla adecuadamente para construir un mundo donde impere definitivamente, la “*buena fe*”.

Esa es nuestra esperanza.

## BIBLIOGRAFÍA

### Libros

- Cazeaux, Pedro N. & Trigo Represas, Félix A., *Derecho de las Obligaciones* (2ª ed., 1ª reimp. aumentada y actualizada, Librería Editora Platense, La Plata, Buenos Aires, 1979).
- Cifuentes, Santos, *Negocio jurídico* (Ed. Astrea, Buenos Aires, 1986).
- Danz, Erich, *La interpretación de los negocios jurídicos (Contratos, testamentos, etc.)* (Francisco Bonet-Ramón, trad., Editorial Revista del Derecho Privado, Madrid, 1955).
- Eiranova-Encinas, Emilio, *Código Civil Alemán Comentado, BGB. Comentario a la reforma del Derecho de la Infancia de 1 de julio de 1998 de la profesora Dra. Dagmar Coester-Waltjen* (Universidad de München) (Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, Barcelona, 1998).
- Enneccerus, Ludwig & Nipperdey, Hans Carl, *Tratado de Derecho Civil – Parte General* (Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp & Martin Wolff, Barcelona, Bosch [1934-1951]).
- Garibotto, Juan Carlos, *Teoría general del acto jurídico* (Depalma, Buenos Aires, 1991).
- Gasperi, Luis de & Morello, Augusto M., *Tratado de Derecho Civil - Teoría general de los hechos y actos jurídicos*, I, 595, 863 (Tipográfica Editora Argentina, TEA, Buenos Aires, 1964).
- Giorgi, Jorge, *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno* (7ª ed., Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1909).
- Jordano-Fraga, Francisco, *La responsabilidad contractual* (Civitas, Madrid, 1987).
- Lafaille, Héctor, *Derecho civil - Tratado de las obligaciones* (Ediar S.A., Buenos Aires, 1947).
- Llambías, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil – Obligaciones* (Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976).
- Marcadé, Victor, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon: contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence* (Delamotte, Paris, 1867).
- Mosset-Iturraspe, Jorge, *Mandatos* (Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 1996).
- Mosset-Iturraspe, Jorge, *Responsabilidad por daños - Parte General*, I (Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, Santa Fe, 2004).
- Orgaz, Alfredo, *La culpa (Actos Ilícitos)* (Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1981).
- Rivera, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil – Parte General* (Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997).
- Salvat, Raymundo M. *Tratado de Derecho Civil Argentino – Obligaciones en General* (6ª ed., Enrique V. Galli, act., Tipográfica Editora Argentina, TEA, Buenos Aires, 1952).
- Santos-Briz, Jaime, *Derecho de los daños* (Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963).
- Spota, Alberto G., *Instituciones de Derecho Civil – Contratos* (Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980).
- Spota, Alberto G., *Tratado de Derecho Civil, I Parte General* (Ed. Depalma, Buenos Aires, 1947).

