LA BUENA FE EN EL CÓDIGO CIVIL DE CHILE*

Alejandro Guzmán Brito
Universidad Católica de Valparaíso (Chile)

SUMARIO

I. *La buena fe objetiva en el Código Civil de Chile y en el francés.* II. *La buena fe subjetiva en el Código Civil de Chile.* III. *La unidad de la buena fe.*

I. LA BUENA FE OBJETIVA EN EL CÓDIGO CIVIL DE CHILE¹ Y EN EL FRANCÉS

1. En materia de la denominada buena fe objetiva, el código de Chile contiene un precepto de valor general en su artículo 1.546. Dice esta norma: "*Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella*"².

a) La disposición unificó los artículos 1.134 inciso 3° y 1.135 del código francés. El citado inciso 3° dispone: "*Elles [sc. les conventions] doivent être exécutées de bonne foi*"³. Por su parte, el artículo 1.135 señala: "*Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature*"⁴. Pero ambas disposiciones francesas⁵ solo sirvieron de inspiración al codificador chileno, el cual les cambió su estructura.

* El presente trabajo fue escrito para su publicación en un homenaje que se prepara en Italia al romanista Alberto Burdese, y de antemano lo doy a conocer en Chile. Para este último efecto, he eliminado un primer párrafo de la versión para Italia, que contiene una breve historia del código chileno.

¹ Sobre la buena fe en el derecho chileno: FUEYO, Fernando, *El principio general de la buena fe o el principio de la buena fe como integrador y creador de conductas, normas y decisiones*, en EL MISMO, *Instituciones de derecho civil moderno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990), pp. 139 ss., también con referencias al derecho comparado; SAAVEDRA, Francisco Javier, *El principio general de la buena fe*, en VV. AA., *Homenaje al profesor Fernando Fueyo: Instituciones modernas de derecho civil* (Santiago, ConoSur, 1996), pp. 357 ss.; LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Los contratos. Parte general 2* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998), II, pp. 389 ss.

² Esta disposición aparece ya así en el "Primer Proyecto" (o sea, en el que conoció la Comisión Codificadora de 1840), como artículo 8 del tít. XI del libro *De los contratos y obligaciones convencionales*, y permaneció inmutado en los sucesivos: véase VV. AA., *Primer Proyecto de Código Civil de Chile*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1978, p. 182.

³ Este artículo se conserva en el *Codice Civile* de 1942 (artículo 1.375), por intermediación del código de 1865.

⁴ Con una modificación, esta norma aparece ahora en el código italiano de 1942 (artículo 1.374).

⁵ En Pothier, al parecer, no comparecen ninguno de los dos principios afirmados por los artículos 1.134 inciso 3° y 1.135 CCFr. Por lo que atañe al primero, eso puede deberse a que Pothier desechó la clasificación justinianea de los contratos en *stricti iuris* y *bonae fidei* (R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, párr. 9: "*Les divisions que le droit romain fait des contrats [...] en contrats bonae fidei et contrats stricti iuris, n'ont pas lieu parmi nous*"). En lo que respecta al segundo, expresamente Pothier sienta el principio contrario al del artículo 1.135: "*...nous observerons seulement un principe qui est particulier à l'effet des contrats et de toutes les conventions./ Ce principe est qu'une convention n'a d'effet qu'à l'égard des choses qui ont fait l'objet de la conventions'...*", frase esta que es una traducción muy libre de la L. 27 § 4, ff. *De pactis* (= D. 2, 14, 27, 4 in fine: "*ante omnia enim animadvertendum est, ne conventio in alia re facta [...] in alia re noceat*") ["ante todo debe

El *Code*, como se ve, separa la ejecución de buena fe de las convenciones, por un lado (artículo 1.134 inciso 3°), y el círculo de obligaciones que ellas imponen más allá de lo expresado por sus partes, por otro (artículo 1.135). Esto último no aparece como una consecuencia de la buena fe⁶. El código chileno, en cambio, considera que el círculo de obligaciones de un contrato mayor al de las manifestadas en él, es una consecuencia (“*por consiguiente*”) de la buena fe con que deben ejecutarse.

La segunda diferencia es que el *Code* hace obligatorias las “*suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature*”. Ese cuerpo legal, pues, supone que la equidad, el uso o la ley atribuyen a cada obligación, según su naturaleza, ciertas “*suites*”⁷, que el artículo 1.135 hace también obligatorias para las partes de una convención. En cambio, el código chileno supone que hay “*cosas*” que emanan de la naturaleza de la obligación (independientemente de la equidad, el uso o la ley) y que hay “*cosas*” que según la ley o la costumbre pertenecen a la obligación, “*cosas*” ambas que el artículo 1.546 hace vinculantes merced a la buena fe. En el código francés, por lo tanto, la “*naturaleza de la obligación*” cumple un papel secundario, de referencia y medida para las “*suites*” que la equidad, el uso o la ley dan a cada obligación. En el código chileno, la “*naturaleza de la obligación*” es directamente una fuente de “*cosas*” que pertenecen a la obligación, en el mismo nivel que la ley y la costumbre, que también son fuentes de “*cosas*” que pertenecen a ella.

En fin, se observará que el *Code* menciona a la equidad como atribuyente de “*suites*” a la obligación, que está ausente en el código chileno como fuente de “*cosas*” de esta, aunque es claro que ella se ve reemplazada por la “*naturaleza de la obligación*”.

Por el contrario, ambas disposiciones concuerdan en que las partes de una convención o de un contrato no solo se vinculan u obligan a lo que en ellos se expresa, sino también a algo más, a ciertas “*suites*” o a ciertas “*cosas*” (aunque no se expresen).

b) Ahora bien, esto último constituye el punto central de las disposiciones francesa y chilena. En ello radicaba el efecto de la *bona fides* del derecho romano clásico en materia contractual.

Como se sabe, en ese derecho, el punto de partida de la *bona fides* contractual debe ser visto en el hecho de que ella constituía antes que nada un inciso de la *intentio* de los *bonae fidei iudicia* (que por llevar tal inciso recibían ese nombre), vale decir de las acciones *ex empto* y *ex vendito*, *ex locato* y *ex conducto*, *mandati (directa y contraria)*, *pro socio*, *depositi (directa y contraria)*, *negotiorum gestorum (directa y contraria)* y *tutela (directa y contraria)*⁸. Todas ellas invariablemente se construían conforme con este esquema: “...*quidquid ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare facere oportet ex bona fide*”⁹. El pretor,

advertirse, que la convención celebrada sobre un asunto, no afecta a otro asunto”]), expresamente invocada por Pothier, aunque lo que dice este texto, por lo demás en tema de *pacta* y no de *bonae fidei contractus*, no se relaciona con la extensión de las obligaciones a que conduce la buena fe.

⁶ Es curioso lo ocurrido en Italia: su código de 1865, en el artículo 1.124, igual que antes el chileno, unificaba en una sola disposición los artículos 1.134 y 1.135 CCFr, en los que se basó muy literalmente, y, si bien no decía de modo expreso que la obligación a más de lo manifestado en el contrato es consecuencia de aquel principio, como lo dijo el chileno, la unificación permitía obtener esa conclusión. El código de 1942 volvió a la manera francesa, pero con inversión del orden original de ambas ideas (y con la consideración de los usos y la equidad como subsidiarios de la ley): su artículo 1.374 establece la obligación a “*le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità*”; en seguida, el artículo 1.375 establece el principio de la ejecución de buena fe de los contratos. No solo la separación, más también esta secuencia inversa muestra que, en el pensamiento del codificador de 1942, no había conexión entre ambas ideas.

