

LA ASIMILACIÓN DE LA CULPA GRAVE AL DOLO EN LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL EN CHILE¹

*Cristián Banfi del Río*²

Licenciado en Derecho por la P. Universidad Católica de Chile,
Abogado, Magíster en Derecho

RESUMEN DE LA TESIS (HIPÓTESIS, COMPROBACIÓN Y CONCLUSIONES)

1. La culpa grave es un estándar derivado del dolo. En el derecho romano clásico el dolo incluía diversos comportamientos contrarios al deber de lealtad, tanto los que se identificaban con la intención de perjudicar al acreedor como los incumplimientos conscientes o voluntarios. En algún momento –probablemente en el derecho postclásico, vía interpolaciones al Digesto– este dolo elástico fue reducido al *animus nocendi*. Para impedir que otras formas de infracción contractual igualmente odiosas (antes cubiertas por ese dolo elástico) quedaran impunes, alguien inventó la culpa lata y la asimilación³.

2. La culpa lata es una nueva denominación de esa zona del dolo que fue excluida y, en general, corresponde a su faz objetiva. Comprende incumplimientos muy graves por su naturaleza y sus consecuencias que revelan una total desconsideración del interés que el acreedor ha perseguido satisfacer mediante el contrato, despreocupación (u omisión de la diligencia *quam in suis*, esto es, poner menos cuidado en lo ajeno que en lo propio) que corresponde a una voluntad frontalmente contradictoria con la promesa asumida. La culpa lata es dolo (*culpa lata dolus est*) y es una proyección de este en el plano objetivo: es un hecho objetivamente indistinguible del doloso (lo cual es muy importante porque, como se dice, “*los hechos hablan por sí solos*”)⁴, y es la forma de probar el dolo.

En efecto, el dolo solo puede acreditarse indirectamente, mediante presunciones, y la culpa lata es su presunción por excelencia. Por eso no hay una diferencia ontológica entre el dolo y la culpa grave; aunque es evidente que la tontera no es lo mismo que la malicia, lo que ocurre es que esa diferencia tan clara en el plano conceptual se hace difusa en la realidad: la culpa lata termina siendo la manifestación externa del dolo.

Y la equiparación se justifica como recurso práctico, que facilita la represión del dolo. En efecto, el juez rara vez declarará que un determinado incumplimiento es doloso –en Chile se ha hecho en contadas oportunidades– resultándole más cómodo, menos comprometedor y

¹ Este artículo es una adaptación de la segunda parte de la tesis (“*La asimilación de la culpa grave al dolo en la responsabilidad contractual*”) de grado de Magíster en Derecho defendida en enero último por el autor.

² El autor es Licenciado en Derecho por la P. Universidad Católica de Chile, Abogado, Magíster en Derecho (con mención en Derecho Privado) por la Escuela de Graduados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y Ayudante del Departamento de Derecho Privado de dicha Facultad.

³ Las referencias a aforismo, adagio, máxima, equiparación, asimilación, equivalencia, regla asimilativa o regla equiparativa, se entienden hechas a la equiparación de la culpa lata al dolo.

⁴ Cfr. MITTEIS, citado por BUCKLAND, W.W. y ARNOLD D. MCNAIR, K.C., LL.D. *Derecho Romano y Common Law. Una comparación en esbozo*. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 2ª edición inglesa revisada por F.H. Lawson, D.C.L., traducción española por Ignacio Corrales, Madrid (1994), p. 248.

más seguro calificarlo como gravemente culpable, sin perjuicio de atreverse a señalar que por eso “cabe presumirlo doloso”. Aunque el sentenciador no diga esto último, por el solo hecho de determinar que hubo culpa lata implícitamente habrá quedado demostrado el dolo y se aplicarán las consecuencias de este: solidaridad pasiva, agravación de la responsabilidad contractual, exclusión de las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

3. Por cierto que la extensión del concepto de dolo repercute en la equiparación: si los jueces osan declarar el dolo contractual, dándole un alcance extenso, la asimilación perderá utilidad. Pero no hay indicios para que ello ocurra, de manera que en el estado actual de la cuestión en Chile la regla del artículo 44 Código Civil⁵ sigue teniendo utilidad.

Pothier es bien claro en este punto: la culpa lata forma parte del dolo⁶. Por eso, en los contratos que solo interesan al acreedor y en los que solo se exige al deudor obrar de buena fe, la división tripartita desaparece: solo hay dolo (manifestado en la culpa lata) y culpa (leve o levísima).

Por mi parte he procurado llevar esta clasificación a todo contrato, de modo que el verdadero límite que el juez tiene que trazar es entre el dolo —que se probará con el incumplimiento objetivamente grosero— y la culpa ordinaria. Es más, si la culpa lata no fuera dolo, Pothier no habría podido sostener que ella contradice la buena fe; por eso, la idea de que la tontera se asimila a la maldad es solo una forma de expresarse. Lo que en realidad se quiere es sancionar el dolo e impedir que el deudor se camufle en su aparente estulticia.

Esta distinción de Pothier no fue considerada en el Código Civil y por eso es que la mayoría sostiene que la culpa grave se presume conforme al artículo 1547. Sin embargo, como la culpa lata es la expresión visible del dolo de todos modos debe probarse. La asimilación es absoluta. En efecto, debe probarse precisamente para desvirtuar la presunción general de la buena fe. El punto es que probando la culpa lata, pruebo el dolo.

4. Por otra parte, por efecto de su equiparación, el dolo y la culpa lata son agravantes de la responsabilidad contractual. Una voluntad tan contradictoria con el contrato termina por destruirlo, de manera que se anula el vínculo jurídico previo que servía de soporte a la indemnización normal, compensatoria, comprensiva solo de los perjuicios previsibles, dado que en ese caso se atendía a lo que las partes razonablemente esperaban obtener del cabal cumplimiento del contrato, es decir, como sostienen Fuller y Perdue⁷ (y también Fried)⁸, se trata de dejar a las partes en la situación en que se encontrarían *después* de haberse cumplido las obligaciones prometidas.

En cambio, el dolo y la culpa lata rompen esa proporcionalidad entre la indemnización y la culpa; ellos hacen que haya que ir más allá, indemnizando al acreedor todos los perjuicios que sufrió como consecuencia directa del incumplimiento, para dejarlo en una posición similar a la que se encontraba *antes* de contratar o, lo que es lo mismo, como si no hubiese contratado, operando así el mismo principio de la responsabilidad aquiliana ex art. 2329 CC.

5. En suma, la equiparación es un recurso de política legal creado para tutelar más eficazmente el crédito. La culpa lata no se distingue fácticamente del dolo, ni interiormente tampoco: psicológica y moralmente el no querer cumplir porque “no me conviene” es tan contrario a la buena fe o lealtad que el ser más despreocupado que el mayor de los imbéciles.

⁵ En adelante, “CC”.

⁶ Cfr. POTHIER, Robert Joseph. *Tratado de las obligaciones*. Ed. Bibliográfica Argentina, no se informa el traductor, B. Aires (1961), p. 554: “la prestación del dolo, que tiene lugar en los contratos que no exigen sino la buena fe, comprende bajo el término dolus no solamente la malicia y el deseo de perjudicar, sino también la falta grave... como está opuesta a la buena fe requerida en el contrato y es en este sentido que las leyes dicen que lata culpa comparatur dolo, lata culpa dolus est”.

⁷ FULLER, Lon L.; PERDUE, William R. *Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza*. Traducción y comentario de derecho español por José Puig Brutau. Ed. Bosch, Barcelona (1957), pp. 45 y 48, entre otras.

⁸ Cfr. FRIED, Charles. *La obligación contractual. El contrato como promesa*. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, (1996), traducción de Pablo Ruiz-Tagle V., p. 37.

I. INTRODUCCIÓN

1. El artículo 44, inciso 2º, parte final, del Código Civil, refiriéndose a la culpa grave o lata, dispone: “*Esta culpa en materias civiles equivale al dolo*”. La norma consagra el clásico adagio, proveniente del derecho romano, que se expresa bajo la fórmula latina *culpa lata dolus est* o *culpa lata dolus aequiparatur*.

2. El precepto ofrece un vasto campo de asuntos que analizar, ya que la equiparación entre un estándar jurídico –la culpa lata–⁹ y un concepto jurídico –el dolo–¹⁰ se produce, nada más ni nada menos, que en “materias civiles”.

No obstante el extenso alcance que, *prima facie*, reviste la asimilación, ciertamente el interés y la discusión mayoritarios de la dogmática giran en torno a la vigencia de esta regla en la responsabilidad contractual. Por este motivo me concentro en este ámbito, sin perjuicio de las necesarias referencias a ciertos aspectos vinculados con el derecho de daños, en donde se reconoce la influencia de la graduación de la culpa y, por ende, de la asimilación, en la fijación del *quantum* indemnizatorio.

3. Aunque prácticamente no hay manual o tratado de derecho civil chileno que deje de referirse a la equiparación en la responsabilidad contractual, el análisis de los problemas que plantea la máxima ha sido más bien tangencial, circunscribiéndose a sus consecuencias y prescindiéndose de un punto previo y de superior importancia: el origen de la regla y las posibles razones para adjuntar los efectos del incumplimiento doloso a la infracción contractual caracterizada por la extrema negligencia del deudor. Esta constatación ha sido mi principal motivación para afrontar este tópico, tarea en la que me asiste un interés esencialmente dogmático.

En el Código Civil, el adagio *culpa lata dolo aequiparatur* tiene una vigencia innegable: es reconocido en una norma general, ubicada en el Párrafo 5º del Título Preliminar, el que trata de la definición de varias palabras de uso frecuente. Sin embargo, justamente por estar consagrado en términos tan amplios, se ha considerado innecesario analizar los fundamentos de la regla; los comentaristas nacionales se han contentado con referirse a sus efectos, señaladamente a la necesidad de probar el dolo y de presumir la culpa grave (ex arts. 1547-1680 y 1459 CC), de prohibir la condonación anticipada de uno y otra (cfr. art. 1465 CC), de agravar la indemnización de los perjuicios (cfr. art. 1558 CC) y de imponer la obligación (indemnizatoria) solidaria tratándose de dos o más deudores incurso en dolo o en culpa lata (ex art. 2317 inc. 2º CC)¹¹.

4. Los propósitos perseguidos por medio de este trabajo son los siguientes:

- a) destacar que el dolo y la culpa grave, aunque conceptos diferentes, son a tal punto similares que, exteriormente apreciadas, se identifican, siendo en extremo dificultoso distinguir las conductas constitutivas de uno y otra. Esta razón, unida a la complejidad de demostrar

⁹ Por estándar aludo a un tipo de norma, diversa del concepto jurídico, que remite a un parámetro o criterio que permite exigir un comportamiento adecuado en un contexto particular. Como dice Esser, “*el standard proporciona un criterio, por el procedimiento de remitir a las concepciones vivientes de lo que es valor, deber o diligencia, o también por inclusión de un concepto valorativo que ha de ser substanciado a discreción del juez*”. ESSER, Joseph. *Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado*. Ed. Bosch, traducción de la edición alemana por Eduardo Valentí, Barcelona (1961), p. 124.

¹⁰ El dolo pertenece a la categoría de los conceptos jurídicos normativos: “*aquellos que, en oposición a los conceptos descriptivos, apuntan a datos que no son simplemente perceptibles o experimentables, sino solo (pueden) ser imaginados y comprendidos en conexión con el mundo de las normas*”. ENGISCH, Karl. *Introducción al Pensamiento Jurídico*. Ed. Guadarrama, traducción de la edición alemana por Ernesto Garzón V., Madrid (1967), p. 142. La normatividad de esta noción, como también la del estándar de la culpa grave en la ejecución del contrato, se traduce en un proceso valorativo que en cada caso realiza el juez, examinando la situación planteada ante sí antes de decidir si se configura un incumplimiento doloso o gravemente negligente.

¹¹ De ahí la importancia de analizar el derecho comparado (cfr. español, francés e italiano), en el cual el aforismo no cuenta con un reconocimiento legal explícito ni en términos tan generales como en nuestro país, sin perjuicio de lo cual es objeto de investigación y de aplicación por la jurisprudencia, motivada por establecer las razones para la afirmación del aforismo. Estas materias se analizan en la primera parte de la tesis citada en la nota 1.

la intención o elemento psicológico del dolo, conduce lógicamente a presumir doloso el incumplimiento del deudor caracterizado por una conducta desusadamente negligente, amén de admitir, siquiera teóricamente, la prueba que el deudor pretenda rendir en su defensa;

b) mostrar que la extensión de la noción de dolo incide en forma “inversamente proporcional” en el alcance de la máxima asimilativa: mientras más estricto sea el concepto de dolo, mayor posibilidad habrá de aplicar sus propias sanciones a las conductas gravemente culpables. Por el contrario, una definición amplia de dolo comprendería comportamientos que, en otro caso, serían incluidos en la culpa grave, pudiendo llegarse al extremo de la desaparición de esta categoría y, consecuentemente, al desuso de la regla asimilativa contenida en el artículo 44 CC;

c) enfatizar que tanto la conducta dolosa como aquella caracterizada por una grave negligencia atentan contra el principio de la buena fe, el que deviene en una importante justificación del adagio *culpa lata dolus est*.

Si el dolo es, por antonomasia, el opuesto a la buena fe, la culpa grave, producto de su equiparación a aquel, también debe considerarse que colisiona con dicho principio. Esto permite sostener la estrecha vinculación o retroalimentación de los principios jurídicos: el adagio es una forma de protección de la buena fe y esta justifica, en considerable medida, la vigencia del aforismo;

d) mostrar que en el derecho europeo continental la asimilación trasciende su carácter de regla y se erige como un principio general, pese a que, a diferencia del derecho patrio, no está plasmada en una norma positiva de alcance universal;

e) remarcar que, como consecuencia de su identidad real, de su idéntica reprochabilidad y de la dificultad para diferenciarlo en la práctica del comportamiento doloso, el incumplimiento contractual teñido de una grave imprudencia merece el mismo tratamiento jurídico:

e.1) subrayar que, mientras la responsabilidad contractual se funda en la infracción de la promesa voluntariamente asumida por el deudor –por lo cual deberá indemnizar al acreedor todos los perjuicios previstos o previsibles al tiempo del contrato–, la culpa grave y el dolo son factores que –atendida su naturaleza reprochable y atentatoria de la palabra empeñada– la agravan, incrementando la indemnización de perjuicios más allá del límite normal constituido por lo que las partes razonablemente esperaban obtener con el cumplimiento del contrato.

Por una parte, esto significa que el acreedor-víctima tiene derecho a una indemnización integral (perjuicios previstos e imprevistos), el cual obedece al principio *alterum non laedere*. Por otra, el dolo y la culpa lata obstan a la validez de los pactos exoneratorios o limitativos de responsabilidad, bajo sanción de nulidad absoluta de los mismos por ilicitud del objeto. En efecto, su perpetración vulnera el mínimo de diligencia exigible al deudor, transgrediendo así la obligación, fundamento de la responsabilidad;

g) asumiendo que el adagio es una excepción a la presunción general de la buena fe, señalar la necesidad de que el acreedor demuestre la culpa grave en la medida que quiera aprovecharse de las consecuencias que derivan de su asimilación al dolo, evitándose la discriminación arbitraria respecto del acreedor quien debe probar este último;

h) destacar que, aunque económicamente puede ser conveniente asegurar la responsabilidad derivada de la culpa lata, diferenciándola así del dolo, existe una necesidad ético-jurídica de preservar la asimilación incluso en esta perspectiva, toda vez que la infracción contractual extremadamente grave no es más que un sucedáneo del incumplimiento malicioso y que, como este, debe ser desalentado.

5. Este trabajo se enmarca dentro de las siguientes proposiciones o hipótesis:

“La culpa lata es un estándar de diligencia mínimo configurado por la entidad de la infracción contractual y por la gravedad de sus efectos, que resulta ser una proyección del dolo: culpa lata dolus est.

“La asimilación de la culpa lata al dolo es una regla general cuya justificación descansa: en la similitud fáctica de ambas formas de incumplimiento agravado, haciéndolos externamente semejantes; en la dificultad para probar el dolo; en la necesidad de reprimir ambos comportamientos por cuanto se oponen a la obligación voluntariamente asumida –fundamento de la responsabilidad– y a la buena fe.

“La equiparación tiene un alcance práctico: permite sortear el peligro que supone dar por establecido directamente el dolo. En efecto, el dolo es un concepto que, por amplio que sea, obliga a valorar la intencionalidad o conciencia del deudor. La asimilación es el medio para dar aplicación al dolo y a los efectos a él asociados, sin necesidad de demostrar su faz psicológica por cuanto se presume incorporada en y es inferida de la culpa lata. “El sentido de la regla asimilativa es sancionar el dolo valiéndose de un estándar objetivo, la culpa lata, que externamente es idéntica, por lo que cabe presumir que el deudor se condujo intencionalmente. Esta presunción normalmente no podrá desvirtuarse y, aunque se desvirtúe, no impedirá la aplicación de los efectos previstos por el ordenamiento contractual para la conducta dolosa, porque en todo caso habría un incumplimiento teñido de incuria.

“Ex ante, la asimilación permite invalidar las cláusulas restrictivas de responsabilidad; ex post, agrava a esta última. Por ello, si el acreedor demanda una reparación integral, deberá probar la culpa grave del deudor.”

II. APROXIMACIÓN A LOS CONCEPTOS DE DOLO Y DE CULPA LATA

1. Las definiciones que reflejan las dos principales tendencias de la doctrina y de la jurisprudencia nacionales sobre la noción de dolo pueden refundirse, *mutatis mutandis*, en la idea de *conducta positiva (acción) o negativa (omisión) ejecutada con intención o con conciencia de causar daño a otra persona o de procurarse un beneficio personal*¹².

Las divergencias surgen en torno a la impronta del dolo, vale decir, a su *elemento psicológico o subjetivo*.

a) Para una mayoría, el dolo se caracteriza por la intención o el propósito deliberado, consciente y determinado para conseguir un fin concreto, normalmente una ventaja económica personal y que se traduce en un perjuicio para el acreedor. Los actos dolosos *“que producen un daño injusto”*¹³ son ejecutados *“con el propósito de perjudicarlo”*¹⁴ para *“eludir el cumplimiento de su obligación”*¹⁵.

Precisamente, el móvil es *“dañar a la persona o propiedad de otro”*¹⁶, según dispone el inciso final del artículo 44 CC¹⁷. Aunque la intención se exterioriza en vías de hecho,¹⁸ de todas formas prima sobre la gravedad de las conductas¹⁹.

¹² *“El dolo, en consecuencia, tiene dos elementos: uno psicológico, que consiste en la intención de engañar, el dolo es esencialmente un acto intencional; un segundo elemento, material, es la forma de realizar ese engaño”.* DUCCI CLARO, Carlos. *Derecho Civil. Parte General*. Ed. Jurídica de Chile, 3ª ed, Stgo. (1994), p. 256.

¹³ CHADWICK VALDÉS, Tomás. *De la Naturaleza Jurídica del Dolo Civil*. Memoria U. de Chile, Imprenta Dirección General de Prisiones, Stgo. (1938), p. 29.

¹⁴ CLARO SOLAR, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Ed. Nascimento, T. XI, De las Obligaciones, Stgo. (1937), p. 220.