### **Contribuciones en obras colectivas**

- Alferillo, Pascual Eduardo, *Reflexiones sobre la vinculación de la mala fe con los factores de atribución subjetivos*, en *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, 219 (Marcos Córdoba, dir., Editorial La Ley, Buenos Aires, 2004).
- Alterini, Atilio Anibal, *Mala fe*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, 18, 30, 928 (Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1964).
- Alterini, Atilio Anibal, *Responsabilidad civil* (Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1970).
- Andorno, Luis O., *El factor subjetivo de imputación*, en *Responsabilidad Civil – Presupuestos* (Advocatus, Córdoba, 1997).
- Cazeaux, Pedro N., *La inexecución 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, 1971).
- Cifuentes, Santos, *Comentario al art. 931*, en *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, 4.215 (Editorial Astrea, Buenos Aires, 1982).
- Compagnucci de Caso, Rubén H., *Comentario al art. 520/521*, en *Código Civil y normas complementarias – Análisis doctrinario y jurisprudencial*, T. 2ª, 506 (Hammurabi, Buenos Aires, 1998).
- Echevesti, Carlos A., *Comentario art. 506*, en *Código Civil y normas complementarias – Análisis doctrinario y jurisprudencial*, T. 2ª, 506 (Hammurabi, Buenos Aires, 1998).
- Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Comentario al art. 1072*, en *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado* (Editorial Astrea, Buenos Aires, 1984).
- Kemelmajer-de Carlucci, Aída, *La buena fe en la ejecución de los contratos*, 18 *Revista de Derecho Privado y Comunitario, Responsabilidad contractual – II* (1998).
- Mayo, Jorge A., *Comentario al art. 521*, en *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado* (Editorial Astrea, Buenos Aires, 1984).
- Picasso, Sebastián, *Comentario a de los arts. 1072/1073*, en *Código Civil y normas complementarias* (Hammurabi, Buenos Aires, 1999).
- Planiol, Marcel, Ripert, Georges & Esmein, Paul, *Obligations*, en *Traité Pratique de Droit civil français*, VI, I.177 (Marcel Planiol & Georges Ripert, La Mémoire du Droit, Paris, 1952-1962).

### **Revistas**

- Albiez-Dohrmann, Klaus Jochen, *Un nuevo derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB*, 55 *Anuario de Derecho Civil, Publicación Oficial del Ministerio de Justicia, BOE, Madrid*, 3, 1135-1227 (2002).
- Alferillo, Pascual Eduardo, *Reflexiones sobre la mala fe*, 42 *Anales, Año Académico 2003*, 151-180 (2004). Disponible en: [www.acader.unc.edu.ar](http://www.acader.unc.edu.ar).
- Alferillo, Pascual Eduardo, *La reconocibilidad del error en el Código Civil*, 40-41 *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, 1-2, 223-235 (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, 1976-1977). Disponible en: [www.acaderc.org.ar/doctrinal/articulos/la-reconocibilidad-del-error-en-el-derecho-civil/at\\_download/file](http://www.acaderc.org.ar/doctrinal/articulos/la-reconocibilidad-del-error-en-el-derecho-civil/at_download/file).

- Alpa, Guido, *Pretese del Creditore e normativa di correttezza*, 69 *Rivista del Diritto Commerciale*, 7-8/9-10, 280 (1971).
- Gregorini-Clusellas, Eduardo L., *La buena fe en la relación entre mandante y mandatario*, III *Jurisprudencia Argentina, JA*, 837 (1990).
- Mayo, Jorge A., *Sobre las denominadas cláusulas generales. A propósito de la buena fe, el daño y las buenas costumbres*, E-1146 *Revista Jurídica Argentina La Ley* (2001).
- Pettoruti, Carlos Enrique, *Alcance y ámbito de aplicación de los principios generales del Derecho*, 853 *Revista Notarial, Colegio de Escribanos de Buenos Aires, La Plata, Buenos Aires, Argentina*, 1935 (1980).
- Rezzónico, Juan Carlos, *Efecto expansivo de la buena fe*, 1991-C-518 *Revista Jurídica Argentina La Ley* (1991).
- Yorio, Elvira Martha, *El abuso del derecho*, 853 *Revista Notarial, Colegio de Escribanos de Buenos Aires, La Plata, Buenos Aires, Argentina*, 2224 (1980).