⁷ Como veremos a propósito de las “*cosas*” del código chileno que “*obligan*”, estas “*suites*” del francés que “*obligent*” no significan necesariamente obligaciones en sentido técnico, y pueden ser cualesquiera efectos, por ejemplo, una invalidez o una extinción, etcétera. La obligación en sentido técnico está mencionada seguidamente: “*à l'obligation d'après sa nature*”. Que estas “*suites*” atribuidas a la obligación “*obligent*” significa que son vinculantes e ineludibles.

⁸ Este elenco aparece en Gai. IV, 62. Ahí, además aparecen mencionadas las acciones *fiduciae* y *rei uxoriae*, que en realidad no llevaban la cláusula *ex bona fide* sino otras que de hecho, empero, cumplían la misma función que aquella.

⁹ Gai. IV, 47; IV, 60: “todo cuanto por este asunto N. Negidio debe dar y hacer según la buena fe en favor de A. Agerio”.

por medio de esta fórmula, mandaba al juez que investigara todo lo que el demandado debía dar y hacer en favor del demandante “según la buena fe”, no según los términos del contrato¹⁰, pese a que el contrato precedentemente había sido invocado en la *demonstratio* de la misma fórmula. Si, por ejemplo, se trataba del contrato de depósito, en aquella cláusula se tenía que decir: “*Quod A. Agerius apud N. Negidium mensam argenteam deposuit, qua de re agitur...*”¹¹ (e inmediatamente seguía la antes indicada *intentio* con “*quidquid*”, etcétera). La invocación del contrato en la *demonstratio*, pues, no tenía otra función que la de individualizar, delimitar o señalar (*demonstrare*) al litigio por su causa, ya que no resultaba individualizable por su objeto en la *intentio*, atendido su carácter de *incerta*, desde que en ella se demandaba no una cantidad de géneros o una especie, sino “todo lo que... debe” (“*quidquid... oportet*”) el demandado. De esta manera, ese “todo lo que... debe”, que, dicho en términos absolutos, queda referido a todas las deudas posibles, resulta circunscrito solo a las derivadas de la causa mencionada en la *demonstratio* (el depósito en el ejemplo).

Es a partir de esta estructura formularia y de su funcionalidad que entonces puede decirse que la *bona fides* del derecho clásico vinculaba a las partes de un contrato no solo a las obligaciones expresadas en el por aquellas, sino a más, precisamente a lo exigido por la buena fe. Con ello captamos el efecto de la buena fe, aunque nada digamos sobre la consistencia de la buena fe en sí misma, como paradigma con contenido, merced al cual un juez juzga la conducta de los contratantes, en modo de decidir si lo han infringido o no, y así determinar la extensión real de sus obligaciones más allá de lo expresado en el contrato en función de pronunciar las correspondientes condenas¹².

c) Bello tenía perfectamente captada esta esencial conexión de la *bona fides* con el círculo de obligaciones más amplio que el expresado en el contrato a que sus partes se ven sometidas. Escribió, en efecto, en sus *Instituciones de derecho romano* (1843 y cinco ediciones posteriores) lo que sigue: “*Ultimamente se dividen [sc. los contratos] en unilaterales, en que se obliga una sola de las partes y bilaterales, en que se obligan ambas. Aquellos se llaman también stricti iuris, y estos bonae fidei: en los primeros nada más se puede pedir que lo que expresamente se ha pactado, y en los segundos se debe además todo aquello que exige la equidad*”¹³. En este texto, lo principal, dado nuestro propósito, es la afirmación de que en los contratos de buena fe se debe “*además*” (de “*lo que expresamente se ha pactado*”) todo aquello que exige la equidad. La referencia a la equidad se justifica porque en las *Instituciones* de Justiniano, que Bello siguió de cerca de través de los *Elementa iuris civilis* de Heineccius¹⁴, se lee que en los contratos consensuales “*...alter alteri obligatur in id, quod alterum alteri ex bono et aequo prestare oportet...*”¹⁵. Bello interpretó, pues, la expresión “*ex*

¹⁰ Por tal razón puede decirse que en la compraventa, por ejemplo, la obligación del vendedor no es entregar la cosa al comprador, sino dar y hacer todo lo que la buena fe exige al vendedor para satisfacer al comprador (y viceversa). Por cierto, lo primero que la buena fe impone al vendedor es entregar la cosa al comprador.

¹¹ Gai. IV, 47: “Puesto que A. Agerio depositó una mesa de plata, acerca de la cual se trata, en manos de N. Negidio...”.

¹² El artículo 1.546, pues, no define a la buena fe por su consistencia, sino por su efecto: dejar obligadas las partes a más de lo expresado. Este efecto esconde al contenido de la buena fe como paradigma con contenido.

¹³ A. BELLO, *Instituciones de derecho romano*, lib. III, tít. 14, en *Obras completas de...*, Caracas, La Casa de Bello, 1959, reimp. 1981, XVII, p. 134. Como se indicó, la primera edición de esta obra fue en 1843, o sea, un tiempo después que Bello concibiera la fórmula del que fue finalmente el artículo 1.546 CCCh el cual, como se dijo en la nota 1, ya pertenecía al “Primer Proyecto”, preparado antes de 1840. Pero consta que Bello, a su vez, había empezado a redactar el texto de sus *Instituciones* desde 1834, año en que abrió un curso privado de derecho romano que funcionaba en su casa, y en ese curso lo dictaba a sus alumnos. El texto así formado empezó a circular manuscrito, hasta que en 1843 fue dado a las prensas. Para todo esto: H. Hanisch, *Andrés Bello y su obra en derecho romano*, Santiago, Ediciones del Consejo de Rectores, 1983, pp. 208 - 213. De lo anterior concluimos que la fórmula adoptada por Bello en el “Primer Proyecto” para el que finalmente fue el artículo 1.546 CCCh resultó influida por la doctrina sentada por él mismo en sus *Instituciones*.

¹⁴ Bello, en efecto, siguió de cerca a la mencionada obra del autor alemán, y por ello no quiso que su nombre apareciera en la edición de 1843 de sus *Instituciones*. Sobre los *Elementa* de Heineccius como fuente del libro de Bello: H. HANISCH, *Andrés Bello* cit., pp. 217 ss.

¹⁵ Inst. III, 22, 3: “...uno se obliga a otro en aquello que uno debe cumplir a otro según lo bueno y equo”. Este texto aparece, además, en D. 44, 7, 2, 3 (Gai., 3 *inst.*), y proviene en último término de Gai 3, 137.

bono et aequo", que aparece en las *Institutiones*, como "equidad". Ya vimos que, empero, al redactar el texto del futuro artículo 1.546 prescindió de esta última noción, aunque ella también comparecía en el artículo 1.135 CCFr.