¹⁵ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *Derecho Civil*. Ed. Zamorano y Caperán, 3ª ed., 2º año, 1ª Parte, Teoría de las Obligaciones, Stgo. (1939), p. 76.

¹⁶ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*. Imprenta Universitaria, Stgo. (1943), p. 163. Véanse también ABELIUK MANASEVICH, René. *Las Obligaciones*. Ed. Jurídica de Chile, 3ª ed, Stgo. (1993), T. I, p. 177; y MEZA BARROS, Ramón. *Manual de Derecho Civil. De las Obligaciones*. Ed. Jurídica de Chile, 8ª ed, Stgo., (1992), p. 265.

¹⁷ *“El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”.*

¹⁸ Cfr. ALESSANDRI, *Derecho Civil...*, ob. cit., p. 69.

¹⁹ Cfr. PESCIO V., VÍCTOR. *Manual de Derecho Civil. Teoría General de los Actos Jurídicos y Teoría General de la Prueba*. Ed. Universo, Stgo. (1948), p. 85.

En este sentido, nuestros tribunales han sostenido que el dolo implica “*la intención positiva de inferir daños*”²⁰; una “*voluntad concreta y demostrada en hechos precisos que, sin lugar a dudas, establezcan la intención dañada del sujeto en algún acto encaminado claramente a perjudicar a otro*”²¹, exteriorizado en “*actos que demuestren el propósito de dañar a otro*”²². Esa intención, que debe ser probada en los hechos, puede consistir en el conocimiento de una situación específica (mala fe), vgr. la enfermedad padecida por el interesado al tiempo de contratar un seguro²³.

Este elemento le distingue de la culpa. En efecto, “*en el dolo hay intención deliberada de dañar injustamente a otro, mientras que en la culpa solo hay descuido o negligencia*”²⁴.

En este contexto, es importante destacar el rol que juega la inteligencia en cuanto componente de la intención y la relación de género a especie entre voluntad e intención: “*La intención se relaciona con la inteligencia en cuanto esta le proporciona la representación de un objetivo, y con la voluntad, mucho más estrechamente, ya que la intención no es más que la voluntad de producir una determinada consecuencia. La intención dolosa exige que el objetivo representado por la inteligencia y querido por la voluntad, sea el causar daño a otro, el constituirse a sí mismo como causa de injuria en la persona o propiedad de otro*”²⁵.

El sector doctrinario en comentario analiza los elementos de la definición legal del dolo:

- i) *Intención*, entendida en su sentido natural y obvio, conforme al artículo 20 CC, es “*la determinación de la voluntad hacia un fin, el deseo de ver realizada una determinada consecuencia*”²⁶. En cambio, la voluntad se relaciona exclusivamente con el acto, lo que impide su examen jurídico pues no consiste sino en “*el querer aplicado a una situación o hecho determinado, con abstracción de las consecuencias que puede provocar*”²⁷. El acto intencional, por el contrario, “*tiene en sí un valor propio*”²⁸.
- ii) *Positiva* apunta a la exteriorización de la intención y a la necesidad de verificarla en los hechos: “*es menester que la intención se traduzca en algo real y efectivo, porque el dolo es la intención positiva, es decir, real y manifiesta, traducida en vías de hecho*”²⁹. Asimismo, el término no se refiere al hecho (por oposición a la omisión), sino a lo “*cierto, efectivo, verdadero y que no ofrece duda. Lo que la ley quiere es que esa intención se manifieste o aparezca en forma tal que no haya duda de su existencia y*

²⁰ C. S., 06.01.1920, Revista de Derecho y Jurisprudencia (en adelante, “RDJ”), T.18, sec. 1ª, p. 405.

²¹ C. A. Iquique, 08.11.1926, RDJ, T. 27, sec. 1ª, p. 440.

²² C. S., 01.07.1954, RDJ, T. 51, sec. 1ª, p. 343.

²³ Cfr. C. A. Valparaíso, 29.12.28, RDJ, T. 29, sec. 1ª, p. 377. Antes se había resuelto que el contrato era rescindible “*si el asegurado procedió dolosamente, es decir, con conocimiento de que sus declaraciones sobre el estado de salud eran falsas*”. C. A. Santiago, 22.10.1904, RDJ, T. 3, sec. 2ª, p. 58.

²⁴ BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo. *Curso de Derecho Civil Segundo Año*. Ed. Nascimento, 1ª Parte, Vol. II, Stgo. (1932), pp. 77-78. Véase: MORENO ARAYA, Galvarino. *La Teoría de la culpa en el Código Civil*. Memoria U. de Chile, Establecimiento Gráfico Boletín Comercial, Stgo. (1927), p. 4; CLARO, ob. cit., T. XI, p. 498.

²⁵ CABEZÓN B., Pedro. *Estudio Crítico de la jurisprudencia nacional en los arts. 1458 y 1459 del Código Civil*. Memoria U. de Chile, Ed. Universitaria, Stgo.... (1961), p. 41.

²⁶ ALESSANDRI, *De la Responsabilidad*..., ob. cit.... p.163.

²⁷ CHADWICK, ob. cit.... pp. 43-44.

²⁸ Id., p. 44.

²⁹ ALESSANDRI, *Derecho Civil*, ob. cit.... p. 84. En igual sentido: “*lo positivo es lo cierto, efectivo, verdadero, que no tiene duda. La expresión tiene un origen matemático. En esta ciencia se la empleó para designar lo real o afirmativo, en oposición a negativo, esta noción de lo positivo debe considerarse como un aporte definitivo de la filosofía de Comte a todas las ciencias, especialmente cierto en lo que respecta a la interpretación del texto de nuestro Código. Su autor, que no fue ajeno a la influencia de Comte, no ignoraba que, en su época, el empleo de la terminología de este filósofo en un sentido diferente al dado por él habría inducido necesariamente a un error, debido al ascendente que dicha filosofía había alcanzado sobre los sociólogos y juristas de su siglo*”. CHADWICK, ob. cit., pp. 47-48.

*esto es posible, sea que el dolo consista en un hecho o en una abstención*³⁰. Con mayor precisión, “*significó claramente con ello que no solo debía ser real, afirmativa, cierta, verdadera, sino además, que debía comprobarse su existencia objetivamente... Si la intención debe probarse objetivamente, los hechos que la constituyen deben bastar para demostrarla, sin que deba recurrirse a supuestos inaccesibles de un subjetivismo irreal e incierto*”³¹. Este rasgo se encuentra íntimamente relacionado con la exigencia de probar el dolo (ex art. 1459 CC). La dificultad para demostrar su elemento interno y la casi imposibilidad de establecerlo directamente, obliga a recurrir a los hechos en que se manifiesta, por medio de una apreciación in concreto³²;

- iii) *Inferir* es sinónimo de causar o irrogar. Debe existir un nexo de causalidad entre el hecho y el daño, por una parte, y entre los elementos interno y externo del dolo, por otra. La palabra en comento expresa “*el nexo consubstancial entre la intención y la injuria... la voluntad debe hallarse positivamente determinada en orden a un fin que por sí mismo injurie o, a lo menos, sea la causa de una injuria*”³³;
 - iv) *Injuria* generalmente está ligada al perjuicio, sea que consista en la lesión del derecho ajeno³⁴ o en la obtención de un provecho por su autor³⁵. Sin embargo, también es concebida como injusticia; así, el dolo sería la intención de quebrantar la ley, concepto eminentemente penal³⁶. En efecto, desde la *Lex Aquilia* la injuria se refiere a cualquier clase de daño provocado sin o contra derecho, pero la injuria tiene un plus con respecto al perjuicio y él radica en la actividad: “*Se requiere, además, una actividad que tenga por fin llevarla a cabo. En ello radica la diferencia entre la injuria y el daño, y es lo que presta al concepto su verdadera importancia en la definición de dolo... aparece como equivalente externo de la intención, de manera que ninguno de ellos puede concebirse independientemente. Así como no puede existir intención dolosa sin exteriorizarse en hechos positivos, tampoco el daño o perjuicio proveniente del hecho ilícito bastan para constituir injuria en ausencia de aquella intención*”³⁷.
- b) Ahora bien, existe un sector que acoge la teoría de la representación, ampliándose los supuestos de dolo con actos que no son estrictamente intencionales y que podrían quedar cubiertos en la culpa lata.

En base a Giorgi, el profesor Fueyo sitúa al dolo como el máximo nivel de culpabilidad, que supone la previsión efectiva del incumplimiento y del daño, aunque no la intención. Es suficiente la conciencia de incumplir, la voluntad “*consciente de producir un resultado injusto y dañoso*”³⁸.

³⁰ ALESSANDRI, *De la Responsabilidad...*, ob. cit., pp. 167-168. Opinión que cuenta con un claro respaldo jurisprudencial: “*el dolo por su naturaleza y objeto es un concepto o apreciación jurídica que debe deducirse de algún hecho o conjunto de hechos que comprueben claramente la intención positiva y maliciosa de causar daño al otro contratante*” (C.S., 06.01.1920, RDJ, T. 18, sec. 1ª, p. 405).

³¹ CHADWICK, ob. cit., p. 48.

³² “*La intención y gravedad de las maniobras será apreciada por el juez tomando en consideración los hechos mismos como las condiciones personales de la víctima*”. PESCIO, ob. cit., p. 82.

³³ CHADWICK, ob. cit., p. 51.

³⁴ Cfr. PESCIO, ob. cit., p. 81.

³⁵ El dolo es “*ese grado de voluntad, rebelde, de no cumplir, sabiendo el deudor recalitrante los efectos, que pueden ser de perjuicio al acreedor y/o de beneficio para sí. Con mayor probabilidad esto último, por ser siempre más interesante al espíritu egoísta de los hombres*”. FUEYO LANERI, Fernando, *Derecho Civil*. Ed. Roberts, T. IV, De las Obligaciones, Vol. I, Stgo. (1958), p. 292.

³⁶ Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán. *De la Ignorancia de la Ley. El principio de su inexcusabilidad*. Ed. Jurídica de Chile, Stgo. (1987), p. 233.

³⁷ CHADWICK, ob. cit., pp. 76-77.

³⁸ FUEYO, ob. cit., p. 291.

El profesor Rodríguez plantea que la intencionalidad es absorbida por la previsibilidad. La intención está “*subsumida en la aceptación del daño que, a ciencia y conciencia, aunque no se desea, se sabe que ocurrirá y se admite este resultado*”³⁹. Entonces, el dolo es “*la conciencia de que una acción u omisión de que soy autor, es idónea para provocar un daño, unido a la certeza de que este se producirá*”⁴⁰.

Este concepto comprende el dolo eventual, pues “*lo que interesa es que el acto que causa daño sea, a los ojos de su autor, idóneo para alcanzar este fin, así solo se trate de una probabilidad*”⁴¹. Y se diferencia de la culpa pues en esta no se prevé o, derechamente, se rechaza el daño (culpa consciente o con representación)⁴². En el dolo eventual “*el resultado dañoso posible es aceptado como contingente por el autor, el cual, pudiendo romper la cadena causal para evitarlo, lo acepta y lo admite, aun cuando como improbable*”⁴³, idea que guarda correspondencia con el dolo eventual aplicable en el derecho penal⁴⁴.

De este modo se plantea que el concepto de dolo tradicional es excesivamente apegado a la letra de la ley, deviniendo en “*una intención maliciosa que va más allá de la representación del daño y su aceptación*”⁴⁵. Así, la prueba del dolo se hace extremadamente compleja “*salvo cuando el autor de él confesara, lo que es casi imposible de concebir*”⁴⁶. Este *animus nocendi* lo torna un concepto impracticable: “*es muy extraño encontrar un deudor que deja de cumplir, pudiendo hacerlo, con el propósito de perjudicar al acreedor, salvo que se trate de una personalidad perversa. Lo que en la vida real sucede es otra cosa. El deudor deja de cumplir para conseguir una ventaja, un provecho, una ganancia o un lucro personal, aun a costa del perjuicio del acreedor, a quien no desea perjudicar, pero acepta hacerlo en función de sus intereses*”⁴⁷.

Baraona, quien también sigue a Giorgi, sostiene que “*la noción misma de dolo en materia de incumplimiento contractual ha sido replanteada, y hoy no existe consenso en torno a la clásica idea de voluntariedad de la acción, conocimiento de la ilicitud e intención dañosa, para fundar la responsabilidad por este factor, y muchos piensan que en materia contractual es más bien la voluntaria inexecución del deber de prestación, sin ser precisa la intención dañosa, bastando la deliberada decisión de no cumplir aunque sea motivada por un beneficio propio*”⁴⁸.

³⁹ RODRÍGUEZ, Pablo. *La obligación como deber de conducta típica (La teoría de la imprevisión en Chile)*. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Stgo. (1992), p. 34.

⁴⁰ Id., p. 35. Luego señala que “*el dolo consiste en la representación del efecto dañoso de nuestro actuar (acción u omisión), unida a la certeza (dolo directo o mediato) o la mera probabilidad admitida (dolo eventual) de que el efecto se produzca y siempre que el daño en el patrimonio o la persona ajena se consume*”. Id., p. 46.

⁴¹ Id., pp. 37-38.

⁴² En contra, se ha resuelto que “*un elemento esencial para calificar de culposa una acción u omisión es, precisamente, la previsibilidad de los resultados que traerán aparejados tales conductas*”. C. A. Stgo., 18.03.1996, RDJ, T. 93, sec. 2°, considerando 3°, p. 32.

⁴³ RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 38.

⁴⁴ “*La doctrina predominante está acorde en que el agente delictivo responde a título de dolo eventual por los efectos concomitantes de su acción cuando en el marco de su plan, si bien no desea particularmente que estos se produzcan, ha contado con que ello acontezca, con el carácter de algo que es más que una simple posibilidad y menos que una probabilidad absoluta, subordinado este resultado al buen éxito del móvil ilícito en el que tiene realmente interés*”. C. S., 17.09.1996, RDJ, T. 93, sec. 3°, pp. 183-184. “*Actúa con dolo eventual el sujeto que no se atribuye oportunidad real o efectiva de evitar el resultado, sino lo deja al azar. Si en la especie no solo la posibilidad de lesionar sino, también, la de dar muerte a otro debieron estar presentes en la mente del procesado, obró con dolo eventual*”. C. S., 25.04.1998, RDJ, T. 95, sec. 4°, p. 45.

⁴⁵ RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 49.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Ibid.* Más adelante expresa: “*La inmensa mayoría de los autores de dolo son personas que buscan su provecho personal, aun cuando para conseguirlo pasen por encima del daño ajeno. Aquí está la raíz del dolo. El autor consigue invariablemente un beneficio ilegítimo, un provecho que tiene su origen en el perjuicio (empobrecimiento) ajeno, lo cual, unido a la representación cierta del daño, configura un obrar doloso en los tres ámbitos ya referidos*”. Id., p. 104.

⁴⁸ BARAONA GONZÁLEZ, Jorge. *Responsabilidad Contractual y Factores de Imputación de Daños: Apuntes para una relectura en clave objetiva*. Revista Chilena de Derecho, Vol. 24, N° 1 (enero-abril 1997), p. 155.

Ahora bien, aunque se postule un concepto amplio de dolo –incumplimiento consciente, animado por el deseo de alcanzar un beneficio económico particular y con prescindencia de la satisfacción del interés del acreedor– sigue siendo problemático establecerlo en juicio, de manera que el estándar de la culpa lata es una buena forma de superar esta dificultad. En efecto, si de acuerdo con la ley “*se debe tratar de la misma manera los comportamientos calificados como gravemente negligentes*”⁴⁹, lo primero que deberá sondear el intérprete es si los hechos son constitutivos de culpa lata y solo en caso negativo el acreedor tendría que demostrar el *animus nocendi*: “*Combinando ambas ideas, creo que es lícito afirmar que el elemento psicológico o intencional del dolo, para nuestro Código solo tiene importancia cuando la acción que materialmente constituye la infracción contractual no pueda ser calificada de culpa grave, pues, de serlo, basta tal calificación para beneficiarse de las consecuencias del dolo, con tal que se pruebe el hecho*”⁵⁰.

A mi entender, si la infracción contractual no puede ser calificada como gravemente negligente, las posibilidades de que el sentenciador derechamente emplee el término “incumplimiento doloso” quedarán reducidas al mínimo. Prácticamente el dolo no podrá ser sancionado. Y esto porque el incumplimiento gravemente negligente es en definitiva doloso.

De alguna forma Alessandri llega a esta misma conclusión. La cuestión sobre si hay o no dolo o sobre si el agente pudo prever el resultado perjudicial, pero sin desearlo, a juicio del ilustre decano “*carece de interés práctico: en tales casos seguramente habrá culpa lata o grave, ya que quien obra a conciencia de que su acción u omisión ha de causar un daño, omite en realidad aquel cuidado y diligencia que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus actos o negocios, y esta culpa en materias civiles equivale al dolo*”⁵¹. Aunque se entiende formar parte de la estructura de la regla asimilativa, faltó señalar que, para cualquier observador externo, esa omisión inexcusable constituye dolo.

En este sentido, resulta esclarecedor corroborar que, si para la jurisprudencia nacional es difícil dar por establecido el dolo específico del delito de estafa, cuando de incumplimiento de obligaciones se trata⁵², la misma dificultad debiese trasladarse a la esfera civil. Ante tales situaciones es más seguro (y coherente con la teoría de la unidad del dolo civil y penal) entender configurado un incumplimiento gravemente culpable.

c) A pesar de las diferencias en cuanto al contenido o extensión, se acepta la unidad fundamental del dolo en el campo civil (en sus tres manifestaciones) a partir de su definición legal⁵³. Incluso algunos sostienen la unidad del dolo civil y penal, afirmándose que su naturaleza “*es siempre la misma. Que se le califique de dolo civil o de dolo criminal supone que su autor ha obrado intencionalmente, y por consiguiente, le es en todos los casos imputable*”⁵⁴.

Por eso, el dolo se adapta a las más variadas situaciones y siempre obliga a restablecer la situación anterior, vía reparación integral de los daños. El dolo siempre queda sujeto a las mismas reglas⁵⁵.

⁴⁹ Id., p. 173.

⁵⁰ *Ibíd.*

⁵¹ ALESSANDRI, *De la Responsabilidad...* ob. cit., pp. 168-169.

⁵² “*Tanto la doctrina cuanto la jurisprudencia coinciden en que son elementos del tipo penal de la estafa, el engaño y el perjuicio patrimonial. No se sanciona, consiguientemente, el hecho de causar perjuicio a la contraparte gracias al incumplimiento de un contrato, sino al hecho de perjudicarlo engañándolo. Si de los hechos establecidos en la sentencia solo aparece el incumplimiento de obligaciones contractuales entre el cliente y la institución financiera acreedora; y en manera alguna un engaño causante del perjuicio debe desestimarse el recurso*”. C. S., 12.12.1994, RDJ, T. 91, sec. 4°, p. 150.

⁵³ “*La definición del inciso final del artículo 44 del Código Civil unifica o reúne los tres aspectos que puede tomar en el campo civil*”. RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 33.

⁵⁴ CLARO, ob. cit., T. XI, p. 236.

⁵⁵ Cfr. ABELIUK, ob. cit., T. II, pp. 676-677.

