

**Publicación: Revista Iberoamericana de Derecho Privado**

**Fecha: 13-05-2015 Cita: IJ-LXXVII-786**

### **La mala fe en la celebración de los contratos**

Dr. Pascual E. Alferillo

#### **I. Introducción [arriba] -**

La convocatoria de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado (AIDP) para reflexionar sobre la buena fe en los contratos, coloca al investigador nuevamente en la disyuntiva de insistir que en el momento actual el debate se debe focalizar no sobre el deber ser (principio de buena fe) sino como se presenta la transgresión de ese principio que en la actualidad es norma aplicable a los contratos y como debe ser la punición de las mismas. En otras palabras, debemos conocer como se presentan las conductas de mala fe y cuál debe ser la sanción aplicable.

En este sentido, es natural en la doctrina de los autores que se trate la culpabilidad (dolo o culpa) y su penalidad y no focalizar el estudio el deber de actuar con diligencia y prudencia.

Y ello, es correcto porque en el sistema jurídico argentino impera el principio de legalidad reglado por el arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional que indican que nadie puede ser sancionado sin ley anterior al hecho del proceso y que ningún habitante de la nación será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíba.

La Corte Suprema ha sostenido al respecto que “toda nuestra organización política y civil reposa en la ley. Los derechos y obligaciones de los habitantes así como las penas de cualquier clase que sean, sólo existen en virtud de sanciones legislativas y el Poder Ejecutivo no puede crearlas ni el Poder Judicial aplicarlas si falta la ley que las establezca” (Fallos: 191:245 y su cita)” [1].

Ahora bien, definido que el principio de legalidad impera también en el derecho privado, surge como interrogante si basta con transformar en norma el principio de buena fe o si es necesario tipificar a las conductas de mala fe que son las sancionables. En ese espacio de estudio civilista, se debe definir si la tipificación genérica de la conducta reprochable es suficiente para punirla o es menester que exista una tipificación puntual de la conducta.

Para llegar a esa finalidad, se debe recorrer el camino trazado por el Código Civil redactado por Vélez Sársfield y la prospectiva que brinda el Código Civil y Comercial Ley 26.994, para inferir el concepto de mala fe y su teoría general aplicable, en general y, en este estudio, a los contratos, acotando el análisis a la etapa de celebración de los mismos, pues la mala fe se puede presentar también en la interpretación y en la ejecución de ellos.

## II. Teoría general de la mala fe [arriba] -

### *Estudios precedentes.*

En la búsqueda de construir la teoría general de la mala fe se ha revisado el contenido normativo de distintos sistemas jurídicos procurando desentrañar como se conceptualizaba un comportamiento de mala fe.[2]

Así a modo de ejemplo, el Código Civil redactado por Vélez Sársfield, no trata la mala fe de un modo sistemático sino, por el contrario, estatuyó, en forma dispersa, normas y dejó notas que fijan su concepto. De todas las menciones citaremos el contenido de los arts. 224[3], 592[4], 1480[5], 1944[6], 2123[7], 2146 inc. 2[8], 2569[9], 3428[10], entre otras citas.

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

De igual modo ocurre en otras legislaciones sudamericanas como la Colombia[11], Perú[12], Uruguay[13] y en algunas europeas, como España[14], Francia[15], Italia[16], entre otros países estudiados.

Pero sin lugar a hesitación, en el artículo 4 de las Recomendaciones Conjuntas adoptadas por la Asamblea de la Unión de París para la Protección de la Propiedad Industrial y la Asamblea General de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) en la trigésima sexta serie de reuniones de la Asamblea de los Estados Miembros de la OMPI, realizadas el 24 de setiembre al 3 de octubre de 2001, donde se manifiesta la figura en su máxima disposición cuando propone: “1) [Mala fe] A los efectos de la aplicación de las presentes disposiciones, se tendrá en cuenta cualquier circunstancia pertinente para determinar si un signo fue usado, o si un derecho fue adquirido, de mala fe. 2) [Factores] En particular, la autoridad competente deberá considerar, entre otros, los siguientes aspectos: i) si la persona que usó el signo o adquirió el derecho sobre el signo tenía conocimiento de la existencia de un derecho sobre un signo idéntico o similar perteneciente a otro, o no podía razonablemente ignorar la existencia de ese derecho, en el momento en que, por primera vez, la persona haya usado el signo, adquirido el derecho o presentado una solicitud para la adquisición del derecho, cualquiera sea la que haya ocurrido en primer término; y ii) si el uso del signo redundaría en un aprovechamiento indebido del carácter distintivo o de la reputación del signo objeto del otro derecho, o lo menoscabaría injustificadamente.”