De esta manera, queda en pie que la idea de atribuir a la buena fe el efecto de expandir el círculo de las obligaciones contractuales a más allá de lo expresado en el contrato mismo, Bello la obtuvo de su experiencia romanística, y que esta idea la proyectó en la redacción del artículo 1.546 CCCh, en donde, como ya hicimos notar, que los contratos "*obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino...*" a algo más aparece como una consecuencia ("*por consiguiente*") de que "*los contratos deben ejecutarse de buena fe*"¹⁶, aunque esta idea está falta completamente en el código francés¹⁷.

2. ¿Cuál es el grado de intervención del juez en la determinación de las exigencias de la buena fe?

a) En el derecho romano clásico, la concreción del ámbito de aquello "más" que lo expresado en el contrato a que la buena fe deja obligadas a sus partes quedaba entregado a la libre apreciación del juez (*officium iudicis*)¹⁸. Históricamente, empero, fueron los juristas quienes de manera paulatina tipificaron estas concreciones de la buena fe, y nosotros las conocemos a través de sus escritos conservados en el Digesto. El proceso de la codificación también alcanzó a esas aplicaciones, y fue así que hoy ellas aparecen fijadas directamente como exigencias de la ley, muchas de las cuales, incluso antes de la codificación, fueron extendidas también a los contratos que en el derecho clásico no eran *bonae fidei*, llamados *stricti iuris* por los postclásicos. De esta manera, en los códigos, el campo de aplicación de la buena fe, aunque enriquecido como efecto de esta su generalización a todos los contratos, quedó empobrecido en lo concerniente a sus aplicaciones, que ahora resultaron ser directamente legales. Tal fue el caso de la responsabilidad contractual por dolo y culpa¹⁹; de la obligatoriedad de los pactos agregados a un negocio principal²⁰, de la ilicitud de condonar anticipadamente el dolo²¹, de la reparación no solo del daño emergente mas también del lucro cesante, vale decir, de todo el *interesse* del acreedor, de la indemnización de perjuicios causados por la mora (que también es parte del *interesse*), de la compensación de obligaciones mutuas²², etcétera.

b) En el código francés, atendido que la ejecución de buena fe de las convenciones aparece declarada como principio absoluto e incondicionado en el artículo 1.134 inciso 3°, la buena fe debe operar aparentemente como en el derecho romano, vale decir, entregada a la libre apreciación del juez, como parte de su *officium*. Pero si lo característico de la buena fe, y su real y único efecto es precisamente dejar a las partes sujetas a más consecuencias que las

¹⁶ Por cierto, en el código chileno está ausente la idea de que la buena fe rige tan solo en un cierto grupo de contratos, precisamente en aquellos denominados *bonae fidei*, mas no en aquellos que son *stricti iuris*, idea que sí aparece, en cambio, en las *Institutiones* de Bello, según el texto citado más arriba en el cuerpo de este trabajo. Tal ausencia es efecto del principio moderno de que todos los contratos son de buena fe y ninguno de derecho estricto, recogida por el artículo 1.134 inciso 3° CCFr y trasladado a la primera parte del artículo 1.546 CCCh. Sobre el indicado principio moderno: H. COING, *Derecho privado europeo*, 1985, trad. castellana, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996, I, pp. 513 - 514.

¹⁷ Algunos antiguos comentaristas del código francés concluyeron, empero, lo mismo que Bello, vale decir, que la regla del artículo 1.135 es una consecuencia de aquella del artículo 1.134 inciso 3°: véanse F. LAURENT, *Principes de droit civil*, Bruxelles - Paris, 1893, XVI, N° 182: "L'article 1135 contient une conséquence du principe formulé par l'article 1.134 (p. 244); G. BAUDRY-LACANTINÉRIE - L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil. Des obligations*3, Paris, 1906, I, N° 343: "L'article 1135 ne fait que déduire une conséquence de ce principe [sc. contenido en el artículo 1.134 inciso 3°].

¹⁸ D. 3, 5, 6.

¹⁹ D. 17, 2, 3, 3.

²⁰ D. 2, 14, 7, 5; 19, 2, 21.

²¹ D. 16, 3, 1, 7; 50, 17, 23.

²² Gai. IV, 63.

obligaciones expresadas en el contrato, cuando verificamos que precisamente eso aparece declarado en el artículo 1.135 CCFr, resulta entonces que el libre oficio del juez en materia de buena fe viene reenviado al marco que señala el artículo 1.135. En él se impone, por una parte, una limitación, pues el campo de obligaciones que sujetan a las partes más allá de lo que expresaron en su contrato, queda circunscrito a “à toutes les suites que [...] l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature”, pero también una ampliación, por otra, pues las “suites” autorizadas por el artículo 1.135 también pueden provenir de la “équité”, mencionada en la anterior frase legal en el lugar señalado entre paréntesis.

c) Es cierto que los codificadores franceses tomaron estas ideas del derecho romano también.

Por lo que respecta a la equidad, tenemos, en efecto, D. 16, 3, 31 pr. (Triphon., 9 disput.): “*Bona fides, quae in contractibus exigitur, aequitatem summam desiderat*”²³. En lo que concierne al uso, está D. 21, 1, 31, 20 (Ulp., 1 ed. aed. cur.): “*...ea enim, quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei iudiciis debent venire*”²⁴. Por lo que atañe a la ley, en fin, el discurso es algo más extenso: en el derecho romano, con frecuencia las leyes no producían, como entre nosotros, efectos *ipso iure*, y necesitaban ser hechas valer mediante una *exceptio*. Ahora bien, en los juicios que no eran de buena fe, todas las *exceptiones*, incluso aquellas fundadas en la ley (o en plebiscitos o senadoconsultos y aun constituciones imperiales) debían ser expresamente solicitadas por el demandado e insertadas en la fórmula procesal para que el juez las pudiera conocer y aplicar. Mas ello no regía en los *bonae fidei iudicia*, en los cuales se entendían deducidas todas las *exceptiones* posibles que el demandado pudiera hacer valer, sin necesidad de su mención expresa en la fórmula, de modo que bastaba alegarlas ante el juez²⁵. Por ende, si el deudor se veía favorecido por alguna ley u otra norma, de modo de poder fundar una *exceptio* en ella, la buena fe del contrato le permitía alegar esa ley o norma directamente al juez sin necesidad de haber insertado previamente la alegación como *exceptio* en la fórmula. En este sentido, pues, la vinculación a cualquier consecuencia legal alegable estaba directamente incluida en la buena fe.

d) En términos generales, por ende, las “suites” provenientes de la ley, el uso y la equidad como integrantes de la buena fe, a que se refiere el artículo 1.135 CCFr, tienen antecedentes romanos. Pero no como limitaciones a la aplicación de aquella las dos primeras, ni como ampliación la última. En ese derecho, la buena fe no se agotaba en la invocabilidad de los usos y de las leyes (y demás normas), vale decir, ni unos ni otras eran limitaciones a la buena fe. Antes vimos varias aplicaciones de aquella, que nada tuvieron que ver con costumbres ni leyes, pues fueron una deducción autónoma de los juristas a partir de la cláusula *ex bona fide* de las acciones del mismo nombre. Por lo que respecta a la equidad, tampoco era ampliación de la buena fe, sino, al revés y en cierto modo, una limitación. En un sentido general, puede aceptarse que la equidad está detrás de la buena fe o que la funda, pero ello debe decirse de todo el derecho, y los juristas romanos no insistieron sobre el punto. El texto de Trifonino conservado en D. 16, 3, 31 pr., que antes citamos, no dice, en realidad, que todo lo que exige la equidad pasa a ser exigencia de la buena fe, sino, al contrario, que es la buena fe la que exige equidad, lo que en cierta manera le impone un límite que evita su desborde hacia la ética abierta e infinita. Por lo demás, Trifonino no pretendía sentar una doctrina general sobre las relaciones entre la buena fe y la equidad, sino anunciar un tópico para discutir casuísticamente esas relaciones, como se ve en todo el largo texto suyo que aparece en el Digesto, del cual solo hemos citado su primera frase.