Para Chadwick la unidad del dolo emana de su naturaleza delictual, que permanece cualquiera sea el campo en que se aplique: “*Perpetrado con ocasión de la celebración del contrato o de su ejecución, o cometido en relaciones extracontractuales, el dolo fue el nuevo delito civil por antonomasia, el delito innominado, aquel que existía siempre que se dañara a una persona con intención de hacerlo*”⁵⁶.

La mejor demostración de su carácter “delictivo” es que el dolo produce sus efectos por sí mismo, en forma autónoma, con abstracción del régimen de responsabilidad en que se aplique: “*En ello va envuelta una verdad axiomática, porque solo lo que existe es capaz de producir efectos. Esta es la razón por la cual cobra especial importancia la forma en que nuestro Código se refiere al dolo. A través de las numerosas disposiciones que de él se ocupan de una manera expresa se va diseñando con inconfundible uniformidad una característica sobresaliente*”⁵⁷.

Esta unidad fundamental del dolo se extiende a la culpa grave. La equiparación también produce sus efectos con prescindencia del régimen de responsabilidad; existe en cuanto regla general a la que el código reconoce un extenso ámbito de aplicación, en (todas) las “materias civiles”.

d) En mi opinión, el dolo es la infracción voluntaria de la obligación en que incurre el deudor, generalmente porque le conviene o beneficia. Solo en ciertos supuestos muy particulares, rayanos en lo ilícito penal, el deudor actúa con malicia o intención dañina respecto de su acreedor.

Un concepto amplio de dolo se aviene más a la realidad de las cosas. Pero frente a una interpretación literalista del artículo 44 CC, preconizada hasta ahora por la jurisprudencia nacional, línea que perfectamente podría mantenerse, considero que es la regla asimilativa la que permitirá tutelar eficazmente el crédito, imponiendo al deudor incurso en culpa lata una indemnización integral. En efecto, siendo la culpa grave un comportamiento objetivo, lo normal es que su demostración sea mucho más fácil que la del dolo constreñido al *animus nocendi*⁵⁸, e incluso sería más prudente dar por establecido un caso de culpa grave que el de un dolo amplio.

Precisamente la consagración legal del adagio, a diferencia de los códigos europeo-continentales estudiados, sumada al concepto estricto de dolo, formulado en el mismo precepto, es una señal para que los tribunales den aplicación a la máxima, sin necesidad de verse expuestos a “forzar”, como bien pudiesen pensar, el concepto de dolo.

Finalmente, desde un punto de vista material, las disquisiciones conceptuales se disipan por cuanto el dolo, estricto o amplio, lo mismo que la culpa grave, se exterioriza en hechos concretos difícilmente diferenciables entre sí. La distinción aparece al momento de atribuir esos hechos a una supuesta intencionalidad, cuya verificación es siempre compleja. Por eso, la “culpa lata” y su configuración práctica permiten sortear esa dificultad.

2. Por el contrario, la doctrina y la jurisprudencia chilenas no dudan en identificar la culpa con la falta de cuidado y la ausencia de toda intención.

El concepto doctrinario de culpa, en lo contractual, es sintetizable como sigue: “*El incumplimiento de la obligación puede también estar exento de todo propósito malicioso de perju-*

⁵⁶ CHADWICK, ob. cit., p. 29.

⁵⁷ Id., pp. 78-79. Cfr. arts. 328, 968, 1116, 1117, 1208, 1234, 1237, 1301, 1351, 1458, 1459, 1465, 1558, 1680, 1685, 1691, 1748, 2260, 2261, 2288, 2459 y 2483, CC.

⁵⁸ Tan difícil es la prueba del elemento intencional, que el inciso 1° del artículo 1° del Código Penal ha revertido el *onus probandi*, presumiendo voluntarias las acciones u omisiones penadas por la ley, salvo que conste lo contrario. “*La culpa lata, en cambio, se puede desprender de antecedentes objetivos más fáciles de establecer; por ello nuestro criterio se funda también en la posibilidad o facilidad de la prueba*”. DUCCI, *Derecho Civil...*, ob. cit., p. 260.

*dicar al acreedor y no ser sino el resultado de la negligencia del deudor que temerariamente se comprometió a lo que no podía cumplir, o que culpablemente se ha colocado en situación de no poder pagar, ya sea porque no previó las consecuencias dañosas, debiendo o pudiendo hacerlo, ya sea porque confió, con imprudencia o ligereza, en que no se producirían*⁵⁹.

A su vez, la jurisprudencia define la culpa como “falta de previsión o cuidado... que produce un daño, sin intención de causarlo”⁶⁰; “producción de un resultado típicamente antijurídico que pudo y debió ser previsto y que, por negligencia, imprudencia o impericia del agente causa un efecto dañoso”⁶¹; “no previsión de lo previsible”⁶², “no haber previsto las consecuencias dañosas de la propia conducta”⁶³; “el sujeto, pudiendo representarse razonablemente una consecuencia dañosa si ejecuta un acto voluntario, lo realiza materialmente sin esa representación o reflexión; o previéndolo, lo ejecuta confiado en que dicho resultado no se producirá”⁶⁴; “actitud negligente y despreocupada del autor frente a las exigencias de cuidado del ordenamiento jurídico”⁶⁵; “falta de cuidado o diligencia que debió emplearse en el cumplimiento de la prestación debida”⁶⁶.

Para Rodríguez el deudor negligente olvida sus deberes y no adopta las precauciones que las circunstancias exigen, de modo que mal puede prever. En cambio, el deudor doloso prevé y se representa los efectos perjudiciales que su conducta puede causar al acreedor: “la representación del daño y su ratificación o aceptación nos introduce en el ámbito del dolo. Por consiguiente, para que exista culpa no es requisito que el sujeto que incurre en ella se represente mentalmente el daño o descubra la cadena causal que lo determina”⁶⁷.

Por otra parte, en nuestro sistema de responsabilidad la permanencia de la culpa es indiscutible, según reconoce con elocuencia el profesor Domínguez, para quien “una acción u omisión es culpable, cuando se aparta del cuidado que, en igual caso, habría tenido el modelo o estándar de conducta previsto por la ley”⁶⁸.

Como en el dolo, los autores coinciden en la unidad básica del concepto de culpa, unidad que reside en la falta de diligencia, sea en la responsabilidad contractual, sea en la aquiliana⁶⁹.

3. De conformidad con lo dispuesto en la primera parte del artículo 44, inciso 2° CC, “culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios”. Supone el menor grado de diligencia exigible que el deudor tendrá que observar, a falta de una estipulación distinta, en los contratos que miran en exclusivo beneficio del acreedor (cfr. art. 1547 CC).

La doctrina se ha limitado a explicar esta definición, con mediana profundidad. Interesa destacar los siguientes aspectos de estas explicaciones:

⁵⁹ GATICA PACHECO, Sergio. *Aspectos de la Indemnización de Perjuicios por Incumplimiento del Contrato*. Ed. Jurídica de Chile, Stgo. (1959), p. 119. Véanse definiciones de culpa en: MORENO, ob. cit., p. 3; BARROS, ob. cit., p. 78; CLARO, ob. cit., T. XI, pp. 497-498; ALESSANDRI, *De la Responsabilidad...*, ob. cit., p. 172, *Derecho Civil...*, ob. cit., p. 69, y *Curso de Derecho Civil*. Ed. Nascimento, 3ª edición, T. I, Vol. I, Stgo. (1961), p. 347; MEZA, ob. cit., p. 260; ABELIUK, ob. cit., T. I, p. 177; FUEYO, ob. cit., p. 283; GUZMÁN BRITO, Alejandro. *Derecho Privado Romano*. Ed. Jurídica de Chile, T. II, Stgo., (1996), p. 313.

⁶⁰ C. S., 07.04.1958, RDJ, T. 55, sec. 1ª, p. 35.

⁶¹ C. S., 24.10.1963, RDJ, T. 60, sec. 4ª, p. 459.

⁶² C. S., 24.03.1965, RDJ, T. 62, sec. 4ª, p. 31.

⁶³ C. S., 20.01.1975, Fallos del Mes, N° 194, sent. 3ª, p. 292.

⁶⁴ C. A. Pedro Aguirre Cerda, 05.11.1984, RDJ, T. 81, sec. 4ª, p. 287.

⁶⁵ C. A. Concepción, 07.11.1985, RDJ, T. 82, sec. 4ª, p. 288.

⁶⁶ C. S., 20.08.1994, RDJ, T. 91, sec. 1ª, p. 74.

⁶⁷ RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 51.

⁶⁸ DOMÍNGUEZ AGUILA, Ramón. *Aspectos Contemporáneos de la Responsabilidad Civil*. Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, N° 185, año 57 (enero-junio 1989), p. 117.

⁶⁹ Cfr. MORENO, ob. cit., p. 3; CLARO, ob. cit., T. XI, p. 519; FUEYO, ob. cit., pp. 283-284; MEZA, ob. cit., pp. 260-261; ALESSANDRI, *De la Responsabilidad...*, ob. cit., p. 172.

- a) la culpa grave es un comportamiento groseramente descuidado⁷⁰, que implica no entender lo que para cualquiera sería evidente e inteligible⁷¹ al extremo que hace presumir dolo en su autor⁷²;
- b) sin perjuicio que la prestación de la culpa varía según el interés que el contrato representa para el deudor, siempre debe prestarse el mínimo de atención, cuyo opuesto es la culpa grave. Por eso, no es condonable en forma anticipada⁷³;
- c) no observar el mínimo de cuidado en la ejecución de una obligación linda en el incumplimiento doloso⁷⁴: *“Significa un abandono gravísimo y tiene extraordinarios puntos de contacto con el dolo, como que nuestro Código dice que, en materias civiles, equivale al dolo”*⁷⁵.

De todas estas definiciones, es posible concluir que entre la culpa lata y el dolo no hay diferencias de fondo verificables fácticamente. Aunque en un nivel conceptual este último importa “intencionalidad” mientras aquella no, esto es un problema lingüístico. En efecto, por una parte se coincide que el incumplimiento grosero de las obligaciones hace presumir dicha intención; por otra, el dolo no se puede probar sino indirectamente, mediante presunciones.

En consecuencia, la mejor vía (tal vez la única) para acreditar el dolo es la culpa lata, estándar objetivo (cara objetiva del dolo) creado para superar la dificultad práctica de probar un elemento psicológico siempre incierto.

III. FUNDAMENTOS DE LA ASIMILACIÓN DE LA CULPA GRAVE AL DOLO

Por de pronto, la doctrina nacional es prácticamente unánime en sostener que la equiparación no es sinónimo de identificación del dolo y la culpa grave, sino solo apunta a la idea de similitud. *“Etimológicamente, equiparar quiere decir ‘disponer las cosas con ajuste, con simetría’. Viene del latín: igual, y par o pareja. En otras palabras, es hacer paralelos dos conceptos, considerándolos iguales entre sí, como si fueran iguales, previa comparación”*⁷⁶. Igualmente, se afirma: *“Que la culpa lata o grave equivale al dolo no quiere decir que*

⁷⁰ *“...una negligencia grosera que no cometen los hombres menos cuidadosos; y es ella la norma de la responsabilidad de que puede hacerse responsable al deudor cuando la obligación a su cargo es en beneficio exclusivo del acreedor, como ocurre, por ejemplo, en el depósito”*. CLARO, ob. cit., T. XI, p. 498.

⁷¹ *“Se distingue así una culpa lata calificada de “extremada negligencia” (nimia negligentia) y consiste en ‘no entender lo que todos entienden (non intellegere quod omnes intellegunt); ella es equiparada al dolus”* GUZMÁN, ob. cit., p. 320.

⁷² *“...hace ya concebir la intención positiva de dañar, de producir un perjuicio en el patrimonio ajeno. Sería tal, por ejemplo, el hecho de que una persona que tiene un terreno para el talaje junto a la vía férrea, no cerrara su predio, de tal manera que los animales se vieran expuestos a morir bajo las ruedas del tren”*. ALESSANDRI, *Curso de Derecho Civil*, ob. cit., p. 502. *“La culpa grave es, pues, el descuido mayúsculo, la negligencia máxima. El descuido es tan grande, la desidia tan completa que la actitud del deudor parece inspirada en el preconcebido propósito de dañar”*. MEZA, ob. cit., pp. 262-263. *“...es la que impone un cuidado menor al deudor... máxima negligencia; tan grosera que el legislador considera dolosa la actitud del deudor”*. ABELIUK, ob. cit., T. II, p. 680.

⁷³ *“El deudor es siempre responsable de la culpa grave, porque es la falta de aquel cuidado que emplean aun las personas negligentes en sus negocios propios, a tal punto que en materias civiles la ley la equipara al dolo; y no es lícito al deudor exonerarse de ella, aun cuando el acreedor esté en mora de recibir (arts. 1680 y 1827)”* BARROS, ob. cit., p. 81.

⁷⁴ *“La culpa lata o grave es la que impone menos responsabilidad al deudor, es aquella que exige al deudor el mínimum de cuidado, el mínimum de atención: el que responde de la culpa lata, deberá solamente abstenerse de ejecutar aquellos actos que sean de tal naturaleza que puedan asimilarse a la intención positiva de inferir injuria o daño en la persona o propiedad de otro”*. ALESSANDRI, *Derecho Civil*, ob. cit., p. 72.

⁷⁵ FUEYO, ob. cit., p. 286. *“Aquel que responde de culpa grave no se crea una gran preocupación. Deberá limitarse tan solo a no ejecutar aquellas actuaciones extrañas y más groseras que se equiparan a un obrar doloso”*. FUEYO LANERI, Fernando. *Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones*. Ed. Jurídica de Chile, 2ª edición, Stgo. (1991), p. 413.

⁷⁶ FUEYO, *Cumplimiento e Incumplimiento...*, ob. cit., p. 422.

*jurídicamente sean una misma cosa, porque eso sería hacer de dos instituciones distintas, definidas en términos distintos por la ley, una sola y única cosa. Esta interpretación no podría tener cabida en presencia del propio artículo 44 que nos ha definido de distinto modo la culpa lata o grave y el dolo*⁷⁷.

El planteamiento de los autores chilenos respecto de los fundamentos de la equiparación puede sistematizarse de la siguiente forma:

1. *La culpa grave, al igual que el dolo, se opone a la buena fe*

La culpa grave también se opone de alguna forma a esta “*idea de rectitud, de corrección, de lealtad*”⁷⁸, especialmente en su dimensión objetiva, en cuanto contradice el deber impuesto a los contratantes de “*comportarse correcta y lealmente en sus relaciones mutuas, desde el inicio de los tratos preliminares y hasta momentos incluso ulteriores a la terminación del contrato*”⁷⁹. Como el dolo, la culpa lata transgrede esta “*moral del deber*”, cuyo fin es “*excluir el abuso y la mala fe y no de prescribir el altruismo y la perfección*”⁸⁰.

a) El análisis de la historia fidedigna del establecimiento del artículo 44 CC permite percibirse que don Andrés Bello siguió en esta materia a Pothier, quien justificó la asimilación precisamente en la transgresión de la buena fe también presente en la infracción contractual cometida con culpa grave.

El antecedente se encuentra en el artículo 42 del Proyecto de 1853, que en su parte pertinente expresaba: “*Esta culpa se opone a la buena fe, y en materias civiles equivale al dolo*”.

Asimismo, en el texto del referido proyecto se observa una nota de Bello a la sección final del Tratado de Pothier: “*Pot., Observaciones generales, al fin de su tratado de las Obligaciones. Siempre que no se fije otra regla, se entenderá que en los negocios que miran al solo interés del acreedor, se exige al deudor la buena fe, y no se le hace responsable sino de la culpa o descuido grave*”⁸¹.

Por último, originalmente el inciso primero del artículo 1547 CC, contemplado en el Título XI, artículo 4º, del Proyecto de 1847, disponía: “*La negligencia o culpa de que son responsables los contratantes es lata o grave, cuando no se emplea en cumplir el contrato aquel cuidado con que aun las personas negligentes suelen atender a sus propios negocios; esta negligencia es opuesta a la buena fe, y en materias civiles equivale al dolo*”⁸².

La doctrina nacional reitera esta idea de la común contradicción del dolo y de la culpa lata en relación con la buena fe, sosteniéndose que la negligencia grave “*es opuesta a la buena fe, ha dicho Pothier, inspirador de Bello a este respecto*”⁸³. En el mismo sentido, Chadwick observa: “*El artículo 44, como sabemos, tiene su fuente inmediata en la diserta-*

⁷⁷ ALESSANDRI, *Derecho Civil.*, ob. cit., p. 77.

⁷⁸ LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. *Los Contratos. Parte General*. Ed. Jurídica de Chile, 2ª edición, Stgo. (1998), T. II, p. 391.

⁷⁹ Id., p. 395.

⁸⁰ Id., p. 397, cfr. BARROS BOURIE, Enrique. *Derecho y Moral. Consideraciones a propósito del Derecho Civil y Penal de los Contratos*. RDJ, T. 80, 1ª parte, pp. 45-65, en especial p. 52. En efecto, a diferencia de la “moral de aspiración”, la “moral del deber” procura el respeto de las normas básicas para la convivencia entre las personas, manteniéndose la reciprocidad de las relaciones. Incurrir en culpa lata supone transgredir el estándar mínimo de diligencia exigible (moral del deber específica) en el cumplimiento de las obligaciones. Así, tal como acontece en la teoría de la retribución del derecho penal, en nuestro objeto de estudio es la naturaleza de la infracción contractual cometida lo que justifica la aplicación de una consecuencia jurídica más rigurosa que si se tratara de un incumplimiento puro y simple.

⁸¹ BELLO, Andrés. *Código Civil de la República de Chile*. Ed. Ministerio de Educación, Caracas (1954), T. I, p. 53.

⁸² Id., T. II, p. 470.

⁸³ MORENO, ob. cit., p. 11.

ción que sirve de apéndice al Tratado de las Obligaciones de Pothier. Nuestro legislador no se apartó de la noción subjetiva sustentada por el eminente tratadista, conservó literalmente la división tripartita de la culpa que aquel reproducía en su disertación, sin reparar que el propio Pothier observaba que esta división desaparecía en aquellos contratos en que solo se exigía la buena fe, en los cuales solo cabía una división bilateral”⁸⁴.

La verdad es que la única división que debe realizarse es entre el dolo –en el cual está comprendida la culpa lata– y la culpa ordinaria, cualquiera sea el sujeto en cuyo beneficio se haya celebrado el contrato, puesto que reconocido el dolo (o su manifestación externa, la culpa grave) son aplicables los efectos agravatorios *ex post* y *ex ante* contemplados en nuestro ordenamiento jurídico.

No queda entonces sino recordar las palabras de Pothier: *“La prestación del dolo tiene lugar en los contratos que no exigen sino buena fe, y comprende la expresión dolus no solamente la malicia y el ánimo de perjudicar, mas también la culpa grave, lata culpa, como contraria a la buena fe que se requiere en el contrato. En este sentido, dicen las leyes culpa lata comparatur dolo, lata dolus est”⁸⁵.*

Estas palabras son elocuentes: la máxima asimilativa es un recurso práctico, que se sirve de un medio lingüístico –la voz “culpa lata”– para en realidad aludir al dolo.