### *La mala fe en el Código Civil y Comercial - Ley 26.994.*

Sin lugar a hesitación uno de los cambios profundos que trae el nuevo código es el de establecer de un modo genérico, en el art. 9, el principio de la buena fe cuando dice que

“los derechos deben ser ejercidos de buena fe”. Este principio es reiterado en una serie de normas.[17]

La gran omisión fue no conceptualizar a la mala fe, en términos genéricos, primando el criterio de Kemelmajer de Carlucci[18] quién prefirió que evolucionara por los cauces hermenéuticos de la doctrina judicial como ocurriera con la “coretzezza” del art. 1175 CCivil Italiano[19].

La ausencia de una conceptualización general ha impedido colocar al nuevo código en la vanguardia de la posmodernidad jurídica en esta materia que es muy necesaria para dar respuesta a problemas propios de la sociedad del conocimiento, cuando cumple las funciones como de factor de atribución.

Ahora bien si procuramos desentrañar cual es el concepto de mala fe debemos recurrir a la interpretación a contrario sensu por cuanto en los arts. 427[20] y 1918[21] del nuevo Código se describen comportamientos de buena fe, razón por la cual inferimos de estas definiciones que es de mala fe cuando conoce el impedimento o la circunstancia que causa la nulidad en el caso del matrimonio o cuando conoce que carece de derecho; y en ambos casos no puede invocar una excusa absolutoria que está en el error o ignorancia de lo que debía conocer y no conoció por negligencia.

Una de las pocas excepciones donde se precisa la conducta reprochable, la verificamos, en el art. 1556, que cuando trata el tema de la garantía por evicción regulando que el donante solo responde b) si la donación se ha hecho de mala fe, sabiendo el donante que la cosa donada no era suya e ignorándolo el donatario”.

De igual modo, adquiere una relevancia especial el contenido del art. 1921 del Código Ley 26.994[22], porque reglamenta cuando que “la posesión de mala fe es viciosa cuando es de cosas muebles adquiridas por hurto, estafa, o abuso de confianza; y cuando es de inmuebles, adquiridos por violencia, clandestinidad, o abuso de confianza. Los vicios de la posesión son relativos respecto de aquél contra quien se ejercen. En todos los casos, sea por el mismo que causa el vicio o por sus agentes, sea contra el poseedor o sus representantes”. Es decir, para el Código existe una mala fe simple y una viciosa que tienen sanciones diferentes.

### *El concepto de mala fe*

La atenta lectura de las citas de las codificaciones civiles y de la reglamentación de la OMPI, permite coleccionar los aspectos comunes para juzgar que la mala fe se configura cuando el sujeto tiene conocimiento o tiene el deber de conocer determinada situación, circunstancias, datos, condiciones, calidades, etc. relevante para el derecho a la luz de las particularidades propias de cada acto jurídico, cuya utilización antifuncional el ordenamiento jurídico reprueba.

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

Por ello, el individuo que tiene o debe tener ese saber significativo, frente al principio de la buena fe, si retiene ese conocimiento sin notificar al otro sujeto del acto o culposamente no lo tiene al celebrar 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[23]”.

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.

### *Clasificación*

Luego de transcribir las normas donde se hace referencia al actuar de mala fe y de construir un concepto de la figura, creemos estar en condiciones de esbozar in fieri 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 hecho, circunstancia, dato, etc. no relevante a la luz de las características del acto examinado; b) En la mala fe recíproca, es decir cuando la conducta de los sujetos partícipes del acto este teñida por ella.

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

a) Con la indemnización de los daños y perjuicios. Verbigracia, arts. 972, 1480, 2009, 2569, 2784, 2435, 3430, etc. del Código Civil; arts. 337, 340, 429, 1009, 1581, 1957, 1962, 2305, etc. del Código Civil y Comercial Ley 26.994.

b) Con la nulidad. Por ejemplo el art. 2099 Código Civil sanciona con la nulidad de la convención que libre al enajenante de responder por evicción cuando ha existido mala fe de parte de éste, o art. 1741 primera parte que establece que la renuncia de mala fe es nula respecto de los socios. En el Código Ley 26.994, se sanciona con la nulidad en los arts. 45, 365, etc.

c) Con la privación de derechos, como es en los casos regulados por los arts. 222 (efectos de la nulidad del matrimonio), 1071 (pérdida del amparo legal cuando existe un ejercicio abusivo del derecho), 1742 segunda parte (pérdidas de las ganancias y adjudicación de las mismas a la sociedad y asunción de las pérdidas por el socio renunciante de mala fe). En el Código Civil y Comercial Ley 26.994, art. 10, 27, 144, etc.

Otra clasificación es la de Mala fe simple y mala fe viciosa que tiene en cuenta el conocimiento que se tiene de la falta de derecho o de su ilicitud. Esta clasificación se infiere del contenido del art. 1921, que se verifica cuando la posesión de mala fe es de cosas muebles adquiridas por hurto, estafa, o abuso de confianza o de inmuebles, adquiridos por violencia, clandestinidad, o abuso de confianza.