²³ “La buena fe que se exige en los contratos requiere suma equidad”.

²⁴ “...pues aquellas cosas que son de los usos y costumbres deben entrar en los juicios de buena fe”.

²⁵ D. 2, 14, 7, 6. La buena fe en esta materia funciona de este modo: si un deudor puede alegar una excepción y no la insertó en la fórmula, es contrario a la buena fe que el acreedor rechace la alegación aduciendo que no fue insertada como excepción. De lo que se sigue que aquella no se necesita ser insertada como excepción.

En síntesis, pues, en el derecho romano, si bien lo exigido por las leyes y los usos entran en el campo de la buena fe, no lo agotan; y aunque las exigencias de la buena fe deben ser equitativas, no todo lo que pide la equidad lo pide la buena fe.

Por el contrario, en el artículo 1.135 CCFr, el círculo más amplio de vinculaciones a que las partes quedan sometidas (que es, en definitiva, el efecto de la ejecución de buena fe), por un lado se agota en las “suites” que el uso o la ley dan a la obligación expresada, y, por otro, se amplía a todas las exigencias de la equidad. Con ello, si no hay equidad que aplicar, el juez no puede considerar más que nuevas “suites” consuetudinarias o legales, lo que es una limitación a su *officium*; y si hay equidad aplicable, debe considerar las “suites” que de ella emanan, lo que es una notable ampliación de aquel²⁶. Teóricamente, podría restar, empero, un círculo de “suites” que no son consuetudinarias, ni legales ni equitativas, que el juez francés no debería considerar, pero que atendido el concepto romano de la *bona fides*, un juez romano sí consideraría. El problema queda abierto.

3. En el código chileno, como vimos, la equidad como fuente de “cosas” a que la buena fe vincula desapareció, si bien en su reemplazo fue establecida la “naturaleza de la obligación”²⁷; la ley y la costumbre se mantuvieron. El artículo 1.446, en efecto, dice que los contratos obligan también “a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”.

Pese a que, como también vimos, en sus *Instituciones de derecho romano*, Bello interpretó la expresión “*ex bono et aequo*”, que aparece en las *Instituciones* de Justiniano, precisamente como “equidad”²⁸, se rehusó a aceptar que esa noción cumpliera una función en la economía del artículo 1.446. Es posible que haya concebido el temor de dejar en manos del juez un instrumento de revisión de los contratos en sentido extensivo demasiado peligroso.

a) Existiría la tentación de pensar que las “cosas que emanan de la naturaleza de la obligación” a que la buena fe obliga son los *naturalia contractus* del *ius commune*²⁹, recogidos por el artículo 1.444 CCCh: “Se distingue en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales [...]; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial...”. Pero es necesario resistir a tal tentación fundada nada más que en la cercanía de lenguaje de ambas expresiones legales, transformada indebidamente en sinonimia. El artículo 1.444 CCCh habla de “cosas de la naturaleza del contrato” mientras que el artículo 1.546 CCCh se refiere a unas “cosas que emanan de la naturaleza de la obligación”. Ambas normas, pues, tratan de asuntos distintos.

La noción de unas “cosas de la naturaleza del contrato” es técnica, y está suficientemente definida en el artículo 1.444 CCCh, antes citado. Un buen ejemplo de tales cosas es la obligación al saneamiento de la evicción que pesa sobre el vendedor sin necesidad de una cláusula especial destinada a imponérsela³⁰, pero que puede ser excluida del contrato merced a un pacto de las partes³¹. Que cosas como estas obliguen a un contratante sin necesidad de

²⁶ En efecto, que las partes queden vinculadas a las “suites” que la equidad atribuye a la obligación expresada, implica transformar a todo juez en juez de equidad en materia obligacional.

²⁷ No es aventurado pensar que para construir este concepto, Bello pudo tener presente a D. 19, 1, 11 1 (Ulp., 32 ed.): “...in hoc iudicio id demum deduci, quod praestari convenit [...] Quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate” (“...se comprende en este juicio solamente lo que se convino cumplir [...] Pero si nada se convino, entonces se cumplirán aquellas cosas que naturalmente se contienen en la potestad de este juicio”).

²⁸ Véase I, 1, c). Ahí, la equidad no aparece como una limitación a la buena fe, sino casi como una equivalencia.

²⁹ Sobre esto: H. COING, *A Typical Development in the Roman Law of Sale*, ahora en EL MISMO, *Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht*, Frankfurt am Main, Klostermann, I, pp. 73 - 74.

³⁰ Artículos 1.837 ss. CCCh.

³¹ Artículo 1.842 CCCh, siempre que no haya habido mala fe en el vendedor.

establecerlas mediante una cláusula especial, eso es así en virtud del artículo 1.444 CCCh (en conexión con el artículo 1.545 que declara al contrato ser una ley para las partes), y no resulta necesario recurrir al artículo 1.546, de guisa de alegarla como una “cosa” a que la buena fe obliga. En otros términos, aunque no existiera el artículo 1.546, aun así estas cosas de la naturaleza del contrato vincularían no bien nada se haya dicho sobre ellas en el contrato. De esta manera, fuera una redundancia pretender que el artículo 1.546, en la cláusula que estudiamos, alude a tales cosas y desde luego, además, un empobrecimiento de la consecuencia que esta norma atribuye a la buena fe³².

El artículo 1.546, cuando discurre sobre ciertas cosas que emanan de la naturaleza de la obligación, no establece una expresión técnica, definida por la ley. Se trata simplemente de un giro de lenguaje, que perfectamente pudo ser sustituido por otro, empleado para expresar la idea de que a partir del ser, estructura u organización de cada obligación puede derivarse algo no declarado, pero que resulta necesario para la total satisfacción de la prestación obligacional de que se trata. Por lo tanto, es menester un examen caso a caso de la concreta obligación expresada y de su naturaleza, para determinar si de ella emana otra “cosa” que deba ser considerada también obligatoria, no bien no haya sido expresada como obligación. Un ejemplo bastará. Alguien vende a otro, sin más, ciertos frutos aun pendientes, o piedras de cantera no extraídas todavía, o troncos de árboles antes de su tala, en calidad de muebles por anticipación (artículo 571 CCCh). La tradición de estos objetos, que tiene lugar con su separación del inmueble al que pertenecen (artículo 685 inciso 1° CCCh), exige un acuerdo entre el vendedor y el comprador para fijar el día y la hora de la colección por el comprador (artículo 685 inciso 2°). Todo esto es legal y hasta el momento no es necesario recurrir a la buena fe. Supongamos que el mencionado acuerdo se produce, y en el día y hora señalados, el comprador se presenta en el predio al que las cosas compradas pertenecen, acompañado de una brigada de trabajadores con vehículos aptos y otras herramientas e instrumentos apropiados para tronchar frutos, extraer piedras o talar árboles. El vendedor exige, empero, que sea el comprador en persona el que haga las respectivas operaciones con instrumentos manuales, y no quiere admitir la entrada de los trabajadores ni de los vehículos e instrumentos pesados, alegando que la tradición se hace de vendedor a comprador. Con razón el juez condenará a este vendedor por haber infringido la buena fe del contrato, puesto que, como el recurso a muchos operarios y a ciertos instrumentos es necesario para tronchar, extraer o talar frutos, piedras o árboles, de la naturaleza de la obligación de hacer la tradición de tales cosas vendidas, emana la necesidad para el vendedor de permitir al comprador el empleo de los mencionados recursos y, por ende, la obligación a ello³³. Este ejemplo muestra el exacto alcance de la disposición, lo mismo que ella dogmáticamente nada tienen que ver con los *naturalia negotii*³⁴.