- b) Aunque tan solo sea en forma indirecta, Claro parece ser partidario de este argumento. Tras indicar que, a diferencia de la culpa, el dolo no se gradúa según el tipo de contrato (cfr. art. 1547), dado que este siempre debe ejecutarse de buena fe (a la que el dolo se contraponen), imponiendo sobre el deudor el deber de reparación integral de los perjuicios (cfr. art. 1558), concluye señalando: *“Por eso, la culpa lata que consiste en no emplear aquel cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia emplean en sus negocios propios, es equiparada al dolo, en materia civil”⁸⁶.*

Puede entonces deducirse que para el connotado civilista la equivalencia encuentra una justificación en la común oposición de la culpa lata y del dolo a la buena fe. Ello resulta avalado por la frase que inmediatamente precede a la arriba transcrita: *“...ya que si se responde de la falta de cuidado o diligencia que cada una de las partes debe emplear en la ejecución del contrato sin intención de dañar, naturalmente debe responderse de la voluntaria negligencia para perjudicar que es contraria a la buena fe contractual”⁸⁷.* Esta “negligencia voluntaria para perjudicar”, fácticamente, es indistinguible de la culpa grosera, lo que, sumado al antecedente histórico, confirma que ambos comportamientos son considerados similares, en parte, porque colisionan con la buena fe.

Aquí concurre un argumento del absurdo: si la culpa grave no fuera dolo, ¿cómo podría sostenerse que ella colisiona con la buena fe? ¿Cómo la torpeza va a ser lo mismo que la maldad? Es evidente que esa tontera es inaudita en cualquier sujeto normal, por lo que debe entenderse que responde a un obrar intencional o cuando menos consciente. Los signos exteriores son muy claros y hacen presumir el dolo; por eso es que puede decirse que la culpa lata se opone a la buena fe. Si la culpa lata fuese una entidad absolutamente diferente del dolo no podría sostenerse esta idea.

- c) Pero es Baraona quien derechamente destaca como sustrato de la equiparación la contradicción entre buena fe y culpa grave: *“El fundamento de fondo para asimilar la culpa grave con el dolo, aparte de la dificultad de prueba, está en que no parece compatible con una actitud de buena fe desplegar una conducta en términos que pueda ser calificada como culpa grave, más aún si el artículo 1546 CC obliga a las partes de un contrato a*

⁸⁴ CHADWICK, ob. cit., p. 175.

⁸⁵ Id., pp. 175-176.

⁸⁶ CLARO, ob. cit., T. XI, pp. 498-499.

⁸⁷ Ibid.

*ejecutarlo de buena fe, dándole un contenido más objetivo y menos psicológico a tal proposición, al afirmar que ello supone no solo cumplir con lo que en el contrato 'se expresa', sino además con las 'cosas' que emanan de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre le pertenecen. La infracción es tan grosera que no puede afirmarse que tal deudor esté al mismo tiempo de buena fe y en culpa grave, pues la buena fe supone respetar un mínimo que es el no actuar con culpa grave o dolo. La mala fe se prueba con tal comportamiento"*⁸⁸.

En efecto, "la mala fe se demuestra con ese comportamiento incurioso": esa conducta grosera es dolosa.

2. *La culpa grave se equipara al dolo en cuanto se manifiesta o exterioriza mediante los mismos signos*

a) El principal partidario de esta tesis en nuestra dogmática es Chadwick. Siguiendo a Jossierand y a los Mazeaud, considera el dolo desde una perspectiva objetiva, caracterizándolo como el delito civil por antonomasia, figura que condensa sus elementos interno y externo: la intención se hace indisoluble con el hecho –en este caso, el incumplimiento– del sujeto⁸⁹.

Para este autor, la equiparación de la culpa lata al dolo también responde a la apreciación objetiva del ordenamiento causal. Sin desconocer la diferencia terminológica entre el dolo y la culpa grave, advierte que "no por eso deja de ser evidente que el inciso 2° y el inciso final del artículo 44 tienen un mismo contenido si se les considera con el criterio objetivo que impone la noción de dolo en nuestro derecho"⁹⁰.

En efecto, para Chadwick los elementos subjetivo y objetivo del dolo se funden, pudiendo apreciarse externamente un hecho causalmente conectado con la injuria (proceso intencionado en orden a un fin).

Lo llamativo es que dicha imbricación y este proceso también se darían en la culpa lata. Cada vez que, en la realidad de los hechos, una persona no maneja los negocios ajenos siquiera con el mínimo cuidado que las personas imprudentes observan respecto de los propios, "el proceso causal que se inicia en la culpa grave o lata produce necesariamente la injuria del ofendido, porque solo en aquella sucesión de hechos puede tenerse la seguridad de que no hubiere sido la obra de una persona negligente en la atención de sus negocios propios"⁹¹.

En suma, el dolo y la culpa grave tienen un mismo contenido, que se manifiesta a través de los mismos hechos. Por esta razón, ambos deben producir efectos idénticos y deben asimilarse completamente: "si el dolo y la culpa grave se manifiestan por los mismos signos exteriores y producen los mismos efectos, no puede admitirse ninguna diferencia en ellos por la teoría objetiva que venimos desarrollando"⁹².

En apoyo de su tesis, Chadwick recurre a un argumento histórico y echa por tierra la tradicional y poco estudiada opinión de la mayoría de la doctrina nacional que niega la equiparación absoluta en atención a que el artículo 44 CC "define por separado" la culpa grave y el dolo. Chadwick sostiene que el código adoptó ciegamente la división tripartita de la culpa desarrollada por Pothier, sin percatarse que esta no operaba en los contratos que únicamente imponían sobre el deudor una actuación acorde a la buena fe. En estos últimos existía una división bipartita de la culpa: el deudor respondía del dolo (término que incluía a la culpa lata) y de la culpa (leve y levísima).

⁸⁸ BARAONA, ob. cit., p. 174.

⁸⁹ Cfr. CHADWICK, ob. cit., pp. 72-81.

⁹⁰ Id., p. 175.

⁹¹ Id., pp. 176-177.

⁹² Id., p. 177.

De este modo, al agregarse la definición del dolo a la clasificación tripartita, el legislador generó un precepto que induce a confusión, en el sentido que puede llevar a considerar que la culpa grave es diferente del dolo. Sin embargo, tomando la tradición que proviene de Pothier, el artículo 44 CC adquiere su correcto sentido: la culpa grave forma parte del dolo. A ello se añade que si esta conclusión era válida para los partidarios del subjetivismo, *a fortiori* debe aceptarse en la tesis objetivista propugnada por Chadwick, es decir, la unidad interno-externa del dolo también afecta a la culpa lata, todo lo cual significa que, en el terreno fáctico, se manifiestan en los mismos hechos y estos merecen un idéntico reproche⁹³.

En consecuencia, la intención (dolo) se hace indisoluble con el hecho (culpa lata lata). Este último es el signo objetivo del primero.

b) Es posible sostener que Alessandri comparte en alguna medida este punto de vista, al señalar que los comportamientos no estrictamente intencionales, que podrían subsumirse en el dolo eventual, desde una perspectiva práctica probablemente correspondan a la negligencia grave: *“quien obra a conciencia de que su acción ha de causar un daño, omite en realidad aquel cuidado y diligencia que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en su actos o negocios, y esta culpa en materias civiles equivale al dolo”*⁹⁴.

El párrafo citado es muy significativo, por cuanto si se compara con otras declaraciones del autor⁹⁵, permite colegir que, en el terreno objetivo, los hechos dolosos perfectamente pueden pasar por gravemente negligentes y viceversa.

Así, la diferenciación terminológico-conceptual establecida en el artículo 44 CC entre dolo y culpa lata, en la práctica, lejos de ser categórica, es compleja, y lo normal será reputar configurado un incumplimiento grosero pues ello no conlleva el riesgo de dar por existente un elemento psicológico tan difuso como es la intención. Se produce así una aproximación principalmente real de ambos institutos, pudiendo reputarse uno solo y, consecuentemente, recibir exactamente el mismo tratamiento jurídico en todas las materias civiles⁹⁶, con lo cual el verdadero alcance de la regla asimilativa supera con creces los tradicionalmente estrechos márgenes que la doctrina y la jurisprudencia nacionales le han impuesto.

3. *La asimilación basada en la presunción (simplemente legal) de dolo, contenida en la culpa lata*

Este argumento viene a ser consecuencia del anterior. Obedece a un mismo principio, aunque expuesto y matizado desde un enfoque diverso.

Claro es abiertamente proclive a la idea de presunción. Reconoce que la conducta gravemente negligente, observada en los hechos, es muy difícil de distinguir del incumplimiento doloso. Por ello, debe presumirse, en forma simplemente legal, que el deudor que falta a la diligencia mínima perfectamente pudo haber obrado con dolo, pues a este le resultaría cómodo esconder su intención bajo el ropaje de la estulticia, eludiendo de esa manera los efectos legales asociados al mismo. Sobre el particular, asevera: *“La culpa lata es equiparada al dolo en materias civiles porque la negligencia o la imprudencia cometida es de tal modo burda y grosera que es apenas creíble que su autor no haya deseado al obrar causar el daño que se ha realizado. Para que así sea es preciso suponer, según la definición de culpa lata dada por Ulpianus y Paulus, que la negligencia del deudor, es de tal manera extraordinaria que es incapaz de entender lo que todos los hombres entienden. Un individuo que así procede, estúpidamente, no podía dejar de ser tratado como el autor intencionado de su negligencia;*

⁹³ Id., p. 176.

⁹⁴ ALESSANDRI, *De la Responsabilidad...*, ob. cit., p. 169.

⁹⁵ *“Con toda razón, el legislador equipara, en materia civil, la culpa grave al dolo. Pero esto no quiere decir que ambos sean una misma cosa, ni que el hecho ilícito a que da origen esa culpa constituya un delito”*. ALESSANDRI, *Curso de Derecho Civil...*, ob. cit., p. 502.

⁹⁶ Véase letra b), N° 1, capítulo III, 2ª parte, sobre la asimilación en la responsabilidad extracontractual.

*de otro modo nada sería más sencillo, para evitar la responsabilidad, que invocar su ignorancia o falta de inteligencia: el autor de una culpa intencionada pretendería siempre que, sin duda, se ha conducido de manera absurda, que, sin duda, su acto parece ser el de un individuo que ha deseado el daño; pero que, si él es un imbécil, no es un malvado. Para cortar radicalmente esta defensa que no habría dejado de presentarse por cada autor de un delito, era necesario crear una presunción; y la ley supone que el autor de una culpa lata ha tenido en el hecho la intención de dañar. Pero esta presunción no es absoluta; no es una presunción iuris et de iure; y admite por lo tanto la prueba que la destruye, la prueba de que el deudor ha empleado la diligencia y cuidado a que el contrato lo obligaba; y que, si a pesar de haberlo empleado ha ocurrido un hecho que le ha impedido cumplir el contrato, él no es culpable*⁹⁷.

De la parte final de la cita puede colegirse que para desvirtuar la presunción del dolo el deudor tendría que acreditar que cumplió, o que no pudo cumplir por una circunstancia ajena a su voluntad o que, por último, si incurrió en culpa, esta no fue grave.

Entre otros autores que siguen estas ideas, pueden citarse los siguientes:

Alessandri, quien refiriéndose a la culpa lata, señala que *“podría decirse que hace ya concebir la intención positiva de dañar. Con toda razón, el legislador equipara, en materia civil, la culpa grave al dolo”*⁹⁸;

Meza, en cuyo concepto es *“razonable suponer que el deudor que procede con absoluta desidia, que no emplea el mínimo cuidado, que es groseramente descuidado, tiene la intención positiva o el propósito deliberado de eludir el cumplimiento de la obligación”*⁹⁹;

Abeliuk señala que la culpa grave no es intencional, *“pero como hay tanta negligencia es como si el deudor intencionalmente hubiese causado el daño”*¹⁰⁰;

en fin, también Rodríguez apunta a esta idea: *“quien incumple una obligación con este grado de culpa debe ser tenido como un incumplidor doloso”*¹⁰¹.

Solo quiero insistir que la destrucción de dicha presunción consistirá en demostrar que el deudor no solo no incurrió en dolo, sino que tampoco infringió en forma grosera sus obligaciones. En otras palabras, solo puede desligarse de los efectos especiales que la ley atribuye al dolo si prueba que cumplió, que no pudo cumplir por caso fortuito o que si incurrió en culpa, esta fue leve o levisima.

4. La culpa grave da origen a un comportamiento tan reprochable como el dolo

Este argumento evidentemente está conectado con los anteriores, principalmente con aquel en cuya conformidad la culpa lata también contradice la buena fe con que deben cumplirse las obligaciones y con el referido a su idéntica manifestación externa (reveladora de una identidad de sustancia). A lo que puede agregarse que la culpa grave obsta tanto al contrato como el dolo.

En estos términos, se sostiene que *“se debe tratar de la misma manera los comportamientos calificados como gravemente negligentes”*¹⁰² puesto que *“lo que el legislador y la norma han querido es sancionar a los que respondiendo de lo mínimo, quebrantan este exiguo deber de cuidado”*¹⁰³.

⁹⁷ CLARO, ob. cit., T. XI, p. 526. Citado también por GATICA, ob. cit., p. 126.

⁹⁸ ALESSANDRI, *Curso de Derecho Civil...*, ob. cit., p. 502.

⁹⁹ MEZA, ob. cit., p. 266.

¹⁰⁰ ABELIUK, ob. cit., T. II, pp. 682-683.

¹⁰¹ RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 57.

¹⁰² BARAONA, ob. cit., p. 173.

¹⁰³ RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 58.

La culpa lata, al decir de Fueyo, es “*un abandono gravísimo*”¹⁰⁴ y por eso es que responder de ese mínimo de diligencia solo exige del deudor “*no ejecutar aquellas actuaciones extrañas y más groseras que se equiparan a un obrar doloso*”¹⁰⁵.

Este argumento conduce a la admisión de una equiparación absoluta: “*la culpa grave es tan grosera y extrema que el legislador la ‘equiparó’ al dolo, sin hacer excepción alguna a esta regla*”¹⁰⁶. Esto significa que la culpa grave también debe ser probada, porque de lo contrario se daría un trato más beneficioso al deudor doloso, desconociéndose la idéntica reprochabilidad de ambos extremos de la infracción contractual¹⁰⁷.

En todo caso, y adelantando que para la mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia chilenas no corresponde una equivalencia absoluta, el argumento que comento en este número es corroborado por dos efectos de la asimilación, los que sí encuentran plena acogida en nuestro medio: la agravación de la responsabilidad contractual y la prohibición, bajo sanción de nulidad absoluta, de las cláusulas de exoneración.

La imposición de estas particulares consecuencias sería inexplicable si se prescindiera de la gravedad intrínseca del incumplimiento incurioso. Estas sanciones, que operan *ex ante*, desincentivando la negligencia extrema y el dolo, y *ex post*, estableciendo una mayor indemnización, no son sino el reflejo o corolario del desfavor que merecen ante el derecho, porque en efecto son tan dolosas como el más puro concepto de *animus nocendi*. El dolo y la culpa lata son extremos que suponen una voluntad frontalmente opuesta a la voluntad en que se funda el contrato y la responsabilidad: la voluntad de no obligarse contradice y anula a la voluntad, plasmada en el contrato, de cumplir lo prometido. Queda vacío el vínculo preexistente, imponiéndose la necesidad de reparar todos los perjuicios directos. Destruyéndose el contrato —que es, en definitiva, el resultado a que conduce un incumplimiento gravemente negligente— no concurren los motivos jurídico-económicos para atenerse a lo que las partes razonablemente proyectaron al contratar.

Y nótese que estas consecuencias operarán siempre que se hagan valer en la demanda y se pruebe la infracción contractual extrema, caracterizada por el dolo o la culpa lata, independientemente del grado de diligencia exigible en el caso concreto. En efecto, si el incumplimiento deriva de la falta de un grado de diligencia mayor que aquella que el contrato impone al deudor, este no será responsable. Sin embargo, en presencia del dolo, lo que también es predicable de la culpa grave, el deudor deberá indemnizar integralmente al acreedor, descartándose cualquier convención reductiva de su responsabilidad¹⁰⁸.

5. *La jurisprudencia nacional contiene escasos aunque claros ejemplos de la asimilación de la culpa grave al dolo, que pueden sustentarse en la identidad externa de ambos, en la presunción de dolo o, en fin, en su similar reprochabilidad*

a) Se ha resuelto que “*la culpa grave equivale al dolo y se incurre en error de derecho al dar por establecida aquella y al mismo tiempo sostener que no hubo intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro*”¹⁰⁹.

En la especie, la Corte Suprema acogió un recurso de casación en el fondo deducido contra la sentencia de alzada, aunque no por la consideración antes reproducida, pues en su concepto no ejercía influencia sustancial en lo dispositivo del fallo recurrido.

¹⁰⁴ FUEYO, *Cumplimiento e Incumplimiento...*, ob. cit., p. 413.

¹⁰⁵ *Ibíd.*

¹⁰⁶ RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 61. En el mismo sentido, véase BARAONA, ob. cit., pp. 173-174; CHADWICK, ob. cit., p. 175 y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. *Las obligaciones y los Contratos ante la Jurisprudencia*. Ed. Jurídica de Chile, Stgo. (1939), N° 46, p. 38.

¹⁰⁷ Cfr. CHADWICK, ob. cit., p. 177; BARAONA, ob. cit., pp. 173-174; RODRÍGUEZ, ob. cit., pp. 57-62.

¹⁰⁸ “*Diferente es la situación que se presenta si ha habido dolo de su parte, porque el dolo no admite graduaciones como la culpa, de modo que cualquier grado de malicia impone y acarrea al deudor igual responsabilidad*”. STITCHKIN LITVAK, Sergio. *La responsabilidad, el caso fortuito y la culpa ante la jurisprudencia*. Memoria de prueba, Universidad de Concepción (1964), p. 67. Esta consecuencia es extensible a la culpa lata, sobre todo porque no se distingue externamente del dolo.

¹⁰⁹ C. S., 01.06.1937, RDJ, T. 34, sec. 1°, pp. 277 y ss, considerando 19°, p. 288.

La Corte de Apelaciones había resuelto que constituyen culpa grave las actuaciones del mandatario demandado *“que importaron empobrecimiento cuantioso para su poderdante y cuya ejecución u omisión no se concibe sino por un abandono notable de los intereses confiados a su cuidado”*¹¹⁰. Sin embargo, y este fue uno de los motivos del recurso de casación en el fondo interpuesto por la demandante, en otra parte de la sentencia el tribunal de alzada sostuvo: *“Que los antecedentes estudiados y analizados, si bien demuestran el descuido o negligencia graves del mandatario, no permiten, asimismo, deducir que existió también de parte de este la intención positiva de perjudicar a su mandante, lo que habría transformado en dolosa su gestión y permitido acoger la demanda por esta causa de pedir”*¹¹¹.

El hecho que la Corte Suprema haya sostenido que constituye un error de derecho dar por establecida la culpa grave y, sin embargo, excluir el dolo, revela un criterio que trasciende a la asimilación puesto que descansa en la identidad no solo externa de los comportamientos que caracterizan a uno y otro, sino en una conexión substancial, una especie de *culpa lata dolus est* propia del derecho chileno.

b) Conociendo de un recurso de queja, por sentencia de 13.08.1985 la Corte Suprema confirmó la del 2° Juzgado Civil de Santiago, de 29.08.1983¹¹². Ante el tribunal de primera instancia, doña N.P. había demandado a su cónyuge, F.W., para que se les declarara totalmente separados de bienes por la administración fraudulenta o descuidada ejercida por este último, conforme dispone el artículo 155 CC.