### **III. La mala fe en la celebración de los contratos [arriba] -**

Como se adelantó el método implementado por el Código Ley 26.994 es dable señalar el deber ser exigible: el actuar de buena fe que en los contratos debe imperar al momento de celebrarse, interpretarse y ejecutarse los mismos conforme la tradicional letra adoptada por el art. 961[24] que como hemos anticipado focalizaremos en análisis en la primera etapa.

Este deber exigible, de igual modo, se extiende a las tratativas preliminares de acuerdo al art. 991[25]. En esta normativa solo se exige, en términos abiertos a la interpretación de los tribunales, el deber de actuar de buena fe en los contratos.

En cambio, en algunas normas, el código Ley 26.994 describe cuando un actuar contractual es de mala fe.

Así, por ejemplo, en el art. 1009 reglamenta que “los bienes litigiosos, gravados, o sujetos a medidas cautelares, pueden ser objeto de los contratos, sin perjuicio de los derechos de

terceros. Quien de mala fe contrata sobre esos bienes como si estuviesen libres debe reparar los daños causados a la otra parte si ésta ha obrado de buena fe”.

Como se infiere el contratante es de mala fe cuando conocía o debía conocer que los bienes objetos del contrato tenían un impedimento y no lo manifiesta. En el caso, hemos aseverado en estudios anteriores que no es menester acreditar la voluntad interna del sujeto contratante (su intencionalidad dolosa) ni las maniobras u omisiones realizadas para obtener la celebración del contrario, sino simplemente se debe acreditar que tenía el conocimiento o debía tenerlo para condenarlo a reparar el daño causado. Aquí la mala fe actúa como factor de atribución.

Por su parte, en el contrato de donación, se establece el art. 1556 que “el donante sólo responde por evicción en los siguientes casos: a) si expresamente ha asumido esa obligación; b) si la donación se ha hecho de mala fe, sabiendo el donante que la cosa donada no era suya e ignorándolo el donatario; c) si la evicción se produce por causa del donante; d) si las donaciones son mutuas, remuneratorias o con cargo”[26].

En esta hipótesis resulta clara la tipificación de la mala fe que se configura cuando el donante sabía o debía saber al momento de contratar que la cosa no era suya.

La norma introduce, como un detalle relevante, una hipótesis de mala fe recíproca cuando el donatario, al igual que el donante, conocía que no era de él bien donado.

En los siguientes casos la redacción dada a las normas impone la tarea de inferir, ejecutando una hermenéutica a contrario sensu, cual es la conducta de mala fe reprimida.

En ese sentido el art. 1581, codifica que “las cartas denominadas de recomendación, patrocinio o de otra manera, por las que se asegure la solvencia, probidad u otro hecho relativo a quien procura créditos o una contratación, no obligan a su otorgante, excepto que hayan sido dadas de mala fe o con negligencia, supuesto en que debe indemnizar los daños sufridos por aquél que da crédito o contrata confiando en tales manifestaciones”. Es decir, será de mala fe en sujeto emisor de la carta de recomendación cuando conocía o debía conocer la insolvencia, la falta de probidad, etc. del recomendado. Verificado ello, será condenado a resarcir los daños.

La figura que tenemos bajo estudio, también se manifiesta en el contrato de cesión de derecho pues conforme el art. 1629 “si el derecho no existe al tiempo de la cesión, el cedente debe restituir al cesionario el precio recibido, con sus intereses. Si es de mala fe, debe además la diferencia entre el valor real del derecho cedido y el precio de la cesión”. Ahora bien: ¿cuando es de mala fe el cedente? Cuando conocía o debía conocer que el derecho no existía. Probado ello, se le aplicará la punición prevista.

Finalmente cabe transcribir que dentro de las disposiciones generales de los títulos valores, el art. 1817 pauta que “el deudor que paga al portador del título valor conforme con su ley

de circulación queda liberado, excepto que al momento del pago, disponga de pruebas que demuestren la mala fe del que lo requiere. Sin embargo, si el deudor no recibe el título valor, se aplica lo dispuesto por el art. 1819".[27]

Este caso, donde se menciona a la mala fe, es complejo pues se reprocha la conducta de quién paga el título valor y se lo sanciona con la no liberación cuando conociendo (por tener prueba) que el portador era de mala fe, lo abona.

La conducta reprochable del portador está tipificada en el segundo párrafo del art. 1816 cuando expresa que "es de mala fe si al adquirir el título procede a sabienda en perjuicio del deudor demandado". Es decir, conociendo que perjudicará al deudor.

La conjugación de estos dos artículos no es muy adecuada para su implementación práctica, por cuanto quién abona es sancionado con la no liberación por saber que el portador conocía que al adquirirlo lo perjudicaba.

Ahora bien, partiendo de la base que tanto el Código Civil decimonónico, como el Código Civil y Comercial Ley 26.994 han adoptado el sistema de reglar el deber de comportarse de buena fe en el ámbito contractual, precisando solo en algunos artículos en forma expresa y en otros en forma indirecta cuando se actúa de mala fe, la interpretación judicial resulta relevante porque muestra otras hipótesis de actuar reprochable en el momento de celebrar el contrato que permite tener una mejor visión del tema.