³² Sin embargo, algunos autores han sostenido —creo que sin meditación previa— que el artículo 1.546 CCCh alude las cosas de la naturaleza del contrato. En este sentido, por ejemplo, A. ALESSANDRI, *Derecho civil. Segundo año. De los contratos* Santiago, 1930, 65: “...así, en el contrato de compraventa aunque en él se hable solamente del precio y de la cosa, el vendedor queda obligado al saneamiento, porque esta es una obligación de la naturaleza del contrato de venta. El individuo que arrienda una casa queda obligado a las reparaciones locativas, porque por la ley y la costumbre pertenecen al contrato de arrendamiento”.

³³ La jurisprudencia judicial chilena ha concluido que la buena fe obliga al vendedor de un establecimiento de comercio que en el contrato no prohibió el uso del nombre que tenía ese establecimiento al comprador, a permitirle el uso de ese nombre (véase *Repertorio de legislación y jurisprudencia chilenas. Código Civil y leyes complementarias*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, V, p. 247 (N° 13). A la misma solución, empero, se hubiera podido llegar, y con más propiedad tal vez, con recurso a la teoría de la accesoriedad. Con respecto al trigo que dos acordaron cosechar y uno trillar, entregando la mitad del trigo al otro en la era, se ha decidido que la buena fe obliga a entregar, además, la mitad de la paja (*Repertorio cit.*, p. 247 (N° 14).

³⁴ De todos modos, no puede negarse que hay una cierta similitud externa entre los *naturalia negotii* y las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación, en este sentido: que también estos últimos se entienden pertenecer a un contrato, aunque no se expresen (y que nada obsta a que expresamente se excluyan mediante pacto especial). La diferencia es, pues, interna, y radica en que la obligación a los *naturalia* la establece la ley, sin consideración necesaria a una exigencia objetiva emanada del contrato, en tanto las cosas en referencia deben ser una deducción objetiva del ser de la obligación, cuya sanción obligacional proviene de la buena fe. Para saber cuáles son los *naturalia*, basta leer la ley; para saber cuáles cosas emanan de la naturaleza de la obligación son

b) También la buena fe obliga o vincula a aquellas cosas que por la ley pertenecen a la obligación.

Es necesario desechar de inmediato que bajo estos conceptos haya que entender a los *essentialia negotii*. Aparte que ellos están técnicamente definidos como algo perteneciente al contrato, mas no como algo que emana de la obligación (artículo 1.444 CCCh), basta con observar que los *essentialia* no pueden ser omitidos en el contrato, pues sin ellos no se produce efecto alguno o el contrato degenera en otro (artículo 1.444 CCCh). En consecuencia, está fuera de lugar invocar los *essentialia* a propósito de un tema consistente en saber cuáles son las “cosas” a que se queda obligado habiéndolas, no obstante, omitido.

Pero contrariamente a lo ocurrido con las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación, esta vez no hay modo de evitar una coincidencia, parcial al menos, de estas “cosas” que por la ley pertenecen a la obligación con los *naturalia*, pues también estos reconocen una fuente legal. Así ocurre, por ejemplo, con la obligación de saneamiento de la evicción, que es una “cosa” que por ley pertenece a la obligación del vendedor, y al mismo tiempo una “cosa de la naturaleza” del contrato de compraventa, legalmente establecida en él. Así, pues, cabe decir que todos los *naturalia* legales (en cuanto conciernen a obligaciones) son cosas que por ley pertenecen a una obligación.

Pero la inversa no es válida, y por eso dijimos que la coincidencia es parcial. No todas las “cosas” que por ley pertenecen a una obligación son *naturalia*. Así, por ejemplo, cuando el artículo 1.548 CCCh establece que: “La obligación de dar contiene la de entregar la cosa...”, y crea, por ende, una obligación ‘precisamente de entregar, esta no puede ser considerada como una “cosa de la naturaleza” del contrato en el sentido del artículo 1.444, aunque ciertamente sea una “cosa” que por ley pertenece a la obligación de dar.

El hecho de intervenir la ley tanto en los *naturalia* cuanto en ciertas cosas que pertenecen a la obligación, resta en definitiva importancia a esta parte del artículo 1.446 CCCh. En efecto, si algo está establecido por la ley como “cosa de la naturaleza” de cierto contrato, basta esa ley para fundar la demanda; y si, a su vez, una “cosa” no perteneciente a los *naturalia*, está fijada también por la ley como perteneciente a una obligación, esta es suficiente para fundar la exigencia de su cumplimiento, aunque no haya sido establecido en el contrato, sin necesidad de recurrir a la buena fe. En el ejemplo citado anteriormente, cuando en un contrato determinado sus partes crearon una obligación de dar, sin decir palabra alguna sobre la entrega de lo que debe ser dado, para el acreedor que se encuentra en el caso de un deudor que habiéndole dado la cosa, se niega a entregársela³⁵, es suficiente fundar su deman-

necesarias dos apreciaciones: la primera concerniente al vínculo entre la cosa de la cual se trata y la naturaleza de la obligación; la segunda, que efectivamente la buena fe obliga a esa cosa. Otro asunto es que aquello que los medievales denominaron *naturalia negotii* históricamente correspondan a ciertas obligaciones que en el Digesto aparecen atribuidas a la buena fe por los juristas, como se ve en D. 21, 1, 31, 20 (Ulp., 1 *aed. cur.*): “*Quia adsidua est duplae stipulatio, idcirco placuit etiam ex empto agi posse, si duplam venditor mancipii non caveat: ea enim, quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei iudiciis debent venire*” (“Como es frecuente la estipulación del duplo, plugo por ello que también pudiera ejercerse la acción de la compra, si el vendedor del esclavo no diera la caución por el duplo: pues aquellas cosas que son de los usos y costumbres deben entrar en los juicios de buena fe”). El texto se refiere al saneamiento de los vicios redhibitorios del esclavo vendido. En el primer derecho clásico, la obligación a tal saneamiento era accidental, vale decir, las partes tenían que establecerla especialmente mediante ciertas estipulaciones (por lo general prometiendo el vendedor el doble del precio si había vicios), sin las cuales no existía. En el texto, Ulpiano parte por reconocer que estas estipulaciones del duplo eran muy usadas, y concluye que, aun sin ellas, la obligación de sanear el vicio puede ser exigida por la *actio ex empto*, fundando su decisión en que lo establecido por los usos y costumbres entra en el ámbito de los juicios de buena fe. Ello significa, pues, que, aun cuando no se hubiera caucionado la inexistencia de vicios, si los hubo, el comprador puede demandar su saneamiento con la acción de la compra. Los medievales consideraron a esta obligación como perteneciente a los *naturalia*, lo que equivale a una obligación legal disponible (pues, para ellos, D. 21, 1, 31, 20 era precisamente una ley), y así continúa hoy. Con ello, la obligación al saneamiento quedó extraña del ámbito de la buena fe, pues ahí en donde actúa la ley como fuente de obligaciones no necesita actuar la buena fe en el mismo sentido. Por lo mismo, si actúa la buena fe, es porque hace defecto la ley. Esta es la única manera de mantener uno de los contenidos que el artículo 1.546 CCCh. da a la buena fe y de evitar convertirlo en superfluo.