El demandado había solicitado a la demandante su autorización para vender el bien raíz social y, ante la negativa de esta, pidió la autorización judicial correspondiente, siéndole denegada por sentencia de 05.01.1981. En marzo del mismo año, F.W. fue citado a confesar una deuda de dinero para con un tercero, por haber suscrito una promesa de compraventa de yacimiento minero en calidad de aval y codeudor solidario del promitente comprador. No habiendo comparecido, se inició el respectivo juicio ejecutivo en el que no se defendió, quedando en estado de rematarse el bien raíz habitado por la cónyuge del ejecutado (N.P.). El remate no se realizó por cuanto el expediente fue solicitado por el Juzgado del Crimen que conocía de una querrela por estafa interpuesta por N.P. en contra de las partes del referido juicio ejecutivo.

Tomando en cuenta estos antecedentes y las demás pruebas rendidas por la demandante, el 2° Juzgado Civil de Santiago declaró que la obligación contraída por el marido en el aludido contrato de promesa *“constituye un acto deliberadamente negligente del demandado que permitió obtener la enajenación por parte de terceros del único bien social de valor adquirido durante la vigencia de la sociedad conyugal, en perjuicio de los intereses de su cónyuge lo que constituye culpa grave que se equipara al dolo y permite a la actora obtener la separación de bienes acorde al artículo 155 del Código Civil”*.

En este caso se asentó el carácter de regla general de la equiparación, incluso en el derecho de familia. La administración muy descuidada se asimiló a la fraudulenta o dolosa para los efectos de obtener la separación total de bienes.

En la especie, los actos del demandado perfectamente pudieron ser dolosos. Lo interesante es que al magistrado le bastó establecer que eran gravemente negligentes, sin comprometerse con una calificación más seria, decisión influida por el hecho que el proceso criminal por delito de estafa no había culminado. Esto plantea el problema de la posible unidad del dolo civil y penal¹¹³. En todo caso, los hechos objetivamente pudieron haber sido fraudulentos, y al calificarlos como *“deliberadamente negligentes”* en alguna forma se los presumió dolosos.

¹¹⁰ Id., sentencia casada, considerando 57°, pp. 283-284.

¹¹¹ Id., sentencia anulada, considerando 61°, p. 284.

¹¹² Fallos del Mes N° 321, pp. 517 y ss.

¹¹³ *“La estafa es un delito que por lo general se proyecta en relaciones contractuales, de donde se origina la necesidad de distinguir entre dolo civil y dolo penal; entre mero incumplimiento de una obligación civil y la posibilidad de una conducta penal. Entre el fraude penal y el fraude civil no hay diferencias cualitativas sino simplemente de orden cuantitativo, suponiendo ambos una actividad contraria al derecho. La ley penal interviene*

c) Por sentencia de 12.04.1988, conociendo de un recurso de queja, la Corte Suprema confirmó una sentencia de primera instancia laboral de 31.08.1987¹¹⁴ que había declarado como injustificado el despido de un trabajador por supuesto hurto de materiales al no comprarse la imputación, tanto porque los antecedentes proporcionados por la empresa eran contradictorios cuanto porque, tras un año de investigación criminal, el trabajador despedido no fue sometido a proceso.

Estas consideraciones llevaron al tribunal a concluir que *“a lo menos en la invocación de la causal referida a este delito de hurto, la demandada actuó con culpa grave, y, que, por ello y en razón de que conforme al artículo 44 inciso 1° del Código Civil, ‘la culpa grave en materias civiles equivale al dolo’... debe estimarse que la demandante invocó maliciosamente la causal”*.

Asimismo, el juez estableció que la indemnización de perjuicios demandada parece lógica, considerando la gravedad de los hechos imputados al demandante, pues *“lo dañan y mortifican moralmente y menoscaban gravemente su imagen de trabajador honesto con posibilidades de obtener un nuevo empleo, que el daño reparable es de carácter moral, y como tal, su evaluación pecuniaria confiada a la prudencia y equidad del Juez”*.

Esta sentencia es ciertamente valiosa, ya que reconoce la asimilación de la culpa grave al dolo en el derecho laboral (aunque en un aspecto civil, como es la indemnización), fundándola en la presunción de dolo, en la dificultad para distinguir lo malicioso de lo gravemente negligente. Ella recurrió a la asimilación para proteger efectivamente el derecho menoscabado del actor, mediante una reparación integral, comprensiva del daño moral, que constituye, al mismo tiempo, una sanción para el empleador. Esta sentencia expresamente declara el dolo (invocación maliciosa de la causal de despido) a partir de la constatación de la culpa lata. Fue más allá: habría bastado referirse solo a la culpa lata, sin embargo la conectó con el dolo.

d) Por último, siguiendo en materia laboral, el incumplimiento grave de las obligaciones por el trabajador constituye una causal de terminación del contrato, sin derecho a indemnización, que se configura muchas veces con la ejecución de actos de negligencia extrema.

Sin afirmar la asimilación, al declararse procedente el despido se está resolviendo del mismo modo que si se tratara derechamente de una falta de probidad (o dolo) del empleado. En este sentido, se ha fallado que *“constituye falta de probidad, por no sujetarse a normas éticas elementales, como igualmente incumplimiento grave de las obligaciones del contrato, haber llenado la demandante, ejecutiva de venta, la solicitud de traspaso de fondos de un afiliado a una A.F.P., con los datos que mantenía en su poder, producto de una operación anterior viciada, sin requerir ni exigir la cédula de identidad de dicho afiliado debiendo hacerlo, ya que por vía de este solo hecho habría podido detectar que la firma puesta en la solicitud de traspaso no era igual a la que figuraba en dicha cédula de identidad, lo que constituye una omisión y negligencia inexcusable, dado el cargo que desempeñaba, su antigüedad y experiencia, respecto de un acto tan trascendente como es el traspaso de los fondos previsionales de un trabajador de una A.F.P. a otra”*¹¹⁵. En este caso la Corte declaró directamente el dolo, pero el hecho que sirvió de sustento al fallo pudo perfectamente encuadrarse en la culpa lata.

Asimismo, se ha resuelto que *“siendo la obligación del actor la venta de pasajes y consiguiente custodia del dinero, el hecho de haberse retirado de su lugar de trabajo, luego de la jornada diaria, sin que previamente guardara en la caja de seguridad un sobre conte-*

para reprimir el fraude cuando este se traduce en artificios, tretas, embustes o artimañas aptos para engañar. Siendo la antijuridicidad una misma en ambos tipos de fraude, es menester acudir a la tipicidad para diferenciar uno de otro. En consecuencia, quien mediante artificios o engaños lesiona el patrimonio ajeno configurando con su conducta un tipo delictual, se hará acreedor a sanción penal”. C. A. Pedro Aguirre Cerda, 24.09.1984, RDJ, T. 81, sec. 4°, p. 282.

¹¹⁴ Gaceta Jurídica (1988), N° 94, pp. 86-87.

¹¹⁵ C. S., 11.03.1996, RDJ, T. 93, sec. 3°, p. 13.

*niendo documentación y \$ 500.000 en dinero, producto del arqueo del día, los que resultaron sustraídos sin que hayan sido habidos, es demostrativo de haber faltado gravemente a sus obligaciones, lo que justifica su despido*¹¹⁶.

6. *Conviene ahora considerar los argumentos antes indicados conjuntamente con los aspectos vinculados al fundamento de la responsabilidad contractual y a su agravación ante el dolo o la culpa grave*

Estas premisas permiten entender los efectos de la regla asimilativa, particularmente la extensión de la obligación de indemnizar los perjuicios y la prohibición de la dispensa anticipada del dolo y de la culpa lata, en cuanto importan la transgresión de un nivel mínimo de diligencia y del obrar de buena fe, que conducen a la inexistencia de la obligación. En efecto, ambos constituyen un *límite institucional de la relación obligatoria*¹¹⁷.

- a) La indemnización es un modo de cumplir por equivalencia la misma obligación original, que no pudo ser solucionada en naturaleza¹¹⁸ *“el acreedor puede pedir la cosa misma y solo en subsidio, cuando el deudor no pueda cumplir las obligaciones a que se obligó, entonces exigir la indemnización de perjuicios”*¹¹⁹. Su función es resarcir, restablecer, compensar, *“colocar al acreedor en la situación en que se encontraría de no haberse producido la transgresión”*¹²⁰, obedeciendo a un doble fundamento: remediar el perjuicio ocasionado al acreedor (moral) y evitar que este sea privado sin una justa causa de una parte de su patrimonio (económico).
- b) La indemnización es la misma obligación primitivamente prometida, solo que ha variado su objeto (cfr. arts. 1555 y 1672 CC). Es decir, *“la indemnización reemplaza total o parcialmente a la obligación; el contrato subsiste, pero la obligación cambia de objeto y la prestación a que el deudor se obligó es substituida en todo o parte por la indemnización”*¹²¹. Consecuentemente, el origen de la responsabilidad contractual también es la obligación (incumplida): *“la fuente de la indemnización en el incumplimiento de las obligaciones contractuales radica precisamente en la voluntad de las partes y así se explica que puedan alterarse los efectos de la responsabilidad del deudor (artículo 1558, inciso final del Código Civil), con la sola limitación de no poder exonerarlo del dolo futuro, porque este arranca su origen en principios de orden público”*¹²².
- c) Una demostración de que el mero incumplimiento genera la responsabilidad es que dicha infracción se presume culpable: *“la ley presume esta culpabilidad precisamente porque existe una obligación entre las partes, constituida con anterioridad, lo que permite suponer, desde luego, que el deudor no ha hecho lo que debió, sin perjuicio, naturalmente, de que un examen ulterior y más profundo destruya la presunción”*¹²³.

¹¹⁶ C. S., 09.04.1996, RDJ, T. 93, sec. 3ª, pp. 30-31.

¹¹⁷ *“No es posible estar obligado y no responder por dolo o culpa grave, que a efectos civiles es su equivalente jurídico”*. BARAONA, ob. cit., p. 165.

¹¹⁸ Esta indemnización compensatoria *“persigue proporcionar al acreedor, de manera equivalente, el beneficio que pudo obtener del cumplimiento íntegro y efectivo de la misma”*. GATICA, ob. cit., p. 25. En las obligaciones de dar procede en defecto del cumplimiento en especie. Id., p. 29. En las obligaciones de hacer y de no hacer la ley contempla otras fórmulas (cfr. arts. 1553 y 1555).

¹¹⁹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *Teoría de las Obligaciones*. Ed. Jurídica Cono Sur Ltda., Stgo. (1988), p. 76. En contra, para Baraona es perfectamente posible que el acreedor experimente perjuicios complementarios a la prestación, cúmplase o no esta. El daño adquiere autonomía frente a la infracción contractual, v.gr. el lucro cesante, la resolución o el cumplimiento más la indemnización ex art. 1489, los perjuicios que se agregan al precio de la cosa en la pérdida de la cosa debida imputable al deudor, los perjuicios del art. 1558. Es decir, aunque se cumpla en especie la deuda, el acreedor puede verse perjudicado. Véase BARAONA, ob. cit., pp. 155-162. En consecuencia, el acreedor puede demandar estos perjuicios complementaria y no subsidiariamente.

¹²⁰ GATICA, ob. cit., p. 14.

¹²¹ CLARO, ob. cit., T. XI, p. 723. En el mismo sentido, ALESSANDRI, *Teoría...*, ob. cit., p. 76.

¹²² GATICA, ob. cit., p. 21.

¹²³ Id., p. 75.

No es que, además del incumplimiento, deba probarse la culpa. Por el contrario, se parte de la base que la culpa se encuentra integrada a la infracción contractual¹²⁴. Y por eso la prueba a rendir en contrario por el deudor no es para acreditar que actuó sin culpa, sino derechamente para probar la extinción de la obligación, normalmente mediante el caso fortuito o el pago (que en las obligaciones de medio está constituido, precisamente, por un hacer diligente).

- d) La función indemnizatoria no es punitiva (infligir un mal al deudor) sino resarcitoria, reparando el daño causado al acreedor mediante el equivalente pecuniario al cumplimiento propiamente tal¹²⁵.

Pero frente al dolo, la responsabilidad se agrava y asume un rol que obedece a un principio sancionatorio: *“la ley sanciona esta mala fe agravando su responsabilidad en relación con la del deudor que solo ha sido negligente, y lo obliga a indemnizar todos los perjuicios directos que haya experimentado el acreedor a consecuencia del incumplimiento”*¹²⁶. En buenas cuentas, el dolo no es un factor directo de atribución de responsabilidad, sino que es un elemento agravatorio de la infracción contractual que “se agrega” a la responsabilidad ya afirmada¹²⁷.

- d.1) En este sentido, se plantea que no es necesario buscar un fundamento extracontractual de la sanción del dolo (aunque el principio de reparación integral parece no reconocer fronteras ante la máxima ilicitud), porque él se encuentra en la misma infracción contractual, solo que se acrecienta pues colisiona con la buena fe: *“la fuente de la indemnización radica en el mismo contrato incumplido, ya que aquella no es sino la prestación subsidiaria de la obligación estipulada, cuyo incumplimiento doloso importa una violación de la buena fe con que ha debido cumplirse (art. 1546)”*¹²⁸.

Efectivamente, *“la responsabilidad civil por incumplimiento, a la luz del artículo 1558 del Código Civil, es más amplia si la incorrección o deslealtad del deudor llega a ser constitutiva de dolo”*¹²⁹. Esta incorrección y su consecuencia propia se extiende a la culpa lata.

- d.2) Ahora bien, esta función agravatoria de la responsabilidad ante el dolo se advierte particularmente al estudiar el artículo 1558 del Código Civil. Al trazar la distinción entre los perjuicios previstos e imprevistos el juez se ve forzado a considerar, tal como debe hacerlo un juez del crimen, las circunstancias concretas y, muy especialmente, el elemento intencional, la conducta del deudor. Esto lleva a rechazar el establecimiento de un mismo criterio para la culpa y el dolo¹³⁰.

Ciertamente, en el caso del incumplimiento a secas (“culpable”) no se justifica el análisis del comportamiento del deudor; la sola infracción de la obligación genera el deber de reparar los perjuicios normales, intrínsecos o previstos.

En cambio, esta distinción sí resulta plenamente justificada en la medida que el acreedor quiera poner en marcha el mecanismo agravatorio de la responsabilidad contractual, único caso en el juez tendría que considerar atentamente los hechos para inferir intencionalidades, o bien, lo que es más fácil y a menudo hará primero,

¹²⁴ De ahí que se sostenga que *“parece curioso conferir virtualidad atributiva de responsabilidad a un elemento que se entiende presumido en la infracción”*. BARAONA, ob. cit., p. 171. No es la culpa la fuente de la responsabilidad contractual sino el incumplimiento. Por eso la ausencia de culpa (diligencia) no exonera al deudor. De hecho, como sostiene BARAONA, ninguno de los artículos referidos a la materia (1556-1559) trata de la diligencia como un factor liberatorio, sino únicamente del dolo como agravante. *Ibíd.*

¹²⁵ Cfr. GATICA, ob. cit., p. 23.

¹²⁶ *Id.*, p. 117.

¹²⁷ Cfr. BARAONA, ob. cit., p. 173.

¹²⁸ GATICA, p. 119.

¹²⁹ LÓPEZ SANTA MARÍA, ob. cit., T. II, p. 402.

¹³⁰ Cfr. GATICA, pp. 104 y 139-140.

incumplimientos gravemente negligentes, dado que ambos extremos comparten una idéntica reprochabilidad¹³¹.

En este sentido se señala que “*Si se pudiera imputar dolo o culpa grave al deudor, pues esta última en materias civiles equivale al dolo (art. 44, inciso 2, parte final), sería responsable de todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento*”¹³².

La gravedad de la conducta atribuible al deudor permite obtener incluso la reparación del daño moral, atendido el extenso alcance del artículo 1558 CC, que a este respecto puede ser comparado con el artículo 2329 CC. Con ello y en virtud de la regla asimilativa, no es necesario procurar la construcción de una hipótesis de ilicitud extracontractual para pretender una indemnización integral, comprensiva del *doloris pretium*, sino que es factible su obtención en sede contractual.

- d.3) Sin embargo, a mi juicio la misma idea subyacente en la responsabilidad extracontractual se da en la responsabilidad contractual ante estas conductas extremas: la inexistencia del vínculo jurídico previo también se produce en el plano contractual. El dolo o la culpa lata se oponen a la voluntad de cumplir (promesa contractual), en forma tal que se anulan, desapareciendo la razón para atribuir al deudor únicamente los perjuicios previstos. La expectativa forjada por las partes al contratar es desplazada por un comportamiento frontalmente opuesto; el deudor doloso o incurioso se sitúa y pone al acreedor en el mismo plano de quien comete y es víctima, respectivamente, de un delito o cuasidelito civil. Impera así el principio que obliga a reparar todo el daño producido por esa infracción. El deudor ya no puede beneficiarse con una norma de limitación de su responsabilidad, ya que ella está pensada ante un incumplimiento del contrato que no descarte su existencia. El deudor doloso no podría beneficiarse del régimen contractual porque fue él quien, deliberadamente, optó por marginarse de ese círculo.

IV. EFECTOS DE LA EQUIPARACIÓN DE LA CULPA GRAVE AL DOLO

1. *El incumplimiento gravemente negligente confiere al acreedor el derecho a demandar la indemnización de los perjuicios previstos e imprevistos. Disgresiones sobre la posible asimilación absoluta: ¿la culpa grave debe ser probada?*

En su inmensa mayoría, la doctrina y la jurisprudencia nacionales coinciden en el hecho que una de las consecuencias de la asimilación es la agravación de la responsabilidad contractual en presencia de la culpa lata. Incluso, para un sector predominante, este es el más importante aspecto o “materia civil” que justificaría, desde un punto de vista práctico, la existencia de la regla asimilativa en nuestro código.

a) Entre otras opiniones de la cátedra, destaco en particular al decano Alessandri. Indicando que la culpa grave y el dolo no son idénticas, toda vez que el artículo 44 los define aparte, señala que la equiparación únicamente significa que “*sus efectos jurídicos son los mismos... que la responsabilidad del deudor es igual en el caso de la culpa lata o en el caso del deudor que comete el dolo*”¹³³; es decir, “*las consecuencias jurídicas de la responsa-*

¹³¹ “*El dolo aparece como una forma de agravación de responsabilidad en razón de la particular reprochabilidad que comporta. Para legitimar la tutela resarcitoria se exige un daño causado unido a la voluntariedad del comportamiento dañoso, a menos que el comportamiento sea por sí una conducta gravemente culpable, que en todo caso debe probarse*”. BARAONA, ob. cit., p. 177.

¹³² TOMASELLO HART, Leslie. *El daño moral en la responsabilidad contractual*. Ed. Jurídica de Chile, Stgo. (1969), p. 159.

¹³³ ALESSANDRI, *Derecho Civil...*, ob. cit., p. 77.

*bilidad del deudor, es una misma en materia de culpa lata o grave: la del artículo 1558 del C. Civil*¹³⁴.