En este sentido se ha juzgado que "a efectos de invalidar un acto de compraventa con fundamento en la incapacidad del vendedor, es menester una prueba acabada que demuestre la ausencia de discernimiento de éste al momento de realizar el negocio jurídico, como también el conocimiento de tal estado por parte del comprador que demuestre su mala fe en la concertación del acto, ello en virtud de que la regla en nuestro sistema es la capacidad, conforme lo dispuesto en el art. 52 del Cód. Civil[28]".

En igual sentido, se dijo que "la defensa del valor seguridad perseguida por el art. 474 del Cód. Civil no se extiende al contratante que conoce el estado de demencia de aquél con quien contrata, pues dicha circunstancia constituye un índice certero e indubitable de su mala fe[29]".

También encontramos la figura en la adquisición de cheques aún cuando el magistrado votante no tiene el claro su diferencia con el dolo. En el fallo se dijo que "en sintonía con esta línea de pensamiento, Villegas afirma, que el principio de "autonomía cambiaria", que es la regla, sufre la excepción que prevé el artículo 20. Es decir, en caso de dolo del portador al adquirir el cheque, con la intención de actuar "en detrimento" del deudor (Nueva Ley de Cheques, Ley 24.452, ps. 182/183; ed. Rubinzal-Culzoni, 1995).

Reiteramos, la previsión reconoce su antecedente de la Ley Uniforme de Ginebra. Juristas de la talla del maestro italiano, Ascarelli, fortalecen con su autoridad estos conceptos, tal como lo recuerda Cámara, al elucidar los perfiles de la exceptio doli, donde deja esta reflexión: "El poseedor de mala fe no puede pretender el pago. No es, pues, que le sean oponibles éstas o aquellas excepciones, inoponibles al portador de buena fe, según enseña la doctrina dominante. Es que, no siendo titular de derecho, no es acreedor y no puede, por ende, pretender el pago[30]".

Completo su idea sosteniendo que "enuncia que tal parecer también lo suscribe de Tena. El detalle cobra magnitud esencial en la ponderación. Véase sino el juicio de Yadarola que converge a esta inteligencia aportando una observación de singular relieve: "... la adquisición a "non domino" del derecho interno o de crédito sólo queda excluida por la mala fe o por conciencia de perjudicar al deudor con la adquisición de la cambial.... el endosatario no adquiere ningún derecho cuando conoce que su endosante no tiene posesión legítima o ignora el hecho por culpa grave; tampoco adquiere el derecho interno cuando recibe la cambial con la conciencia de perjudicar al deudor conociendo las relaciones de éste con ese mismo o inmediato endosante..."[31].

Por el contrario se estimo que "la omisión del trabajador de informar su condición de diabético al postularse a un empleo no importa mala fe, pues no puede obligarse a una persona a revelar un dato sensible, esto es, que puede ser causa de discriminación[32]".

De igual modo, que "corresponde rechazar la demanda por resolución del contrato de compraventa de un automotor dirigida contra el mandatario del titular registral del mismo, toda vez que en el caso no se ha demostrado que en el ejercicio del mandato, el mandatario hubiera actuado de mala fe, o anteponiendo sus propios intereses a los de su mandante, o excediendo el margen de las atribuciones del contrato realizado[33]".

Como se colige, la posibilidad de descubrir comportamientos de mala fe al momento de celebrar los distintos contratos es innumerable atendiendo la exigibilidad del deber actuar los derechos siempre de buena fe.

#### **IV. La mala fe contractual y el dolo como vicio de la voluntad [arriba] -**

El contrato es una especie de acto jurídico voluntario lícito, razón por la cual es ineludible hacer referencia a la vinculación que puede existir entre la mala fe y el dolo como vicio de la voluntad.[34]

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.



Ello queda expresado en el contenido del art. 271 del Código Ley 26.994 cuando regula que la “acción dolosa es toda aserción de lo falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee para la celebración del acto. La omisión dolosa causa los mismos efectos que la acción dolosa, cuando el acto no se habría realizado sin la reticencia u ocultación”[35].

La proximidad de esta clase de dolo con la mala fe es marcada en la redacción del art. 467 del Esbozo de Freitas donde se observa el tema desde la óptica de la víctima, al regular que “habrá dolo, cuando los agentes practicaren el acto inducidos en 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”. [36]

Es decir, para este autor, el ejecutante que maquina e induce a error al otro estaría incumpliendo expresamente el mandato normativo de los arts. 9, 729, 961 y 991 del Código Ley 26.994[37] cuando establecen que los actos en general y, en particular, los contratos deben ser concertados de buena fe.