³⁵ Como ocurre si el acreedor hace la inscripción del inmueble, que en Chile tiene valor de tradición y, por ende, lo da, pero enseguida se rehúsa a entregarlo, vale decir, a traspasarlo físicamente al acreedor.

da en la ley del artículo 1.548, sin necesidad alguna de basarla en la buena fe que rige al contrato según el artículo 1.546, aunque sea cierto que la entrega de la cosa dada es algo que por la citada ley pertenece a la obligación de dar.

Esta falta de necesidad de recurrir a la buena fe para que lo legalmente establecido vincule (con independencia de si integra los *naturalia* del contrato o de si es cosa perteneciente a la obligación), deriva en último término del cambio sufrido por la ley moderna en relación con la ley romana. Antes vimos que esta última frecuentemente requería de excepciones expresas para resultar aplicable, a reserva, sin embargo, de los juicios de buena fe, en que se permitía una alegación directa. En los modernos derechos codificados, las leyes no exigen excepciones para resultar invocables y aplicables, y, sin embargo, se mantuvo la reserva concerniente a la buena fe, de que las cosas legales no expresadas obligan merced a aquella, como si todavía existiera la regla de que fuera de la buena fe, las leyes no podrían ser aplicadas sino mediante excepciones procesales.

Concluimos, así, que “las cosas que por la ley pertenecen a la obligación”, cual otro capítulo a que la buena fe obliga, es hoy algo del todo superfluo, pues igual vinculan sin recurso a la buena fe.

c) En fin, la buena fe también obliga a aquellas cosas que por la costumbre pertenecen a la obligación.

Este es un capítulo interesante e importante en un régimen, como el chileno, que solo admite la costumbre *secundum legem* en materia civil, de modo que aquella constituye derecho únicamente cuando la ley se remite a ella (artículo 2 CCCh), y además *praeter legem* en materia comercial, de guisa de suplir la costumbre el silencio de la ley (artículo 4 CComCh).

Cuando la ley civil indica precisamente que en determinada hipótesis se aplicará la costumbre, en realidad sigue siendo superflua la consideración de unas cosas que pertenecen a la obligación merced a la costumbre y que obligan en virtud de la buena fe, aunque no se expresen, según el artículo 1.446 CCCh, porque aun sin esta norma es suficiente el artículo 2 CCCh y la ley que remite específicamente a la costumbre, para tener por vinculantes las cosas que esta atribuye a la obligación. En materia comercial, aunque no haya ley que remita a una costumbre, basta el artículo 4 CComCh. Como ilustración, consideremos el artículo 1.944 CCCh: “*El pago del precio o renta [sc. del arrendamiento] se hará en los períodos estipulados, o a falta de estipulación, conforme a la costumbre del país...*”. Supongamos que en un contrato de arrendamiento de un bien raíz urbano, sus partes no fijaron los períodos de pago de la renta acordada. Como, para tal caso, la ley del artículo 1.944 remite a la costumbre, esta constituye derecho en los términos del artículo 1. En Chile, la costumbre es que las rentas del arrendamiento de predios urbanos se pague mensualmente y por anticipado, y tal ha de ser, pues, la regla aplicable al contrato del ejemplo, merced únicamente a los dos artículos precedentemente citado. No es, por tanto, necesario acudir al artículo 1.546, y razonar así: por la costumbre de Chile, es cosa perteneciente a la obligación del arrendatario pagar la renta acordada por períodos mensuales y anticipadamente.

Pero cuando en materia civil no hay ley que específicamente remita a una costumbre —lo cual es casi normal—, el capítulo concerniente a ella en el artículo 1.546 cobra una relevancia superior. Pues, en efecto, podemos considerar que esa norma opera, en materia obligacional, una remisión genérica y abierta a la costumbre, en cuanto esta efectivamente haga que ciertas “*cosas*” pertenezcan a una obligación, las cuales “*cosas*”, así, resultan vinculantes merced a la buena fe con que todo contrato debe ejecutarse, y que no vincularían por no haber ley específica que remita a la costumbre. Si es así, como lo es, el campo de aplicación de la costumbre se ensancha considerablemente, y no es menester buscar una remisión específica y concreta a ella para hacerla aplicable en materia obligacional, pues siempre lo es en los términos del artículo 1.546. Dicho de otra manera, en esa materia, la ley, representada por el citado artículo, siempre se remite a la costumbre.

Ilustremos esta conclusión con un ejemplo. Como se sabe, en materia de arrendamientos de inmuebles urbanos, existe la costumbre en Chile de que el arrendatario confiera una

garantía de conservación del inmueble al arrendatario, consistente en la entrega al comenzar el contrato, de una cantidad de dinero igual a un período de renta. No hay contrato que se celebre sin esta garantía. Pero ella no está regulada ni prohibida en la ley. Supongamos que dos personas llegan a un acuerdo de arrendamiento en sus términos esenciales, que ya constituye contrato, pero omiten tratar el tema de la garantía. Posteriormente, el arrendador exige al arrendatario que le otorgue la garantía usual. ¿Diremos que no existe la obligación de otorgarla, puesto que ella no es legal ni fue establecida en el contrato? Pensamos que en virtud del artículo 1.546, el arrendatario está obligado a otorgarla, pues admitiendo la garantía sin dificultad alguna su calificación de “cosa que por la costumbre pertenece a la obligación del arrendatario”, la buena fe con que debe ejecutarse el contrato de arrendamiento lo obliga a ella, vale decir, a otorgarla. Solo una cláusula expresa con que se lo eximiera lo liberaría de esta obligación³⁶.

d) En fin, conviene aclarar que las “cosas” a que se refiere el artículo 1.546 CCCh, lo mismo que las “suites” del artículo 1.135 CCFr³⁷, no son necesariamente obligaciones en el sentido técnico de esta palabra, aunque, por cierto, pueden serlo. Estas cosas suelen ser, pues, efectos, nulidades, inoponibilidades, extinciones y también obligaciones. En el derecho romano esto es clarísimo. Si, por ejemplo, las partes de un depósito acordaban que el depositario no respondería de la pérdida dolosa del objeto entregado en guarda, y, perdido el objeto, el depositante ejercía su acción para demandar una indemnización aduciendo haber sido dolosa la pérdida, cuando el depositario le opusiera el pacto, el recurso a la buena fe implicaba dejarlo sin efecto³⁸. Aquí no hay modo de ver una *obligatio* del depositario. Ahora bien, como es correcto decir que el depositario que invoca semejante pacto contraviene a la buena fe, también es posible decir que la buena fe obliga al depositario a no invocar el pacto. Pero entonces usamos la expresión “obliga” no en el sentido técnico que supone la deuda de una prestación, sino en una acepción general que tan solo implica “sujeción o vinculación”, como cuando decimos que las leyes “obligan” aunque no haya obligaciones en el sentido del derecho privado.