A esta conclusión adhieren Ducci¹³⁵, Fueyo¹³⁶, Meza¹³⁷, Stitchkin¹³⁸, Barros Errázuriz y Abeliuk¹⁴⁰. Estos dos últimos también conciben como un efecto agravatorio que el deudor doloso o gravemente negligente debe responder de los perjuicios ocasionados a la cosa en poder suyo mientras el acreedor está en mora de recibirla, según expresamente disponen los artículos 1680 y 1827 CC¹⁴¹, pudiendo sumarse otras aplicaciones¹⁴².

b) Admitiéndose la relevancia que tiene la equiparación en el derecho de daños del *Common Law*¹⁴³, el profesor Domínguez destaca que en este mismo ámbito el sistema chileno tiene rasgos sancionatorios. No obstante que, teóricamente, la indemnización depende solo del daño causado, en los hechos se considera la gravedad de la conducta del autor, a menudo sin decirlo: *"aunque no sea directamente, la misma idea que en el Common Law funda los punitive damages, se hace cuando la consideración de la gravedad de la culpa es determinante para fijar el monto de la reparación. Raramente ello se hará en forma directa. La lógica formal que dirige nuestra forma de razonamiento jurídico ordenará que siempre el juez dé a la condena por daños un carácter reparatorio; pero en la práctica, tiene importancia demostrar la existencia de una culpa caracterizada y, mejor aún, de dolo, para los efectos de obtener una mayor indemnización, particularmente si se trata de un daño moral. De más está recordar que en este el juez goza de amplia atribución para fijar su quantum. Por más que se insista en que el monto de la reparación no depende de la culpabilidad, de hecho esa consideración existe explícita o implícitamente en la práctica. Nada se obtiene con afirmar que cuando el juez considera la gravedad de la culpa para determinar el monto de la reparación, lo que hace es atenuar la responsabilidad en caso de culpa y no en el dolo en que otorga una reparación integral, como sucede en caso de responsabilidad contractual. Cuando así se argumenta, en el fondo solo se pretende mantener, incurriendo en una petición de principios, el principio formal que manda, en materia civil, solo reparar y no sancionar. La verdad es que, aun bajo la idea de reparación es casi inevitable que criterios de sanción y aun la idea de hacer escarmiento se introduzcan en la sentencia. No otra explicación tiene el hecho que para iguales daños el monto de la reparación varíe, en especial cuando se trata del daño moral. En Chile, por ejemplo, no es extraño que, a pesar de los*

¹³⁴ Id., p. 78. En lo extracontractual, sostiene que *"esto no quiere decir que ambos sean una misma cosa, ni que el hecho ilícito a que da origen esa culpa constituya un delito. Solo significa que los efectos del cuasidelito cometido con culpa lata o grave son los mismos que los del delito"*. ALESSANDRI, *Curso de Derecho Civil...*, ob. cit., p. 502, y *De la Responsabilidad...*, ob. cit., p. 168.

¹³⁵ Cfr. DUCCI, *Derecho Civil...*, ob. cit., p. 259.

¹³⁶ Cfr. FUEYO, *Derecho Civil*, ob. cit., p. 296.

¹³⁷ Cfr. MEZA, ob. cit., p. 266.

¹³⁸ Cfr. STITCHKIN, ob. cit., p. 69. Incluso postula que la doctrina y jurisprudencia chilenas serían "unánimes" en cuanto a que la equiparación operaría solo para los efectos agravatorios de la responsabilidad, olvidando las opiniones divergentes, como la de don Manuel Somarriva (cfr. SOMARRIVA, ob. cit., p. 38). Así lo hizo presente don Ramón Domínguez Benavente al informar esta memoria.

¹³⁹ Cfr. BARROS ERRÁZURIZ, ob. cit., p. 82.

¹⁴⁰ Cfr. ABELIUK, ob. cit., T. II, p. 683.

¹⁴¹ Es lo mismo que dispone el artículo 150 del Código de Comercio.

¹⁴² Vgr., arts. 1748 y 1771 (sociedad conyugal); 1858 regla 3ª, 1861 y 1865 (vicios redhibitorios en la venta); 1934 (vicios redhibitorios en el arrendamiento); 1972 inc. 2º (cesación inmediata del arrendamiento de inmuebles urbanos); 2155 (relevación por el mandante de la obligación de rendir cuentas del mandatario); 2288 inc. 2º (agencia oficiosa).

¹⁴³ Por cuanto *"la práctica de condenar a tales daños es común y de este modo, los punitive damages permiten agravar la responsabilidad, o más exactamente, el peso económico que cabe al demandado doloso o autor de culpa grave. Con ello, el interés por distinguir entre simple negligencia y dolo o culpa grave, que entre nosotros solo tiene importancia respecto de la responsabilidad contractual, adquiere también interés en materia de tortis"*. DOMÍNGUEZ AGUILA, Ramón. *Consideraciones en torno al daño en la Responsabilidad Civil. Una visión comparatista*. Revista de Derecho U. de Concepción, N° 188, año 58 (julio-diciembre de 1990), pp. 130-131.

*dogmas doctrinarios que sostienen la imposibilidad de considerar –para los efectos de la fijación de la indemnización en materia extracontractual– la gravedad de la culpa, en los jueces pese esa consideración, incluso abiertamente, como resulta de algunas sentencias”*¹⁴⁴.

En idéntico sentido, Díez señala que, aun cuando para determinar la indemnización los tribunales atienden básicamente a la cuantía del daño, “*en la práctica estos consideran la gravedad del hecho para determinar el monto de la reparación. Aunque no se diga, la culpabilidad del autor pesa en la balanza que fija el quantum reparatorio. Lo recién dicho se constata al ver que ante idénticos daños nuestros jueces han decretado disímiles indemnizaciones. La gravedad del hecho seguramente es uno de los antecedentes que marcan las diferencias (en materia de daño moral esto se manifiesta con mayor nitidez, llegándose a reconocer expresamente el carácter sancionatorio de la indemnización respectiva)*”¹⁴⁵.

c) Si en la responsabilidad extracontractual la gravedad de la conducta ilícita influye en la condena indemnizatoria –a pesar de la reiterada afirmación en orden a que “la culpa no se gradúa” en el derecho de daños–, con mayor ello sucede en la responsabilidad contractual, materia en la que nadie discute la graduación de la culpa.

Efectivamente, tratándose del incumplimiento doloso o gravemente negligente entra a operar la norma del artículo 1558 del CC, que obedece al mismo principio que informa la responsabilidad aquiliana: todo daño causado por dolo o culpa grave debe ser indemnizado. A este respecto, debe recordarse que, en opinión de Alessandri, el artículo 2329 del CC consagra una presunción de culpa por el hecho propio, en cuya virtud “*el daño proviene de un hecho que, por su naturaleza o por las circunstancias en que se realizó, es susceptible de atribuirse a culpa o dolo del agente*”¹⁴⁶. En este sentido, cabe entender que un hecho que de suyo genera responsabilidad es aquel ejecutado con grave negligencia y de tal comportamiento no cabe sino inferir que, en el fondo, el agente obró dolosamente. Los mismos ejemplos que utiliza el citado artículo confirman la idea que, detrás de estos hechos generadores de responsabilidad extracontractual, hay conductas gravemente descuidadas, rayanas en el delito civil. Estos hechos justifican la afirmación del principio *neminem laedere* y, al mismo tiempo, contienen en sí una presunción de dolo.

De manera que la razón por la cual el deudor que incurre en dolo (o culpa lata) debe responder de todos los perjuicios que causa, reside en que hay un completo rompimiento del soporte jurídico de la indemnización de los perjuicios previstos. Se rompe la voluntad, excluyéndose el vínculo jurídico previo que justificaba atender a lo que las partes habían esperado del contrato.

Este efecto de la asimilación ha sido reconocido por la jurisprudencia nacional, según paso a explicar con algunos ejemplos:

¹⁴⁴ Id., pp. 133-134. Cfr. C. S., 24.06.1980, Fallos del Mes N° 259, p. 168, y RDJ, T. 77, sec. 4°, p. 95, resolviéndose que “*se expone imprudentemente al daño el conductor del vehículo que ingresa al cruce a una velocidad aproximada a los 60 km/h, no obstante enfrenar luz verde en su favor, y ser embestido por quien –a igual velocidad aproximada– lo hiciere enfrenando luz roja. La reducción del daño no tiene un índice matemático, y aparece exagerado y abusivo estimarla en un 50% del causado*”.

¹⁴⁵ DÍEZ SCHWERTER, José Luis. *El Daño Extracontractual. Jurisprudencia y Doctrina*. Ed. Jurídica de Chile, Stgo. (1997), p. 163. Cfr.: C. A. Santiago, 14.09.1990, Gaceta Jurídica, N° 123, p. 45, en que se resolvió que “*la entrega de dinero, junto con tener una función de equivalente de la prestación o de la cosa debida, también desempeña a veces el rol de constituir una sanción*”; y C. A. Santiago, 04.09.1991, RDJ, T. 88, sec. 4°, p. 141, declarándose que “*la indemnización del daño moral la admite nuestra jurisprudencia desde la 2ª década del presente siglo, dejándola generalmente entregada a la prudencia y criterio de los jueces, pero los estudiosos del derecho han dado ciertas pautas para la indemnización del ‘doloris pretium’, como ser la entidad, naturaleza y gravedad del suceso que causa el daño*”.

¹⁴⁶ ALESSANDRI, *De la Responsabilidad...*, ob. cit., p. 292. “*En tales casos, la sola existencia del hecho perjudicial basta para presumir que hubo culpa. No es normal que los trenes o los automóviles choquen, ni que los ascensores se caigan; si así ha ocurrido, es porque ha habido una imprudencia o descuido de alguien. Es lo que nos dice la razón natural*”. Id., p. 296.

c.1) Probablemente en la que es la sentencia más importante que se ha dictado en Chile sobre la materia, de fecha 10.11.1920¹⁴⁷, la Corte Suprema trascendió el aspecto en comento y señaló que la asimilación solo se refiere a los efectos jurídicos asociados al dolo; no es absoluta y, por ende, no comprende el aspecto probatorio: el incumplimiento gravemente culpable se presume.

Esta decisión ha ejercido una marcada influencia sobre un sector predominante de la doctrina nacional, el que rechaza la equiparación total de ambos institutos, razón por la cual no puedo dejar de referirme también a este punto.

c.1.1) La sucesión de don M.E. demandó a L.R. la terminación inmediata del contrato de arrendamiento de un fundo, celebrado entre su causante y el demandado. El libelo, centrado en el artículo 1979 CC, se basó en la destrucción de casi la totalidad de las casas del fundo y del mobiliario y utensilios de labranza incluidos en el contrato, debido a un incendio que no fue oportunamente informado a los dueños y cuya causa el demandado no fue capaz de explicar. La defensa sostuvo que el incendio no constituía un mal goce de la cosa sino un caso fortuito, además que el sumario criminal incoado a raíz del siniestro había sido sobreseído temporalmente.

c.1.2) En primera instancia (17.05.1915) se acogió la demanda, ya que el demandado no probó el caso fortuito alegado, ex artículos 1547, 1671, 1698 y 1947 CC.

Por sentencia de 07.12.1915, la Corte de Apelaciones revocó el fallo. Entre otras razones, merecen destacarse las siguientes, que evidencian un criterio de asimilación absoluta:

- *“para pedir la terminación inmediata del arriendo... no basta una administración descuidada o que no sea conforme con la que debe emplear un buen padre de familia, sino que son necesarios casos graves... esto es, que el goce del fundo sea tan descuidado y negligente o mal intencionado que importe culpa grave o lata de parte del arrendatario”;*
- *“Que esta especie de culpa en materia civil equivale al dolo, o sea intención positiva de inferir injuria a la persona o la propiedad de otro, según el artículo 44 del mismo Código, y como intención dolosa debe justificarse, ya que a nadie debe atribuírsele procedimientos fraudulentos sin prueba; y así también lo dispone respecto de las obligaciones, el artículo 1459 del Código”;*
- *“Que el demandante no ha acreditado, ni aun lo ha pretendido, que por culpa del demandado se hubiere producido el incendio que destruyó las casas del fundo Viticura o hubiera habido dolo de su parte”.*

c.1.3) En contra de la referida resolución, la demandante interpuso sendos recursos de casación en la forma y en el fondo, basando este último en:

- que la Corte de Apelaciones había confundido el grado de diligencia y cuidado en el cumplimiento de las obligaciones del arrendatario, con la naturaleza de los daños ocasionados en el fundo. En efecto, el arrendatario responde de la culpa leve pues el contrato mira en beneficio de ambas partes. Solo tendría que responder de la culpa lata, equiparada en materia civil al dolo, si el contrato interesara exclusivamente al acreedor¹⁴⁸;
- que las faltas de cuidado pueden producir daños de diversa magnitud, facultándose al arrendador para poner término inmediato al contrato si tales perjuicios son significativos (“casos graves”). Exigir al arrendador demostrar el dolo o culpa grave del arrendatario infringe, entre otros, los artículos 1547, 1671 y 1698;

¹⁴⁷ RDJ, T. 19, sec. 1ª, pp. 415 y ss.

¹⁴⁸ En mi concepto, el deudor siempre debe prestar este mínimo que es no infringir sus obligaciones en forma dolosa o gravemente negligente. No hacerlo comprometería la existencia misma de la obligación.

- que si el artículo 44 equipara la culpa lata al dolo, eso no importa que aquella deba acreditarse por el acreedor. La culpa grave no vicia el consentimiento, a diferencia del dolo, al que se aplica el artículo 1459¹⁴⁹. La culpa lata se equipara al dolo en sus efectos, bastando el hecho de la negligencia completa para que ese hecho se considere malicioso o produzca los efectos del dolo.

c.1.4) Por sentencia de 10.11.1920, la Corte Suprema acogió el recurso de casación en el fondo y confirmó la sentencia de primera instancia. Destacan los siguientes considerandos de dicho fallo:

- *“Que la asimilación expresada del caso grave, con la culpa grave y la de esta con el dolo para apreciar el fundamento o causa de la acción promovida, es errónea y no se desprende en forma alguna del texto de las disposiciones legales invocadas en la sentencia. En efecto, si es cierto que en el artículo 1979 del Código Civil se exige que en el mal uso o la deterioración del fundo haya culpa de parte del colono en razón del contrato que lo obliga a gozar de él como buen padre de familia, también es cierto que dentro de los términos claros y precisos de la citada disposición legal cabe el que deba ser esta aplicada igualmente al caso grave en que la culpa del arrendatario sea solo leve, pues esta gradación de la culpa se halla también comprendida en la responsabilidad que afecta al que no emplea en la administración de la cosa arrendada el cuidado y diligencia que corresponden a un buen padre de familia”;*
- *“Que la consideración que precede manifiesta también el error de derecho en que ha incurrido el fallo reclamado al identificar el caso grave que puede dar causa para la terminación del contrato de arrendamiento, con el dolo; y a tal respecto cabe considerar que al decir la ley que la culpa grave o lata equivale al dolo, no ha hecho absolutamente una confusión de ambos términos en el sentido de considerarlos sinónimos, porque ello pugnaría abiertamente con el significado o acepción jurídica que a uno y otro corresponden con arreglo a las definiciones que respectivamente da el artículo 44 del Código Civil¹⁵⁰, sino que el precepto que establece esa equivalencia se refiere lógica y naturalmente solo a sus efectos civiles, o sea, a la igualdad de responsabilidad que en lo civil debe afectar tanto al que por su descuido o negligencia no emplea en la cosa sujeta a su administración el cuidado que aun las personas negligentes suelen emplear en sus negocios propios, que es lo que constituye la culpa grave, como al que maliciosamente o con intención positiva infiere injuria a la persona o propiedad de otro, que es lo que se entiende por dolo”;*
- *“Que como consecuencia de lo expuesto resulta que en el fallo recurrido se ha infringido el artículo 1979 del Código Civil que regla una de las obligaciones del arrendatario de un predio rústico, al atribuir a los casos graves a que ella se refiere un alcance y aplicación que no le corresponde en derecho y al considerar que para la procedencia de la acción interpuesta en la demanda, fuera menester, como requisito indispensable, acreditar la culpa grave o dolo de parte del arrendatario”;*
- *“Que de lo expuesto resulta que el tribunal sentenciador ha infringido también el citado artículo 1547 del Código Civil al desconocer que incumbe al arrendatario del mencionado predio rústico... justificar que el caso grave del incendio fue fortuito y al considerar que no le afecta a él culpa grave ni leve de la cosa arrendada, que le correspondía como a un buen padre de familia; y que también infringió el artículo 1698 del mismo cuerpo de leyes al dar a esta disposición general relativa a la prueba de las obligaciones una aplicación impertinente, desde que para el caso existe la disposición especial antes citada, de cuya aplicación no ha debido prescindir”.*

¹⁴⁹ En contra, se sostiene que “si aparece claramente que sin culpa grave de una de las partes la otra no hubiera contratado, nos inclinamos a creer que existe un vicio del consentimiento tal como en el caso del dolo inductivo dada la igualdad de efectos civiles que entre el dolo y la culpa lata establece el artículo 44 del Código Civil”. DUCCI, *Derecho Civil...*, ob. cit., pp. 259-260.

¹⁵⁰ Nótese cómo debe distinguirse el aspecto conceptual (diferentes definiciones) de lo que es la aplicación práctica del dolo y la culpa lata, ámbito en el cual se confunden.

c.1.5) La mayor parte de la doctrina nacional comparte el alcance de la sentencia de casación citada: la culpa lata también agrava la responsabilidad del deudor, imponiéndole el deber de indemnizar los perjuicios imprevistos, pero ello no significa extender dicha asimilación al *onus probandi*. En otras palabras, la culpa grave se presume¹⁵¹.

Sin embargo, existen importantes opiniones divergentes. En primer lugar, Claro no solo niega la asimilación para los efectos probatorios¹⁵², sino también para los efectos agravatorios de la responsabilidad. En relación con el artículo 1558 CC, sostiene que “*si la ley exige la existencia del dolo para que se apliquen sus disposiciones, no podría admitirse, según esto, que habiendo solo culpa lata y no intención de causar una injuria a la persona o propiedad de otro la ley debiera ser aplicada. Imputar dolo al deudor es probarle su mala fe, su intención de causar daño; y al deudor que solo es culpable de culpa lata no se le puede imputar dolo*”¹⁵³.

En lo personal, discrepo de este punto de vista. A mi juicio existen argumentos de fondo para sostener la similar reprochabilidad del incumplimiento gravemente negligente respecto del doloso, como también concurren consideraciones prácticas que impiden una distinción objetiva de ambas conductas. Es el sentido de la máxima desde sus orígenes en Roma: *culpa lata dolus est*. En efecto, la historia de la equiparación nos muestra que la culpa lata nació y permaneció como un derivado del dolo. Por ello, cada vez que la ley civil se refiera al dolo debe entenderse que podrá invocarse el efecto específico contemplado por la norma si logra probarse un incumplimiento gravemente negligente.