Con respecto al tema, cuando se estudió la reconocibilidad del error en el Código Civil que no estaba en ese tiempo expresamente regulada como en la actualidad[38], se citó el pensamiento de Planiol, Ripert y 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.[39]

En aquella investigación que hoy adquiere plena vigencia, 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 (actualmente parte in fine del art. 271 Código Ley 26.994) generalizaba 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 (actualmente art. 272 Código Ley 26.994), la gravedad del dolo pierde relevancia al existir el deber de hacer conocer el error a la parte incurso en él.[40]

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 adecúa 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. 271 del Código Civil y Comercial Ley N° 26.994 (anteriormente art. 931 Código Civil), 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.[41]

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, por ello es ineludible examinar: a) El conocimiento de la situación, b) la intención de obtener una expresión de voluntad de la otra parte y c) la acción de engañar.

El conocimiento de las circunstancias, datos o situaciones relevantes es ineludible en el sujeto activo para poder pergeñar el engaño y accionar en consecuencia. Este elemento se verifica tanto en el dolo como en la mala fe.

Si no conoce, no puede inducir al otro a la realización del acto, razón por la cual, en principio, no debería ser calificado su actuar como doloso. Sin embargo, autónomamente podría ser tildado de mala fe, si por la negligencia en que incurrió debía tener ese conocimiento (por las calidades personales, circunstancias de tiempo y modo) 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.[42]

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 u omisiones que caracterizan esta clase de dolo.

La respuesta es negativa, no forma parte de los elementos tipificantes de la mala fe la intencionalidad de obtener el acto, sino simplemente se exige probar que tenía o debía tener el conocimiento relevante y que accionó u omitió antifuncionalmente.[43]

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. Y, es allí donde reside la esencia de la figura de la mala fe que la aleja del dolo que es una figura más compleja por la participación de la intencionalidad en la voluntad de conseguir un acto que debe ser probada.

En síntesis, la voluntad interna del sujeto (intención) de obtener el acto y la posterior acción de engañar descrita en el art. 271 del Código Ley 26.994, 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 Planiol, Ripert, Esmein y Spota que la mala fe está cerca, se aproxima, frisa... pero no es dolo.

Traducido ello a los contratos se verifica en la normativa transcrita que la mala fe como figura autónoma se tipifica cuando al celebrarse los pactos, el conocimiento relevante que debía ser dado a conocer a la otra parte es omitido cuando se lo conocía o por negligencia, no se lo conocía.

## V. Conclusiones [arriba] -

El estudio de la figura de la mala fe, en general, y dentro de los contratos, en particular, esta in fieri, porque la tradición jurídica la asimiló al dolo sin preguntarse si realmente era una figura autónoma.

A lo largo de este ensayo y de otros realizados precedentemente, se trata de buscar su identidad pues todos la nombran sin conocer pormenorizadamente su perfil tipificante como figura jurídica.

En este sentido, la escasa normativa que describe, tanto, los comportamiento de buena fe como los de mala fe por la utilización de sistema de declamar que el actuar jurídico debe ser siempre de buena fe, impone a la magistratura la tarea de precisar en qué caso se ha transgredido esta norma -principio y a partir de ello, determinar su sanción civil.

En otras palabras, en el ámbito privado debemos llegar a la conclusión que el principio de legalidad es abierto, sujeto a la hermenéutica jurisdiccional que definirá la punición aplicable (la nulidad, el resarcimiento de los daños o la limitación del ejercicio del derecho) cuando exista un comportamiento contractual de mala fe.

La tarea no es fácil pues debemos recordar que cuando indagamos sobre la mala fe de la conducta humana escudriñamos el lado oscuro del alma humana que el derecho procura sancionar.

Para concluir con estas reflexiones, se debe tener presente que en esta sociedad del conocimiento, donde impera una creciente complejidad de las conductas humanas, se necesita de figuras simples que faciliten la resolución de los conflictos contemporáneos y, en esta búsqueda, la mala fe al no tener necesidad de probar la intencionalidad del sujeto sino únicamente que tenía o debía tener el conocimiento relevante empleado antifuncionalmente, es una herramienta valiosa para la consecución de ese fin.

-----  
[1] CSJN, R. 230. XXXIV. “Recurso de Hecho. Romero Cacharane, Hugo Alberto s/ ejecución penal”. 9 de marzo de 2004. En el mismo sentido, C. 904. XXXVII. “Cencosud S.A. c/ Secretaría de Industria Com. y Minería C disp. DNCI 274/00”, 15 de junio de 2004. En este fallo se dijo: “el principio de legalidad consagrado por el art. 18 de la Constitución Nacional (9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 15:1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) nace la necesidad de que haya una ley que mande o prohíba una conducta, para que una persona pueda incurrir en falta por haber obrado u omitido obrar en determinado sentido, y que además se establezcan las penas a aplicar (Fallos: 304:892).