Esto vale para el derecho moderno y conviene tenerlo presente para no limitar el campo de acción al que se refieren las “cosas” que obligan según la buena fe en el artículo 1.546 CCCh.

II. LA BUENA FE SUBJETIVA EN EL CÓDIGO CIVIL DE CHILE

1. En el tema de la llamada buena fe subjetiva, el código chileno también ofrece una norma, que no bien literalmente tenga alcance delimitado, se presta para acordarle uno más general. La encontramos en el artículo 706: “*La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio. Así en los títulos traslativos de dominio la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato*”.

La disposición aparece localizada en el título 7º, rubricado *De la posesión*, del libro II, y fue escrita para desarrollar los requisitos de la posesión regular, que el artículo 702 inciso 2º define como “*la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe...*”. Del justo título tratan los artículos 703 a 705, y en el 706 se empieza con el requisito de la buena fe, en los términos antes transcritos. Para componerlo, Bello tuvo a la vista las exposiciones de

³⁶ Con lo cual es perfectamente lícito decir que la obligación de otorgar garantía de conservación el arrendatario es una cosa de la naturaleza del contrato de arrendamiento. Mas no porque haya una ley que en esta materia se remita a la costumbre, sino por la presencia de la remisión genérica del artículo 1.545 en conexión con el artículo 2.

³⁷ Véase la nota 7.

³⁸ En el derecho romano, la ineficacia de un pacto destinado a condonar el dolo futuro deriva de la buena fe (D. 16, 3, 1, 7; 50, 17, 23). En el derecho moderno, de la ley (artículo 1.465 in fin CCCh).

Pothier sobre la materia³⁹, pero la redacción es del todo original. En el código francés, la buena fe no aparece definida.

De acuerdo con esta disposición, pues, hay una buena fe que consiste en una conciencia, o en un estado de conciencia. Por eso suele llamársela subjetiva. En materia posesoria, esta conciencia es sobre: i) haber adquirido el dominio de la cosa, ii) haberlo adquirido por medios legítimos; iii) haberlo adquirido exento de fraude; y iv) haberlo adquirido exento de todo otro vicio. Como se trata de una conciencia, ninguno de estos extremos necesitan ser reales. Si todos o algunos son falsos, pero el poseedor tiene conciencia de ser verdaderos, es decir, cree que lo son, se dice que le asiste la buena fe. De hecho, es tal lo que ocurre cuando un poseedor alega la prescripción ordinaria (artículo 2.507). Esta buena fe posesoria, en el sentido literal del artículo 706, comparece en numerosas disposiciones del código⁴⁰.

Pero, además, ese cuerpo legal invoca la buena fe, o la mala fe, en otras tantas normas que nada tienen que ver con la posesión. Serán suficientes algunos ejemplos.

Así, el artículo 122: *“El matrimonio nulo, si ha sido celebrado ante Oficial de Registro Civil, produce los mismos efectos civiles que el válido respecto del cónyuge que, de buena fe y con justa causa de error, lo contrajo”*.

También el artículo 1.455 inciso 2º, que trata de la persona con quien alguien erradamente contrató, en circunstancias de haber sido la consideración de determinada otra persona la causa principal del contrato (inciso 1º). Pero entonces, dice aquella norma, *“la persona con quien erradamente se ha contratado, tendrá derecho a ser indemnizada de los perjuicios en que de buena fe haya incurrido por la nulidad del contrato”*.

Asimismo, el artículo 1.814 inciso 3º: *“El que vendió a sabiendas lo que en el todo o en una parte considerable no existía, resarcirá los perjuicios al comprador de buena fe”*.

Es claro que en todos estos casos, y en varios otros⁴¹, las respectivas normas discurren sobre la base de una “conciencia” o estado de conciencia. Solo que ahora no se refieren a *“haberse adquirido el dominio de una cosa”*, como en el artículo 706, sino a la situación tipificada en cada una. En el caso del artículo 122, el estado de conciencia atañe a haberse celebrado un matrimonio válido (que era empero nulo); en el caso del artículo 1.455, ese estado concierne a haber sido el contratante perjudicado la persona correcta con quien su contraparte tuvo intención de negociar (no obstante no haber sido la persona correcta); en la hipótesis del artículo 1.814 inciso 3º, el estado de conciencia del comprador atañe a haber existido la cosa que compraba (no obstante no haber existido).

Sobre la base de referir la conciencia a cada situación tipificada, todavía podemos agregar las demás circunstancias que el artículo 706 añade a *“la conciencia de haberse adquirido el dominio de una cosa”*, a saber: i) la de haberse empleado medios legítimos; ii) la de no haber habido fraude; y iii) la de no haber habido ningún otro vicio, cuando, en cualquier caso, sea procedente exigir uno de estos extremos, según la naturaleza de la situación. Así, en el caso del artículo 1.814 inciso 3º, el comprador de que ahí se trata está de buena fe no solo si tuvo la conciencia de existir la cosa que compró, más también, copulativamente, si, por ejemplo, no se valió de maquinaciones para inducir al vendedor a contratar.

III. LA UNIDAD DE LA BUENA FE

1. A partir de este ejemplo podemos ahora descubrir que la llamada buena fe subjetiva, definida en materia posesoria por el artículo 706 en términos que analógicamente son

³⁹ R.J. POTHIER, *Traité de la prescription*, párrafos 28 - 35. Véanse los artículos 842 a 844 del *Proyecto de Código Civil* de 1853, en que Pothier es citado constantemente.

⁴⁰ Véanse los artículos 94 N° 5, 646, 669, 702 inciso 2º, 900 inciso 4º, 906 inciso 2º, 907 inciso 3º, 909, 911, 1.267, 1.490, 1.687, 1.853, 1.913 N° 3, 2.202, 2.303.

⁴¹ Véanse también los artículos 1575 inciso 3º, 1.576 inciso 2º, 1.626 N° 6, 1.916 inciso 2º, 1.925 inciso 2º, 2.058, 2.070 inciso 3º, 2.202, 2.300 inciso 2 - 2.302, 2.339, 2.406 inciso 3º.

generalizables a cualquier otra situación en que se exija buena fe, es en realidad subjetiva tan solo en cuanto la disposición la hace consistir en una “conciencia” o en un estado de conciencia del sujeto sobre determinada situación (“conciencia de haberse adquirido el dominio”). Pero no bien atendemos al proceso genético de esa conciencia, observaremos que esa buena fe es paladinamente objetiva.