Estas razones priman por sobre disquisiciones terminológicas, centradas en la letra de la ley, las que, por lo demás, desde una perspectiva lógica, pueden invertirse. En efecto, precisamente la equiparación tendrá utilidad en los casos en que la ley solo se refiera al dolo, puesto que en esos casos podrá acreditarse el dolo mediante la demostración de una infracción contractual grosera. Es más, sus típicos efectos derivan de normas que únicamente aluden al dolo (arts 1459, 1465 y 1558, entre otros) y que son extensibles a la culpa lata debido a la regla general del art. 44. De seguirse el criterio de Claro, la asimilación no tendría sentido, salvo cuando el código expresamente aludiera a la culpa lata o también al dolo, vgr. en los arts. 1680, 1748, 1771, 1827, 1858 3ª, 1934, 1972, 2288. Si el aforismo se limitara a estos casos, no se explicaría la existencia de una regla general.

Debe eso sí reconocerse la coherencia interna del pensamiento de Claro, que contrasta con la mayor parte de los autores y de la jurisprudencia citadas, que a pesar de asimilarlos en sus efectos (agravación de la responsabilidad), rechazan el adagio en punto al *onus probandi*. Por el contrario, Claro niega que la culpa lata agrave la responsabilidad del deudor, de modo que el deudor groseramente descuidado solo debe indemnizar los perjuicios previstos al tiempo de contratar. Consecuentemente, sostiene que la culpa grave no debe ser acreditada por el actor, sino que ella se presume al igual que la culpa leve o levísima. La culpa lata no genera sino una responsabilidad ordinaria, por lo cual resultan plenamente aplicables los artículos 1547, 1671 y 1698 CC. En suma, siguiendo la terminología que emplea Chadwick, a quien enseguida me refiero, Claro niega la “identidad de efectos” de la culpa lata y del dolo, razón por la que es lógico que también desconozca la “identidad de sus fuentes”.

¹⁵¹ Cfr. ALESSANDRI: *Derecho Civil...*, ob. cit., p. 78, *Curso de Derecho Civil*, ob. cit., p. 502 y *De la Responsabilidad...*, ob. cit., p. 168; BARROS ERRÁZURIZ, ob. cit., p. 82; MEZA, ob. cit., p. 267; GATICA, ob. cit., p. 128.

¹⁵² Véase el comentario del autor a la sentencia de 10.11.1920. RDJ, T. 19, sec. 1ª, pp. 416 y ss.

¹⁵³ CLARO, ob. cit., T. XI, p. 527. “...el art. 1558 exige que el deudor cometa dolo; no bastaría que únicamente hubiera incurrido en culpa lata, porque la culpa supone simplemente una falta de diligencia, una imprudencia sin voluntad de dañar; y cuando la ley exige dolo no basta que haya culpa grave, porque el dolo no se equipara a la culpa grave, es la culpa grave la que se equipara al dolo, sin ser dolo”. *Ibid*, nota 139. En otra parte dice: “El hecho delictual del deudor, el delito civil que él comete en la ejecución del contrato, es determinante de la distinción de la ley, y por lo mismo no podría aplicarse al deudor que ha incurrido en culpa lata, sin intención de dañar”. *Id.*, p. 752.

Chadwick, acérrimo crítico de la sentencia de 10.11.1920, asimila completamente la culpa grave al dolo. Comentando dicho fallo señala que *“nos parece extremadamente metafísico. En él se hace abstracción de que lo que caracteriza a las instituciones jurídicas son sus efectos, por lo cual resulta antojadizo aceptar la identidad de estos y negar la de sus fuentes. Esto es tanto más grave, cuanto que el legislador, lejos de contentarse con una equivalencia parcial o reducida a algunos aspectos del dolo y de la culpa lata, ha expresado en términos inconfundibles que tal equivalencia comprende todo el campo del derecho civil o, para emplear sus mismos términos, que el dolo y la culpa grave se equiparan ‘en materia civil’, sin distingos ni exclusiones”*¹⁵⁴.

Como se sabe, para este comentarista la culpa grave y el dolo, a pesar de estar definidos por separado mediante la utilización de diferentes términos, tienen el mismo contenido, manifestándose a través de idénticos signos exteriores y produciendo iguales efectos. Es la doctrina que aquí se comparte y que permite justificar la mantención de esta regla: la culpa grave como estándar que existe en función del dolo, para lograr su efectiva sanción.

Pero también es novedoso su argumento de justicia o “de buen sentido”, como denomina el mismo autor: *“Admitase por ejemplo, que el dolo y la culpa grave producen los mismos efectos, pero que esta última permanece sometida a las normas de presunción de la culpa en el incumplimiento de las obligaciones. En este caso, como en cualesquiera otros en que se coloque a la culpa grave en el mismo plano que la leve y la levísima, la única conclusión general que podría deducirse es que el legislador ha sido más severo en la sanción de la grave culpa que en la represión del dolo. Este último no se presume y deberá probarse por quién lo alega; en cambio, la culpa grave produce los mismos efectos del dolo, pero, además, se presumiría y, en consecuencia, no necesitaría de prueba. Es evidente, por eso, que el artículo 1547, al disponer que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, no puede referirse sino a aquella diligencia o cuidado ordinario o mediano que se opone a la culpa o descuido que, sin necesidad de otra calificación, significa culpa o descuido leve”*¹⁵⁵.

Sin compartir en forma tajante esta apreciación, sobre todo porque no me parece razonable imponer al acreedor en un contrato gratuito la prueba de la culpa grave del deudor si únicamente quiere hacer efectiva la responsabilidad ordinaria, considero que Chadwick también es coherente con su línea de argumentación. En efecto, si él estima que la culpa grave y el dolo siempre producen los mismos efectos, es lógico y justo entonces exigir la prueba de la culpa lata. Se puede ver que este argumento de equidad tiene bastante más peso que la clásica máxima “donde la ley no distingue no es lícito al intérprete distinguir”.

Esta misma razón de justicia es subrayada por Rodríguez: *“Si la culpa grave se presumiera (como consecuencia de que deba probarse la diligencia debida por quien está obligado a prestarla) y los efectos de la misma fueran los que corresponden al dolo, ello implicaría que sería más grave y perjudicial incumplir una obligación con culpa grave que incumplirla con dolo. En efecto, quien estando obligado al cuidado que impone la culpa grave deja de cumplir, se presumiría su responsabilidad y las consecuencias jurídicas que se seguirían serían las mismas que afectan al deudor doloso. Este último, estaría favorecido, respecto del primero, porque su incumplimiento doloso debería acreditarse por quien lo alega. Este contrasentido significaría admitir que el incumplimiento se sanciona más duramente cuando hay culpa grave que cuando hay dolo y esto nos parece inadmisibles. El incumplimiento más grave es el dolo, porque el daño ha sido previsto y admitido; en tanto en el incumplimiento culpable o no ha habido representación del daño o si lo ha habido, ha sido desestimado por el autor. De aquí que sostengamos que la culpa grave –cuyas consecuencias son iguales a las del dolo– deba probarse porque en materia civil ‘equivale al dolo’, lo cual implica que ambos tienen el mismo estatuto jurídico”*¹⁵⁶.

¹⁵⁴ CHADWICK, ob. cit., pp. 174-175.

¹⁵⁵ Id., p. 177.

¹⁵⁶ RODRÍGUEZ, ob. cit., pp. 58-59.

La diferencia de este autor con respecto a Chadwick es que no funda la asimilación en la identidad del dolo y la culpa grave, sino en su similar reprochabilidad y en la presunción de dolo: *“Sostener que si la culpa grave y el dolo fueren la misma cosa no habrían sido definidos ambos conceptos separadamente, es una afirmación insostenible. La culpa grave y el dolo son cosas bien diversas que no admiten conceptualmente una confusión. Lo que ocurre es que la culpa grave es tan grosera y extrema que el legislador la ‘equiparó’ al dolo, sin hacer excepción alguna a esta regla”*¹⁵⁷.

A mi entender, el legislador equiparó la culpa lata al dolo para posibilitar la prueba de este último sin necesidad de adentrarse en un subjetivismo siempre difuso, sino mediante un hecho objetivo e incurioso. La culpa grave es parte del dolo, de manera que no podría sujetarse a un régimen distinto.

En la misma línea, Baraona no acepta *“que el dolo deba probarse y la culpa grave se presume, pues el Código entiende que ambas nociones son equivalentes, y es razonable que así sea, pues se evita con ello la prueba de la intención y, por otra parte, no parece justo someter a consecuencias gravosísimas, como es la equiparación al dolo, a una conducta presumida”*¹⁵⁸. Ahora bien, la equiparación absoluta es reforzada por la circunstancia que para este civilista se funda en la común oposición a la buena fe, de manera que es lógico exigir la demostración de su antítesis. Esto se logra acreditando los hechos materiales que importan un incumplimiento extremadamente negligente, prueba bastante más fácil de rendir que la de la intención¹⁵⁹.

Finalmente, en una opinión que me parece más razonable pues permite sortear los inconvenientes de sostener una asimilación absoluta frente a la presunción general de culpa, Abeliuk es partidario de equiparar el dolo y la culpa grave para los efectos probatorios y exigir al acreedor la demostración de la incuria en caso que este quiera hacer valer alguna de las consecuencias particulares del dolo, en especial la indemnización de los perjuicios imprevistos. Caso contrario, el incumplimiento se presumirá culpable, incluso con culpa grave, tratándose de un contrato en que el deudor deba observar un nivel mínimo de diligencia¹⁶⁰. Esta solución resulta sobre todo plausible en un contrato gratuito, en el que sería ilógico e injusto imponer al acreedor la prueba de la culpa grave del deudor.

c.2) Por sentencia de 11.07.1946, la Corte Suprema tuvo que resolver un recurso de casación en el fondo recaído sobre la terminación inmediata de un arrendamiento de predio rústico por aplicación del artículo 1979 CC¹⁶¹.

El actor indicó que la infracción de un conjunto de obligaciones de hacer y de no hacer por parte del demandado configuraba el “caso grave” aludido por dicho precepto. Estos incumplimientos consistían en no haber limpiado canales ni desagües, no haber arrancado maleza, haber explotado los montes para objetos ajenos al fundo y haberse dedicado a la fabricación de adobes para otro fundo, utilizando una gran cantidad de árboles del predio arrendado.

La demanda fue acogida en primera instancia, no así por la Corte de Apelaciones de Talca. Esta, por sentencia de 17.10.1945, negó lugar a la acción tanto porque los hechos en que se fundaba no constituían casos graves, como porque *“refiriéndose el artículo 1979 a la culpa, es lógico entender que el caso grave se equipara a la culpa grave, esto es, a la intención positiva de inferir daño en la propiedad ajena, y esta intención no se ha*

¹⁵⁷ Id., p. 61.

¹⁵⁸ BARAONA, ob. cit., pp. 173-174.

¹⁵⁹ Id., p. 174. *“La prueba de la culpa grave es, sin duda, la más fácil, porque ella supone un descuido o negligencia grosera que queda de manifiesto al examinar la conducta del deudor. Por lo tanto, no es un obstáculo que impida obtener la sanción que pesa sobre el contratante incumplidor”*. RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 59.

¹⁶⁰ Cfr. ABELIUK, ob. cit., T. II, p. 683.

¹⁶¹ RDJ, T. 43, sec. 1ª, pp. 551 y ss.

probado”¹⁶². Es decir, resolvió exactamente lo contrario que la Corte Suprema en sentencia de 10.11.1920. Aunque sin pronunciarse respecto de los efectos de la asimilación, ciertamente le dio un extenso alcance.

La Corte Suprema rechazó el recurso de casación en el fondo interpuesto, considerando que los hechos habían sido correctamente calificados por el tribunal de alzada. La Corte Suprema no atribuyó importancia decisiva para resolver este asunto a la asimilación formulada por la Corte de Apelaciones entre el caso grave y la culpa lata. Sin embargo, dejó entrever que tal equiparación adolece de un error manifiesto: *“cualquiera sea el error en que pueda haber incurrido la sentencia al asimilar el caso grave a la culpa grave y al dolo, a pesar de que el artículo 1979 del Código Civil obliga al arrendatario a gozar del fundo como buen padre de familia, y de que este, conforme al artículo 44 del mismo Código, tiene una responsabilidad mayor, que llega hasta la culpa leve, no habría influido dicho error en lo dispositivo del fallo, porque siempre quedan en pie las demás consideraciones que, aparte de la ya indicada, se contienen en la misma sentencia, relativas a la escasa importancia de los cargos que se hacen al arrendatario y que se han acreditado en el juicio”*¹⁶³.

Pero cabe destacar que es precisamente la escasa entidad de los hechos o infracciones del arrendatario lo que determinó la desestimación de la demanda. Esto, en mi entender, significa que no hubo incumplimientos suficientemente graves, es decir, constitutivos de culpa lata o dolo.

Si bien el colono responde de la culpa leve, ello no es óbice para que la ley, al decir que en “casos graves” el arrendador puede impetrar la cesación inmediata del arrendamiento, se está refiriendo a perjuicios de considerable cuantía, daños que, normalmente, emanarán de conductas particularmente reprochables. Estas son las dolosas o gravemente negligentes.

Aunque la Corte Suprema haya insinuado que los jueces del fondo incurrieron en un error de derecho al asimilar el “caso grave” a la culpa lata, por otro lado les dio la razón pues rechazó el recurso justamente porque los hechos no fueron lo suficientemente graves. Es decir, en el fondo no habría error en considerar que, frecuentemente, los incumplimientos dolosos o gravemente negligentes abarcan el supuesto de “caso grave” del artículo 1979 CC.

c.3) Por sentencia de 02.07.1984, la Corte de Apelaciones de Concepción¹⁶⁴ acogió una demanda de indemnización de perjuicios por incumplimiento de un contrato de depósito, estableciendo que el depositario incurrió en culpa grave, linderas con el dolo.

c.3.1) M celebró un contrato de depósito con O, para que este guardara el vehículo del primero mientras M se sometía a una intervención quirúrgica. Se acordó que el automóvil sería retirado por T, mandatario de M. Sin embargo, el vehículo fue retirado por un tercero, X, con la anuencia del dueño del garaje (O). Al no disponer de su automóvil oportunamente, M incurrió en una serie de gastos e interpuso acciones criminales en contra de O y X hasta finalmente conseguir la restitución del vehículo. Por estas razones, M demandó a O los perjuicios derivados de la infracción contractual.

c.3.2) Entre otras consideraciones, la Corte tuvo en vista las siguientes:

- *“Que en materia de responsabilidad contractual al actor se le impone la obligación de probar la existencia del contrato y su incumplimiento, siendo de cargo del demandado deudor demostrar que empleó la debida diligencia y cuidado. Es por ello que se sostiene que en materia contractual el acreedor no debe probar la culpa del deudor, sino que esta se presume. Así fluye de los artículos 1.547, 1.671 y 1.698 del Código Civil”;*

¹⁶² Id., considerando 28º, p. 554. Véase *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. Código Civil y Leyes Complementarias*. Ed. Jurídica de Chile, 3ª ed., Santiago (1996), T. I, art. 44, Nº 5, b), p. 201.

¹⁶³ Id., considerando 9º, pp. 557-558.

¹⁶⁴ Gaceta Jurídica, 1984, Nº 49, Materia Civil, sentencia Nº 3, pp. 101 y ss.

- *“tratándose del contrato real de depósito el deudor responde, salvo expresa estipulación de las partes, de culpa grave”;*
- *“Que para una debida ponderación de los antecedentes se hace necesario analizar la naturaleza de la negligencia atribuida a los demandados y para ello cabe recordar que el señor M. encomendó a la firma O. su Renoleta para que se mantuviera en garaje, después de haber sido ella reparada, hasta que ella fuera retirada por el señor T., lo cual fue aceptado y configura el centro del depósito”;*
- *“Que la obligación principal del depositario es la de restituir la cosa dada en depósito cuando ello sea requerido y cuidar de ella empleando la diligencia que alcanza a cubrir la culpa grave, dado sin duda su carácter gratuito”;*
- *“Que cabe detenerse aún más en el comportamiento de O en relación con la entrega de la Renoleta a X: primero aduce que la entregó a una persona a la que solo atina a describir por sus características físicas. Ello demuestra que no consignó dato alguno de esa persona lo que era elemental. Sostendrá más adelante que a X lo había visto por primera vez cuando le hizo entrega del automóvil y que le era un desconocido, todo lo cual implica que mayor deber tenía de exigirle los datos que parecen obvios, su identidad al menos y además verificar si T lo habría autorizado o no para retirarlo puesto que estaba en antecedentes de que este sería quien lo retiraría. Alega también que se habría confundido al oír que X le invocaba un encargo del señor Troncoso que él tomó por T lo que evidentemente demuestra descuido o negligencia supina. Pretende excusarse aduciendo que como X le señalara el lugar donde en la Renoleta se guardaban los documentos, padrón, etc, esto le pareció ‘suficiente garantía’. Sin embargo, X sostiene que al consultar telefónicamente con el garaje y manifestar que los documentos los tenía el abogado señor... del mismo garaje le expresaron que tales documentos estaban en la Renoleta. De otro lado, de aceptar la versión del señor M de que los documentos estaban en el lado derecho del vehículo y no en el izquierdo, todo lo cual demuestra lo feble de las explicaciones exculpatorias de O y ponen de manifiesto una negligencia rayana en el dolo”;*
- *“Todo ello, en fin, pone de manifiesto que de parte de O se incurrió en culpa grave. En efecto, no es posible que quien acepta el rol de depositario entregue, sin exigir autorización del dueño, verifique si esta fuere verbal, la veracidad de ello y ni siquiera deje un recibo firmado ni exija carnet de identidad, ni domicilio de quien la retira, que fue precisamente lo que ocurrió manifiestamente en el caso subjudice”;*
- *“Que de todo lo obrado en el referido expediente no fluye otra conclusión que O actuó en manifiesta connivencia con X lo cual linda en el dolo...”;*
- *“Que según lo dispone el artículo 44 inciso 2° del Código Civil, la culpa grave en materia civil equivale al dolo –civil– de lo que se sigue que los demandados responden también de los perjuicios imprevistos y la responsabilidad es solidaria”.*

c.3.3) La sentencia en comentario merece varios elogios

En primer lugar, deja de manifiesto que la fuente de la responsabilidad contractual es el incumplimiento. La circunstancia que la culpa “se presume” (cfr. arts. 1547, 1671 y 1698 CC) es una cuestión terminológica¹⁶⁵, que en el hecho significa que la indemnización se funda en la infracción contractual y que su límite es el caso fortuito o el pago (“diligencia o cuidado”).

¹⁶⁵ *“Que, en cuanto a la imputabilidad del deudor en el incumplimiento de sus obligaciones, cabe recordar que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1547, inciso 3° del Código Civil, ‘la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo’, norma que se confirma por lo prevenido en el artículo 1671 del mismo Código, al estatuir que ‘siempre que la cosa perece en poder del deudor se presume que ha sido por hecho o culpa suya’, todo lo cual equivale a decir que la culpa contractual se presume, por lo que cabe concluir, a este respecto, que la demandada infringió culpablemente sus obligaciones contractuales”. C. A. Stgo., 29.03.1994, RDJ, T. 91, sec. 2°, considerando 2°, p. 28.*

En segundo término, asimila la culpa grave al dolo para los efectos de agravar la responsabilidad, e incluso reconoce una obligación solidaria tratándose de más de un deudor incurrido en tamaña negligencia. Sin decirlo, se hace aplicación del principio general consagrado en el artículo 2317 inciso 2° CC.