[2] 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”, Director Marcos M. Córdoba - Coordinadoras: Lidia M. Garrido Cordobera - Viviana Kluger, Editorial La Ley - 2004, pág. 219; Conferencia de Ingreso como Académico Correspondiente a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba dictada en fecha 9 de setiembre de 2003 bajo el título “Reflexiones sobre la mala fe”. Anales - Año Académico 2003 - Córdoba, pág. 151 publicado en Anales-Año Académico 2003, pág. 151, página web [www.acader.unc.edu.ar](http://www.acader.unc.edu.ar); Revista del Notariado, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, año CVIII abril, mayo, junio 2005, pág. 23 y “La mala Fe”, 122 Universitas 441-482 Colombia (2011).

[3] Art. 224 - La mala fe de los cónyuges consiste en el conocimiento que hubieren tenido, o debido tener, el día de la celebración del matrimonio, del impedimento o circunstancia que causare la nulidad. No habrá buena fe por ignorancia o error de derecho.

Tampoco la habrá por ignorancia o error de hecho que no sea excusable, a menos que el error fuere ocasionado por dolo.

[4] Art. 592 - Cuando la obligación sea de dar cosas ciertas con el fin de transferir o constituir derechos reales, y la cosa es mueble, si el deudor hiciere tradición de ella a otro, por transferencia de dominio o constitución de prenda, el acreedor aunque su título sea de fecha anterior, no tendrá derecho contra los poseedores de buena fe, sino solamente contra los de mala fe. La mala fe consiste en el conocimiento de la obligación del deudor.

[5] Art. 1480 - Si el cedente fuese de mala fe, sabiendo que la deuda era incobrable, será responsable de todos los perjuicios que hubiese causado al cesionario.

[6] Art. 1944 - En el caso del artículo anterior, si el mandatario hubiere contratado de buena fe, el mandante será responsable del perjuicio causado al tercero, cuyo contrato no subsiste. Si hubiere contratado de mala fe, es decir, estando prevenido por el mandante, él sólo será responsable de tal perjuicio.

[7] Art. 2123 - El vendedor de mala fe que conocía, al tiempo de la venta, el peligro de la evicción, debe a elección del comprador, o el importe del mayor valor de la cosa, o la restitución de todas las sumas desembolsadas por el comprador, aunque fuesen gastos de lujo, o de mero placer.

[8] Art. 2146. Exceptúanse de la disposición del artículo anterior los casos siguientes: 1º. Cuando el donante ha prometido expresamente la garantía de la donación. 2º. Cuando la donación fue hecha de mala fe, sabiendo el donante que la cosa era ajena...

[9] Art. 2569 - Si la transformación se hizo de mala fe, sabiendo o debiendo saber el transformador que la cosa era ajena, y fuere imposible reducirla a su forma anterior, el dueño de la materia tendrá derecho a ser indemnizado de todo daño, y a la acción criminal a que hubiere lugar, si no prefiriese tener la cosa en su nueva forma, pagando al transformador el mayor valor que hubiese tomado por ella.

[10] Art. 3428 - El poseedor de la herencia es de buena fe cuando por error de hecho o de derecho se cree legítimo propietario de la sucesión cuya posesión tiene. Los parientes más lejanos que toman posesión de la herencia por la inacción de un pariente más próximo, no son de mala fe, por tener conocimiento de que la sucesión está deferida a este último. Pero

son 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.

[11] El Código Civil de Colombia referencia a la buena fe en los 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. y a la mala fe en los 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.

[12] El Código Civil de Perú menciona a la buena fe en los 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. y a la mala fe en los arts. 211, 229, 274, 909, 910, 942, 943, 944, 945, 946, 1269, 1270, 1272, 1276, 1408, etc.

[13] El Código Civil de Uruguay regula la buena fe en los 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, etc. y la mala fe en los arts. 210, 629, 668, 690, 695, 698, 700, 701, 704, 750, 751, 1211, 1316, 1342, 1566, 1632, 1709, 1733, 1762, 1998, 2060, 2078, 2163, etc.

[14] El Código Civil de España regla la buena fe en los arts. 435, 457, 53, 61, 64, 89, 98, 156, 361, 442, 451, 452, 453, 454, 464, 1107, 1160, 1164, 1262, 1320, 1335, 1434, 1473, 1520, 1530, 1540, 1688, 1705, 1738, 1897, 1951, 1955, 1957, 1959, etc. y a la mala fe en los arts. 95, 187, 360, 363, 362, 365, 382, 383, 455, 1033, 1080, 1295, 1298, 1318, 1340, 1343, 1391, 1395, 1478, 1488, 1495, 1529, 1692, 1896, 1818, etc..

[15] El Código Civil Francés se refiere a la buena fe en los arts. 222, 372-2, 549, 555, 1238, 1240, 1380, 1844-16, 1872-2, 2009, 2265, 2269, etc. y regula la mala fe en los arts. 220, 220-3, 491-2, 801, 1147, 1378, 1379, 1381, 1413, 1635, 1873-3, 2262, etc.