### **Normatividad internacional**

- Alemania, *Código Civil, Bürgerliches Gesetzbuch, BGB*, 18 de agosto de 1896, entrada en vigor el 1 de enero de 1900. Disponible en: <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html>.
- Argentina, *Decreto Ley 12.088 de 1957*, 21 de octubre de 1957, *Diario Oficial*, 15 de octubre de 1957.
- Argentina, *Ley 340 de 1869 o Código Civil argentino*, 25 de septiembre de 1869, no publicada en *Boletín Oficial*. Vigencia desde el 1 de enero de 1871. Disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texact.htm>.
- Argentina, *Ley 17.011 de 1966, por la cual se aprueba el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial*, 10 de noviembre de 1966, *Boletín Oficial*, 17 de noviembre de 1966. Disponible en: [http://www.jusneuquen.gov.ar/share/legislacion/leyes/leyes\\_nacionales/ley\\_17011.html](http://www.jusneuquen.gov.ar/share/legislacion/leyes/leyes_nacionales/ley_17011.html).
- Argentina, *Ley 17.711 de 1968, por la cual se reforma el Código Civil argentino*, 22 de abril de 1968, *Boletín Oficial*, 26 de abril de 1968. Disponible en: [http://www.informatica-juridica.com/anexos/Ley\\_17711\\_22\\_abril\\_1968\\_Reforma\\_Codigo\\_civil.asp](http://www.informatica-juridica.com/anexos/Ley_17711_22_abril_1968_Reforma_Codigo_civil.asp).
- Argentina, *Ley 23.515 de 1987, por la cual se reforma el Código Civil argentino*, 8 de junio de 1987, *Boletín Oficial*, 12 de junio de 1987. Disponible en: <http://defenpo3.mpd.gov.ar/defenpo3/def3/legislacion/leyes/23515.htm>.
- Bolivia, *Decreto Ley 12.760 de 1975 o Código Civil de Bolivia*, 6 de agosto de 1975, entrada en vigencia el 2 de abril de 1976. Disponible en: <http://www.indicep.org/leyes2/Ley%20Codigo%20Civil%20Bolivia.pdf>.
- Brasil, *Ley 10.406 de 2002 o Código Civil de Brasil, CCB*, 10 de enero de 2002, *Diário Oficial da União, DOU*, 11 de enero de 2002. Disponible en: <http://www.usig.org/countryinfo/laws/Brazil/Brazil%20Civil%20Code%202002%20in%20Portuguese.pdf>.
- Chile, *Código Civil de Chile*, promulgado el 14 de diciembre de 1855. Disponible en: [http://www.leychile.cl/Consulta/Exportar?radioExportar=Normas&exportar\\_formato=pdf&nombearchivo=NORMA1729860&exportar\\_con\\_notas\\_bcn=True&exportar\\_](http://www.leychile.cl/Consulta/Exportar?radioExportar=Normas&exportar_formato=pdf&nombearchivo=NORMA1729860&exportar_con_notas_bcn=True&exportar_)

con\_notas\_originales=True&exportar\_con\_notas\_al\_pie=True&hddResultadoExportar=172986.2009-09-24.0.0%23.

Colombia, *Ley 57 de 1887 o Código Civil*, 15 de abril de 1887, 7.019 *Diario Oficial*, 20 de abril de 1887. Disponible en: [http://www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_Civil\\_Colombia.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Colombia.pdf).

Ecuador, *Código Civil*, promulgado el 10 de mayo de 2005, 46 *Registro Oficial*, 24 de junio de 2005. Disponible en: [http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=4112](http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=4112).

España, *Código Civil, aprobado por Real Decreto del 24 de julio de 1889*, 206 *Boletín Oficial del Estado, BOE*, 25 de julio de 1889. Disponible en: <http://www.ucm.es/info/civil/jgstorch/leyes/ccivil.htm>.

Francia, *Código Civil, aprobado el 21 de marzo de 1804*. Disponible en: <http://195.83.177.9/code/liste.phtml?lang=esp&c=41>.

Italia, *Código Civil*, 16 de marzo de 1942, 79 *Gazzetta Ufficiale*, 4 de abril de 1942. Disponible en: [http://www.jus.unitn.it/cardoza/Obiter\\_Dictum/codciv/home.html](http://www.jus.unitn.it/cardoza/Obiter_Dictum/codciv/home.html).