La buena fe objetiva queda adecuadamente caracterizada también como “normativa”, en cuanto se la concibe como un paradigma con el cual se contrasta la conducta de un agente negocial. Cuando este infringe ese paradigma, surge el efecto desde el cual la considera el artículo 1.546 CCCh, esto es, el efecto obligacional extendido a más de lo expresado en el contrato⁴², que conduce a una condena, si hubo transgresión del paradigma. Ahora bien, cuando el artículo 706 describe a la buena fe como la conciencia de haberse adquirido el dominio i) por medios legítimos; II) exento de fraude; y iii) exento de todo otro vicio, aunque se trate de una conciencia (que incluso podemos transformar en creencia⁴³), ella debe haberse formado a partir de la conducta del poseedor cuando celebró o actuó el modo de adquirir de que se trate. Su conducta no tuvo que ser ilegítima, ni fraudulenta ni viciosa. Esto implica la existencia de un paradigma con el cual juzgar la conducta del agente en función de determinar la real existencia de esas irregularidades. Una vez comprobado haber habido legitimidad, falta fraude y ausencia de vicios, nos situamos en el plano de la conciencia del poseedor para decir que, en cuanto conciencia de lo que fue su conducta y actuación, es conciencia de haberse adquirido por medios legítimos y sin fraude ni vicios. Puede acaecer, empero, que la conducta del poseedor haya sido objetivamente ilegítima, fraudulenta o viciosa. Entonces, el agente tendrá que tener conciencia de ello, y decimos que está de mala fe, cuando en realidad queremos decir que se comportó contra la buena fe (llamada objetiva). Si no tiene tal conciencia pese a la irregularidad de su conducta, es porque padeció un error de hecho, que le hizo perder conciencia de la ilegitimidad, del fraude o del vicio objetivamente existentes, creándole una falsa conciencia de legitimidad, de ausencia de fraude o de ausencia de cualquier otro vicio. Error que tiene que haber sido “justo”, esto es no reprochable, de donde que nuevamente deba ser examinada la concreta conducta del agente que se trata en vistas a la valoración positiva del error en que incurrió, para que no obste a la buena fe, porque el artículo 706 inciso 3° CCCh precisamente dice que solo: “Un justo error en materia de hecho no se opone a la buena fe”. Seguimos diciendo, pues, que el agente está de buena fe, cuando nuevamente queremos decir que no infringió la buena fe (llamada objetiva).

Si, por ende, la buena fe subjetiva, aunque se la haga consistir en una conciencia, depende, en final de cuentas de un paradigma de valoración de la conducta del agente, no hay una diferencia esencial entre esta y la objetiva, que también supone un paradigma con el cual se valora la conducta contractual⁴⁴.

2. Así era en el derecho romano. Históricamente, la buena fe posesoria fue un derivado de la buena fe contractual. Tal se ve, por ejemplo, en la fórmula de la *actio Publiciana*, destinada a defender la posesión *ad usucapionem*. Ella, como es sabido, rezaba así: *Si quem hominem As. As. bona fide emit et is traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem de quo agitur eius ex iure Quiritium esse oporteret...*⁴⁵. El pretor mandaba al juez, pues, que investigara si una cosa (un esclavo en el ejemplo formulario) fue comprada de buena fe por el

⁴² Véase I, 1, b) *in fine*.

⁴³ Cfr. artículo 707 inciso 2° que habla de “persuasión”: “Así en los títulos traslaticios de dominio la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato”.

⁴⁴ Podría, pues, decirse que la llamada buena fe subjetiva es el efecto o reflejo que la buena fe objetiva produce en la conciencia de un agente. Tal es lo que el artículo 707 define.

⁴⁵ “Si Aulo Agerio compró de buena fe un esclavo y le fue entregado, suponiendo que lo hubiese poseído durante un año y entonces ese esclavo del cual se trata hubiera debido ser suyo de acuerdo con el derecho de los *quirites*...”. Esta fórmula aparece en Gai 4, 36, aunque ahí se no se menciona a la buena fe, que el comentario *ad edictum* de Ulpiano, no obstante, supone (D. 6, 2, 7, 11): véase O. LENEL, *EP.* 3, § 60, p. 171.

actor y si le fue entregada, lo que implicó haberla empezado a poseer; y, en el caso positivo, le ordenaba fingir que esta posesión hubo de extenderse durante un año (que era el tiempo exigido para la usucapición de los muebles), para que enseguida determinara si en tal evento el objeto hubiera sido suyo por derecho (en la práctica, si la cosa fue hábil para ser usucapida). En tal caso, el demandado o actual poseedor debía ser condenado y el demandante o ex poseedor (Aulo Agerio) ganaba el juicio.

En esta fórmula, pues, se ve clara la conexión entre la buena fe contractual y la buena fe de la posesión y la usucapición. El poseedor que perdió la posesión y quiere recuperarla tiene que haber “comprado de buena fe”. Si la poseyó por menos de un año, se considera como si la hubiese usucapido. Si la poseyó durante un año, la usucape realmente (y puede entablar además la *rei vindicatio*). Pero la buena fe de su compra a efectos de la usucapición, de base ficta o bien real, no es distinta de la buena fe que se estima en cualquier litigio relativo al contrato de compra mismo, iniciado con la *actio empti* o la *actio venditi*. Si, por ejemplo, el comprador actuó con dolo en ese contrato, con base en el mismo dolo resultará vencido tanto en la *actio Publiciana* como en la *actio empti*. Nosotros desdoblamos la exigencia del pretor de haber “comprado de buena fe” en dos requisitos: justo título (compra) y buena fe, y al hacerlo, la buena fe posesoria empieza a recorrer un camino propio, como subjetiva, lo que tiende a independizarla de la buena fe contractual (objetiva), en circunstancias de ser ambas una y la misma.

3. Antes dijimos que el artículo 1.546 CCCh define a la buena fe por su efecto, consistente en ampliar el círculo de obligaciones a más allá de lo expresado en el contrato, pero no declara qué sea la buena fe en sí misma⁴⁶. Tampoco el artículo 706 propiamente define a la buena fe en sí misma, sino por su reflejo en la conciencia del agente. Pero no deja de proporcionar algunos elementos que denuncian la existencia del contenido de un paradigma que es en lo que la buena fe estriba. Esos elementos son la legitimidad de los medios, la ausencia de fraude y la ausencia de vicios, que no hay cómo dejar de reconocer que asimismo cumplen su función en materia de contratos e integran la buena fe exigida en su ejecución por el artículo 1.546.

En consonancia, por lo demás, con el derecho romano. Leemos, en efecto, en D. 17, 2, 3, 3 (Paul., 32 ed.): “*fides bona contraria est fraudi et dolo*”⁴⁷. Paulo hablaba del contrato de sociedad, no de la posesión. Pero él mismo sí hablaba de la posesión cuando escribió en el texto que nos conserva D. 50, 17, 136 (Paul., 18 ed.): “*Bona fides tantumdem possidenti praestat, quantum veritas*”⁴⁸. Y es fácil demostrar que ambos pasajes dicen lo mismo, en la medida en que el fraude y el dolo también pueden caracterizarse como ocultamiento de la verdad.

De esta manera, los aludidos elementos que el código proporcionan en tema de la llamada buena fe subjetiva, son también válidos en materia de la llamada buena fe objetiva. Una prueba más, de la radical unidad de ambas.

⁴⁶ Véase I, 1, b).

⁴⁷ “La buena fe es contraria al fraude y al dolo”. Cfr. D. 18, 1, 68 pr.; 50, 17, 152, 3.

⁴⁸ “La buena fe tanto concede al poseedor cuanto la verdad”.