[16] El Código Civil Italiano refiere a la mala fe en los arts. 117, 129, 129 bis, 494, 1150, 1161, 1349, 1391, 1440, 1479, 1490, 1529, 1579; 1667, 1794, 2033, 2036, 2037, etc. y a la buena fe (correttezza) en los arts. 1337, 1366 y 1375, entre otros.

[17] Arts. 10.- Abuso del derecho; 144.- Inoponibilidad de personalidad jurídica; 292.- Presupuestos; 298.- Contradocumento; 315.- Documento firmado en blanco; 337.- Efectos frente a terceros. 340.- Efectos frente a terceros. Deber de indemnizar; 347.- Condición pendiente; 365.- Vicios; 388.- Nulidad relativa. Consecuencias; 392.- Efectos respecto de terceros en cosas registrables; 395.- Efecto retroactivo; 398.- Transmisibilidad; 399.- Regla general; 407.- Incompetencia de la autoridad que celebra el acto; 426.- Nulidad matrimonial y terceros; 427.- Buena fe en la celebración del matrimonio; 428. Efectos de la buena fe de ambos cónyuges; 429.- Efectos de la buena fe de uno de los cónyuges; 430. Efectos de la mala fe de ambos cónyuges; 462.- Cosas muebles no registrables; 480.- Momento de la extinción; 390.- Restitución; 760.- Entrega de la cosa a quien no es propietario. Bienes no registrables; 1009.- Bienes litigiosos, gravados, o sujetos a medidas cautelares; 1816.- Autonomía; 1918.- Buena fe; 1919.- Presunción de buena fe; 1920.- Determinación de buena o mala fe; 1921.- Posesión viciosa; 1935.- Adquisición de frutos o productos según la buena o mala fe; 1936.- Responsabilidad por destrucción según la buena o mala fe; 1937.- Transmisión de obligaciones al sucesor; 1938.- Indemnización y pago de mejoras; 1957.- Transformación; 1958.- Adquisición de cosas muebles; 1962.- Construcción, siembra y plantación; 1963.- Invasión de inmueble colindante; 2258.- Prueba en la reivindicación de muebles no registrables; 2259.- Derecho a reembolso; 2260.- Alcance; 2261.- Sentencia; 2313.- Reglas aplicables; 2314.- Derechos del heredero aparente; 2315.- Actos del heredero aparente; 2315.- Actos del heredero aparente; 2443.- Conclusión de la liquidación;

[18] Kemelmajer de Carlucci, Aída, "La buena fe en la ejecución de los contratos", Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 18 - "Responsabilidad contractual II", (Rubinzal-Culzoni Editores- Santa Fe-Buenos Aires - 1998) pág. 215. La profesora recuerda con citas de autores italianos que esta norma fue considerada como uno de los símbolos de la solidaridad

corporativa, razón por la cual algunos estimaban que a posteriori de la caída del régimen fascista, la misma - por el desprecio contra esa etapa- se la estimó abrogada tácitamente.

[19] Art. 1175 Comportamento secondo correttezza. Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza (Cod. Civ. 1337, 1358)

[20] Art. 427 Código Ley 26.994.- Buena fe en la celebración del matrimonio. La buena fe consiste en la ignorancia o error de hecho excusables y contemporáneos a la celebración del matrimonio sobre el impedimento o la circunstancia que causa la nulidad, o en haberlo contraído bajo la violencia del otro contrayente o de un tercero.

[21] Art. 1918 Código Ley 26.994.- Buena fe. El sujeto de la relación de poder es de buena fe si no conoce, ni puede conocer que carece de derecho, es decir, cuando por un error de hecho esencial y excusable está persuadido de su legitimidad.

[22] Esta norma reconoce como antecedente a los arts. 2364 y 2436 del Código Civil Ley 340.

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

[24] Art. 961 Código Ley 26.994.- Buena fe. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor.

[25] Art. 991 Código Ley 26.994.- Deber de buena fe. Durante las tratativas preliminares, y aunque no se haya formulado una oferta, las partes deben obrar de buena fe para no frustrarlas injustificadamente. El incumplimiento de este deber genera la responsabilidad de resarcir el daño que sufra el afectado por haber confiado, sin su culpa, en la celebración del contrato.

[26] En general se establece en el art. 1628 Código Ley 26.994.- Garantía por evicción. Si la cesión es onerosa, el cedente garantiza la existencia y legitimidad del derecho al tiempo de la cesión, excepto que se trate de un derecho litigioso o que se lo ceda como dudoso; pero no garantiza la solvencia del deudor cedido ni de sus fiadores, excepto pacto en contrario o mala fe. También se debe tener en cuenta que el art. 1048 Código Ley 26.994.- Cesación de la responsabilidad. En los casos en que se promueve el proceso judicial, la responsabilidad por evicción cesa: a) si el adquirente no cita al garante, o lo hace después de vencido el plazo que establece la ley procesal; b) si el garante no comparece al proceso judicial, y el adquirente, actuando de mala fe, no opone las defensas pertinentes, no las sostiene, o no interpone o no prosigue los recursos ordinarios de que dispone contra el fallo desfavorable; c) si el adquirente se allana a la demanda sin la conformidad del garante; o somete la cuestión a arbitraje y el laudo le es desfavorable. Sin embargo, la responsabilidad subsiste si el adquirente prueba que, por no haber existido oposición justa que hacer al derecho del vencedor, la citación oportuna del garante por evicción, o la interposición o sustanciación de los recursos, eran inútiles; o que el allanamiento o el laudo desfavorable son ajustados a derecho”.