Paraguay, *Ley 1183 de 1985 o Código Civil del Paraguay*, 23 de diciembre de 1985. Disponible en: <http://www.iberius.net/es/AisManager?Action=ViewDoc&Location=getdocs:///DocMapCSDOCS.dPortal/2746>.

Perú, *Decreto Legislativo 295 de 1984 o Código Civil de la República de Perú*, promulgado el 24 de julio de 1984, entrada en vigencia el 14 de noviembre de 1984. Disponible en: <http://www.abogadoperu.com/codigo-civil-introduccion-y-titulo-preliminar-titulo-1-abogado-legal.php>.

Uruguay, *Código Civil para el Estado Oriental del Uruguay, promulgado por el gobierno provisorio*, 1 de enero de 1868. Disponible en: [http://www.parlamento.gub.uy/codigos/codigocivil/2002/cod\\_civil-indice.htm](http://www.parlamento.gub.uy/codigos/codigocivil/2002/cod_civil-indice.htm).

Venezuela, *Código Civil*, 2.990 *Gaceta Oficial*, 26 de julio de 1982. Disponible en: [http://www.gobiernoenlinea.ve/docMgr/sharedfiles/Codigo\\_Civil.pdf](http://www.gobiernoenlinea.ve/docMgr/sharedfiles/Codigo_Civil.pdf).

## Tratados y acuerdos internacionales

Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, 20 de marzo de 1883. Disponible en: [http://www.wipo.int/treaties/es/ip/paris/trtdocs\\_wo020.html](http://www.wipo.int/treaties/es/ip/paris/trtdocs_wo020.html).

## Casos

*Feldman, Manuel c. Metropolitana, S.A., Cía. Inmobiliaria*, Cámara Nacional Civil Argentina, Sala C, 1985/02/28, 1985-C *Revista Jurídica La Ley*, 412, *Digesto Jurídico*, 985-46-489, *Jurisprudencia Argentina, JA*, 985-II-381.

*Fuentes, Hugo c. Aird, Juan J.*, Juzgado de 1ª Instancia Civil y Comercial, 6ª Nominación Córdoba, República Argentina, 17 de abril de 1989, 1990-407 *La Ley Córdoba* (1990).

*Marini, José A. y otra c. Consorcio Ática, ISRL*, Cámara Nacional Civil República Argentina, Sala C, 30 de junio de 2000, *El Derecho, ED*, 190-259 (2000).

*Moreno, Norberto V. c. Iglesia, Julio y otros*, Cámara Nacional Civil República Argentina, Sala G, 21 de marzo de 1994, 1995-C *Revista Jurídica La Ley*, 558 (1995), 1995-2 *Doctrina Judicial*, 1.160 (1995); 1994-IV *Jurisprudencia Argentina*, 410 (1995).

- New Zealand Rugby Football Union Inc. c. Ceballos, Aníbal Germán sobre nulidad de marca, daños y perjuicios*, Corte Suprema de Justicia de la República Argentina, CSJN, N. 87. XXXIV, 3 de abril de 2001, 51.503 *El Derecho*, ED, 324, 951 (18 de junio de 2002). Disponible en: <http://www.mcbmarcasypatentes.com.ar/base/7c4c1ea30b87ce7d5aafb54ad9eea85aallblacks.pdf>.
- R., L. c. T., A. A.*, Cámara Nacional Civil República Argentina, Sala G, 18 de marzo de 1983, *El Derecho*, ED, 105-573 (1983).
- Rodríguez-Guichou, Héctor L. c. Nación*, Corte Suprema de Justicia de la República Argentina, CSJN, 1 de enero de 1943 – T. 195, 339.
- Servicios Petroleros Fuguayos S.A. c. Transporte Pampeanos SACIFA sobre Incumplimiento de contrato*, Cámara Criminal Correccional Federal República Argentina, autos 46.914 de 1995, 18 de junio de 1996.