[27] Art. 1819 Código Ley 26.994.- Titularidad. Quien adquiere un título valor a título oneroso, sin culpa grave y conforme con su ley de circulación, no está obligado a desprenderse del título valor y, en su caso, no está sujeto a reivindicación ni a la repetición de lo cobrado.

[28] Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 1a Nominación de Córdoba, Carnero, Celia Rosa y otros c. Vaca, José Rafael y otro, 28/10/2010, LLC 2011 (marzo), 196, AR/JUR/65842/2010.

[29] Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón, sala II, “B. G. de C., E. c. S., O. R. y otro”, 08/06/1999, LLBA 2000, 501, AR/JUR/291/1999. En igual sentido: Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, sala III, “Croce de Medinelli, Clara, suc., y otros c. Medinelli de Ganzero”, Amelia, 12/02/1980, AR/JUR/1935/1980, donde se dijo

que “la mala fe de la presunta adquirente debe darse por probada si conocía la evidente incapacidad de la vendedora, que era su madre, ya que convivía con ella: la falacia de consignar en la escritura la recepción de un precio inexistente: de la inmoralidad resultante de querer cobrarse lo gastado en la manutención de su progenitoria, mediante la supuesta venta a su favor y, a todo evento, de la clara desproporción existente entre lo que se dice abonado y el valor real del inmueble”. (Voto del doctor Pera Ocampo)”

[30] Cámara Civil, Comercial y Minería, San Juan, autos N° 18.826 (64.802 - 3° Civil) “Achen, Ignacio Antonio c/ Campo Fértil S.A. - Ejecutivo”, 2 Febrero 2007 (L. de A. T° 149 F° 76/91). Voto Ferreira Bustos con la aclaración de Alferillo, en su adhesión, sobre la diferencia entre dolo y mala fe.

[31] Cámara Civil, Comercial y Minería, San Juan, autos N° 18.826 (64.802 - 3° Civil) “Achen, Ignacio Antonio c/ Campo Fértil S.A. - Ejecutivo”, 2 Febrero 2007 (L. de A. T° 149 F° 76/91)

[32] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, “Sendoya, Josefina O. c. Travel Club S.A.”, 04/09/2000, La Ley 2001-B, 196, DT 2001-A, 783 con nota de Carlos Pose, AR/JUR/4370/2000

[33] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, “Martinelli, Andrés J. c. Santamarina, Alberto”, 23/08/2002, DJ 2002-3, 747, La Ley 2002-F, 713, AR/JUR/956/2002

[34] En los estudios antes realizados se lleva a cabo, además, la comparación con el dolo delictual y el dolo en la inexecución de las obligaciones que este último se correspondería con la etapa de ejecución o cumplimiento del contrato.

[35] El antecedente es el art. 931 del Código Civil Ley 340.

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

[37] Antes: art. 1198 del Código Civil.

[38] En el Código Civil y Comercial Ley 26.994 se incorpora la figura en el art. 266. - Error reconocible. El error es reconocible cuando el destinatario de la declaración lo pudo conocer según la naturaleza del acto, las circunstancias de persona, tiempo y lugar.

[39] 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, 1976-1977). Disponible en: [www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/la-reconocibilidad-del-erroren-el-derecho-civil/at\\_download/file](http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/la-reconocibilidad-del-erroren-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).

[40] Pascual Eduardo Alferillo, ibídem.

[41] Santos Cifuentes, Comentario..” oc. cit. 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).

[42] Pascual Eduardo Alferillo, La reconocibilidad...” ob. cit. 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.

[43] Un claro ejemplo la distinción entre mala fe y dolo se formula en el inc. del art 429 Código Ley 26.994 (antes art. 225 Código Civil- Texto Ley 23.515) cuando se regla que “si uno solo de los cónyuges es de buena fe, el matrimonio produce todos los efectos del matrimonio válido, pero sólo respecto al cónyuge de buena fe y hasta el día de la sentencia que declare la nulidad”...c) demandar por indemnización de daños y perjuicios al cónyuge de mala fe y a los terceros que hayan provocado el error, incurrido en dolo, o ejercido la violencia...”. Como se colige para caracterizar la mala fe requiere que se acredite únicamente que conocía o debía conocer el impedimento o la causal de nulidad. Es decir, no se exige, conforme el art. 427 del Código Ley 26.994 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 configure la intencionalidad para clasificar al cónyuge como incurso en mala 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.