En tercer lugar, analiza el comportamiento de los demandados y, ponderando las circunstancias particulares del caso y las probanzas rendidas en los autos, concluye que se caracteriza por la grave negligencia. Es decir, en este fallo queda demostrado que, para agravar la responsabilidad del sujeto imputado, la culpa lata debe ser probada (si se quiere obtener una indemnización plena), aunque se diga que la culpa “se presume”. En los hechos y con los hechos la culpa lata resultó plenamente acreditada, previa calificación efectuada por el tribunal. En efecto, *“estas disposiciones sobre graduación de la culpa, en la práctica son difíciles de aplicar; por eso, será el juez de la causa quien deberá determinar si existe o no responsabilidad del deudor, debiendo apreciar la culpa con el mérito que arrojen las pruebas producidas en el proceso y tomando como referencia de conducta diligente al tipo medio genérico, tal como lo hace el Código Civil en el artículo 44”*¹⁶⁶.

Asimismo, queda en evidencia en este fallo que la conducta de los demandados es “rayana en el dolo”, lo hace presumir, a tal extremo que los mismos fueron encausados en un proceso penal. En otras palabras, se aprecia que la asimilación se sustenta en la idéntica reprochabilidad civil del dolo y la culpa lata, en la presunción de dolo implícita en la culpa grave y en la dificultad para distinguir ambos comportamientos en el mundo material. En suma, el dolo y la culpa lata son idénticos.

2. La condonación tanto del dolo como de la culpa grave futuros no valen

a) En general, la doctrina chilena extiende a la culpa lata la disposición contenida en el artículo 1465 CC¹⁶⁷. Además, por aplicación de los artículos 10, 1466 y 1682 CC, se sostiene la nulidad absoluta (por ilicitud del objeto) de las cláusulas que eximen al deudor de las consecuencias derivadas de su culpa grave¹⁶⁸.

En el fondo, concurren en la culpa grave los mismos fundamentos que hacen inoperativos estos pactos respecto del dolo: repugna al derecho y a la moral autorizar de antemano una actuación de mala fe, y excluye toda voluntad seria de obligarse –es decir, descarta la existencia misma de la misma obligación– que el cumplimiento quede supeditado al arbitrio de una de las partes, constituyendo una condición meramente potestativa dependiente de la voluntad del deudor, conforme al artículo 1478 CC¹⁶⁹. De ahí que se sostenga que *“tampoco puede renunciarse anticipadamente la culpa lata, por tratarse de un verdadero descuido doloso, por su gravedad extrema”*¹⁷⁰.

Sin embargo, atendido lo dispuesto en el artículo 1558 inciso final CC (norma que no existe en el derecho francés) y dado que ello no implicaría condonar el dolo futuro sino únicamente reducir sus consecuencias, las partes pueden modificar la responsabilidad que proviene de él, disponiendo, por ejemplo, que el deudor solo indemnizará los perjuicios previstos¹⁷¹, cláusula que, *a fortiori*, podría estipularse tratándose de la culpa grave.

¹⁶⁶ STITCHKIN, ob. cit., p. 65.

¹⁶⁷ Para Claro, la dispensa del dolo futuro es ilícita e impide la obligación al depender su cumplimiento del capricho del deudor. Pero excluye este efecto en la culpa grave, confirmando el sentido que a su juicio tiene la asimilación: *“Por lo demás la regla que equipara la culpa lata al dolo es una presunción simplemente legal que admite la prueba contraria, esto es, que no ha existido la intención de dañar”*. CLARO, ob. cit., T. XI, p. 549.

¹⁶⁸ Cfr. MEZA, ob. cit., pp. 268-269; ALESSANDRI, *De la Responsabilidad...*, ob. cit., p. 168.

¹⁶⁹ Cfr. FUEYO, *Cumplimiento e Incumplimiento...*, ob. cit., p. 421. Véase ABELIUK, ob. cit., T. II, p. 683.

¹⁷⁰ Id., p. 422. *“Culpa lata dolo aequiparatur es un concepto que tiene importancia en cuanto al problema de las cláusulas limitativas de la responsabilidad por culpa grave...”*. Id., p. 423.

¹⁷¹ Cfr. ALESSANDRI, *Derecho Civil...*, ob. cit., p. 73. Para este autor las cláusulas que atenúan la responsabilidad derivada de un delito o cuasidelito cometido con culpa lata valen, *“siempre que esta atenuación no*

No obstante, debe dejarse constancia que para Gatica no es posible la atenuación de los efectos del dolo. En efecto, el antecedente histórico del artículo 1558 CC es el código napeolónico, cuyos redactores, apartándose de las ideas de Pothier en orden a moderar la indemnización según los imperativos de la equidad, propiciaron una reparación integral. Por eso señala que *“en caso de dolo, la responsabilidad del deudor por los daños directos no puede sufrir ninguna atenuación, ni siquiera por voluntad de los contratantes, ya que ellos están impedidos de practicar una condonación anticipada del dolo, so pena de nulidad (artículo 1465 del Código Civil)”*¹⁷².

b) La jurisprudencia es consistente con la doctrina mayoritaria antes expuesta:

b.1) Por sentencia de 11.03.1992¹⁷³, la Corte Suprema rechazó un recurso de casación en el fondo interpuesto por el arrendatario de un vehículo que resultó destruido, luego de ser conducido, en completo estado de ebriedad, por el chofer del recurrente. El contrato contenía una cláusula en cuya conformidad la compañía de seguros, contratada por el arrendador, respondía por los daños superiores a 10 Unidades de Fomento, quedando el deducible hasta dicha cantidad de cargo del usuario.

La Corte Suprema hizo suyo el razonamiento de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, que acogió la demanda interpuesta por el arrendador, declarando inadmisibile la alegación del demandado *“en el sentido que su responsabilidad como arrendatario esté limitada solamente hasta 10 U.F. en todo evento, incluso al actuar con dolo o culpa grave, que equivale al dolo en materia civil, de acuerdo al art. 44 del Código Civil. La norma del art. 1465 del mismo cuerpo de leyes dice expresamente que ‘la condonación del dolo futuro no vale’. Ello adolece de objeto ilícito y de lo contrario, serían ineludibles en todo contrato las cláusulas liberatorias del dolo, con las consecuencias delictuales que se introducirían en materia contractual. Por ello no puede entenderse una cláusula en el sentido que el arrendatario no responde de la culpa grave o del dolo futuro superiores a 10 U.F., porque significaría una condonación parcial del dolo o culpa grave futuros”*¹⁷⁴.

b.2) Asimismo, por sentencia de 26.01.1990 la Corte de Apelaciones de Punta Arenas resolvió que *“semejantes convenciones que liberan al deudor de toda responsabilidad en caso de incumplimiento de su compromiso, de suerte que no se obliga a reparar ningún detrimento derivado de la omisión, se basan en el principio de la autonomía de la voluntad y hallan su consagración en los artículos 1547, inciso final, y 1558, inciso 3º, del Estatuto Civil, con la sola limitación que no pueden eliminar la responsabilidad del infractor proveniente de dolo o culpa grave”*¹⁷⁵.

La Corte se basó en lo dispuesto en los artículos 1465, 1466 y 44 CC. Además, teniendo en cuenta que el contrato que dio origen al litigio cedía en beneficio de ambas partes y que, al no haberse estipulado algo diverso, el deudor respondía de la culpa leve, habiendo observado ese grado de diligencia, el demandado podía impetrar la cláusula de irresponsabilidad convenida. Para tal efecto, el tribunal de alzada consideró que se había demostrado en autos que el demandado había obrado de buena fe, la cual excluía al dolo. Además, declaró que *“tampoco medió de su parte aquella negligencia inexcusable y grosera que constituye la culpa grave”*¹⁷⁶.

importe en el hecho la irresponsabilidad de su autor. El inciso final del art. 1558 autoriza expresamente a los contratantes para alterar las reglas que rigen la responsabilidad contractual en caso de dolo. No se ve por qué no ha de poder hacerse lo mismo en materia delictual o cuasidelictual”. De la Responsabilidad..., ob. cit., p. 643; BARROS ERRÁZURIZ, ob. cit., pp. 77-78; FUEYO, *Cumplimiento e Incumplimiento...*, ob. cit., p. 421-422. TOMASELLO, ob. cit., p. 159.

¹⁷² GATICA, ob. cit., pp. 117-118.

¹⁷³ RDJ, T. 89, sec. 1º, pp. 24 y ss.

¹⁷⁴ Id., considerando 11º de la sentencia confirmada, pp. 26-27.

¹⁷⁵ RDJ, T. 87, sec. 2º, considerandos 5º, p. 25.

¹⁷⁶ Id., considerando 9º.

A contrario sensu, si se hubiese comprobado que el demandado incumplió sus obligaciones en forma dolosa o con extrema negligencia la Corte probablemente habría declarado la ineficacia de la cláusula exoneratoria de responsabilidad del deudor, dado que estas estipulaciones ceden siempre en presencia de semejantes conductas, que desplazan las reglas generales de responsabilidad.

b.3) A nivel de normas especiales, también pueden encontrarse casos en que estas limitaciones de responsabilidad no operan en presencia de la culpa grave. Así, por ejemplo, el artículo 1001 del Código de Comercio, contenido en el Título V del Libro III, que trata sobre el transporte marítimo, prescribe lo siguiente: “*El transportador no podrá acogerse a la limitación de responsabilidad establecida en los artículos 992 y 993, si se prueba que la pérdida, el daño o el retraso en la entrega provinieron de una acción o una omisión del transportador realizadas con intención de causar tal pérdida, daño o retraso, o temerariamente y en circunstancias que pueda presumirse que tuvo conocimiento de que probablemente sobrevendrían la pérdida, el daño o el retraso*”¹⁷⁷. La culpa grave se encuentra aludida en la expresión “temerariamente” y, como aparece de manifiesto en este fallo, no puede diferenciarse en la práctica de la intención de dañar o de la voluntad deliberada de no cumplir.

c) La doctrina niega la posibilidad de asegurar las consecuencias derivadas de la culpa lata, fundamentalmente por la consideración general de la nulidad de la dispensa del dolo o culpa lata futuros. Lo que puede inferirse de la jurisprudencia citada en las letras b.1) y b.2) precedentes, así como de la jurisprudencia arbitral.

En este último sentido, se ha resuelto que “*por sí sola la suspensión de la actividad comercial en el inmueble asegurado trae aparejada una agravación del riesgo o una extensión del mismo, toda vez que al no haber moradores ni personal, la propiedad quedó evidentemente más expuesta al acceso y acción de terceros y extraños, circunstancia que es especialmente relevante, pues dejaba el inmueble en una posición extremadamente vulnerable, atendida su ubicación en el Km 350 de la Carretera Panamericana Norte. A juicio del tribunal, apreciando la culpa para las condiciones concretas del riesgo contratado por las partes y atendiendo la ubicación vulnerable del inmueble, un buen padre de familia bajo ningún respecto lo dejaría sin cuidadores día por medio y además los días feriado legal del cuidador contratado, porque en tales condiciones no era posible al asegurado impedir el acceso de terceros extraños que se aproximen al objeto asegurado, proteger su contenido y documentación, estar atento a la ocurrencia de hechos de peligro más o menos inminente, controlar el inicio de un incendio o avisarlo, o impedir su desarrollo o al menos reducir sus efectos, que son obligaciones elementales del asegurado, omisiones que son un descuido grave*”¹⁷⁸.

Aunque se refiera a la responsabilidad extracontractual, son aplicables al ámbito contractual las aseveraciones de Alessandri en el sentido que “*las partes no podrían pactar de antemano la irresponsabilidad por un daño irrogado con culpa lata o grave y es nulo el seguro contra el riesgo procedente del cuasidelito del asegurado cometido con esa misma especie de culpa*”¹⁷⁹, como también que “*puede asegurarse la responsabilidad derivada de la culpa del asegurado, siempre que no sea grave, y la responsabilidad derivada de la culpa y aun del dolo de las personas de quienes aquel responde civilmente, pero de ninguna manera la que provenga del dolo o de la culpa grave del propio asegurado; esta en materias civiles equivale al dolo. El asegurador no puede tomar sobre sí esta responsabilidad, ni aun por una estipulación expresa*”¹⁸⁰.

¹⁷⁷ Véanse también arts. 1002 y 1071.

¹⁷⁸ *Jofré con Cía. de Seguros Generales Cruz del Sur*, 17.07.1998, árbitro Sr. Carlos Eliseo Concha G., citado por CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo. *Jurisprudencia sobre Seguros. Recopilación y Análisis*. Ed. Jurídica de Chile, T. III, Stgo. (1999), pp. 984-985.

¹⁷⁹ ALESSANDRI, *De la Responsabilidad...*, ob. cit., p. 168.

¹⁸⁰ *Id.*, p. 644.

A su vez, para otro autor, en la hipótesis que se cubriera el dolo o culpa grave del asegurado, en estricto rigor la sanción sería la inexistencia del contrato de seguro, al faltar el riesgo asegurable, elemento de la esencia de esta figura: *“los eventos constituidos por la culpa grave y el dolo del asegurado no importan riesgos, por varias razones: primero, porque para nuestro Código de Comercio es de la esencia del riesgo que sea un caso fortuito, idea que se contraponen a la acción deliberada o gravemente negligente del asegurado; si el Código admite como constitutivos de riesgo el hecho ajeno del cual responde civilmente el asegurado, el vicio propio y la culpa leve y levísima del asegurado, lo hace como excepciones específicas a la noción fundamental de riesgo que él mismo define. Por otra parte, hemos dicho que el riesgo comporta el principio de la incertidumbre, que es incompatible con la idea de estar algo sujeto a la mera voluntad, malicia o imprudencia temeraria de alguien”*¹⁸¹. Se aprecia una aplicación concreta de la idea subyacente al efecto agravatorio de la responsabilidad contractual ante el dolo o la culpa lata: la desaparición del contrato, en este caso como consecuencia de la falta de riesgo asegurable.

Por mi parte, no puedo sino estar de acuerdo con la aplicación de la regla asimilativa en este ámbito, fundamentalmente por una consideración ético-jurídica: prevenir los incumplimientos deliberados. Sin embargo, asisten razones económicas o de eficiencia del sistema que pueden conducir a la conclusión opuesta, en el sentido que *“la aceptación general del seguro nos muestra que no nos importa demasiado que la parte culpable satisfaga a la víctima, con tal que esta sea indemnizada”*¹⁸².

Conforme a este criterio, no puede ciertamente prescindirse del sujeto causante de los perjuicios ni de las condiciones para la puesta en marcha de la responsabilidad, pero *“la identidad del responsable no constituye más que una suerte de procedimiento, sin efecto concreto, a partir del momento en el cual el asegurador de la responsabilidad se sustituye en responsable para indemnizar a la víctima. Entonces, el propio responsable desaparece en un rol secundario y un poco abstracto, mientras que la indemnización de la víctima pasa a primer plano”*¹⁸³.

3. La asimilación en otros ámbitos: la culpa grave como figura obstativa de la acción de nulidad absoluta y de la acción por vicios redhibitorios

Aunque no se vinculan directamente con la responsabilidad contractual (de hecho, la declaración de nulidad borra el contrato, desapareciendo así el fundamento de la responsabilidad, aunque es ese efecto precisamente el que produce el incumplimiento doloso), la ley aplica la equiparación en la nulidad y en los vicios redhibitorios.

a) De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1683 CC, la nulidad absoluta no puede impetrarse por quien *“ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba”*, precepto en el cual se ha reconocido una sanción expresa de la mala fe¹⁸⁴, la que supone un conocimiento real o efectivo y no la ficción aludida por el artículo 8° del mismo código¹⁸⁵.

¹⁸¹ BAEZA PINTO, Sergio. *El Seguro*. Ed. Jurídica de Chile, 3ª edición actualizada por Juan Achurra L., Stgo., (1994), p. 69.

¹⁸² Cfr. CALABRESI, citado por ALTERINI, Atilio; AMEAL, Oscar José; y LÓPEZ CABANA, Roberto M. *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*. Ed. Abeledo-Perrot, 4ª ed., B. Aires (1993), p. 182.

¹⁸³ LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. *L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation*. Revue Trimestrielle de Droit Civil, París, Sirey (1987), p. 7, traducción por Eliana A. Núñez en ALTERINI, Atilio y LÓPEZ CABANA, Roberto. *Derecho de Daños*. Ed. La Ley, B. Aires (1992), p. 21.

¹⁸⁴ “Las limitantes que el artículo 1683 impone al que ejecutó el acto o celebró el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba, son inhabilidades especiales que se imponen como sanción por la mala fe”. RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. *Inexistencia y Nulidad en el Código Civil Chileno. Teoría Bimembre de la Nulidad*. Ed. Jurídica de Chile, Stgo. (1995), p. 218.

¹⁸⁵ Id., p. 199. “Esto es tan evidente que, de no ser así, nunca podrían los que ejecutan o celebran un acto o contrato alegar por su parte la nulidad absoluta, ya que siempre la ley los consideraría como sabedores del vicio que afectaría al negocio jurídico”. C. A. Pedro Aguirre Cerda, 29.01.1988, RDJ, T. 85, sec. 2ª, considerando 15º, p. 8.

La jurisprudencia ha precisado que *“investigando acerca de los orígenes de este precepto prohibitivo de nuestra ley civil, se llega hasta el Derecho Romano en que hubo preceptos similares que dieron nacimiento al conocido aforismo jurídico ‘nemo auditur propriam turpitudinem allegans’, esto es, en términos más simples, ‘que nadie puede ser oído cuando alega su propia torpeza’, máxima que reproducida más tarde por Delvincourt y traducida del francés por don Andrés Bello bajo la norma de que ‘nadie puede alegar su propia inmoralidad’, inspiró la nota marginal puesta por este como comentario al precepto análogo al artículo 1683 que se contenía en el ‘Proyecto Inédito de Código Civil’, que figura en el tomo XIII de sus ‘Obras Completas’ y que revela el pensamiento de nuestro Código. Y de estos antecedentes puede inferirse racionalmente que esta prohibición, que es a la vez sanción del litigante inmoral, es de carácter restrictivo y personalísimo en atención al móvil que la inspira y, por ende, no puede operar sino respecto de la persona natural que celebró el acto o contrato a sabiendas del vicio existente”*¹⁸⁶.

De ahí que se haya resuelto que *“un comerciante experimentado y exitoso que no podía ignorar, en caso de haber existido el vicio que pretende, las circunstancias en que este se fundaría, por lo que, a la luz de lo que dispone el artículo 1683 del Código Civil, está privado de la titularidad de la acción de nulidad absoluta dado que alega su propia torpeza”*¹⁸⁷.

Pero fue por sentencia de 14.08.1956, recaída en un recurso de casación en el fondo, que la Corte Suprema expresamente aplicó la asimilación a esta importante materia, declarando: *“Que la excepción establecida en el citado artículo 1683, que se supone infringido, en punto a impedir que inicie la acción de nulidad absoluta el contratante que sabe o debe saber el vicio que invalida el acto, contempla dos casos, dada la forma de su redacción. El primero, cuando la persona que celebró el contrato tiene un conocimiento real y efectivo del vicio o defecto del mismo, al emplear el gerundio ‘sabiendo’. Y el segundo, cuando dicha persona no pudo ignorarlos sin que incurra en una grave negligencia de su parte, al usar la frase ‘debiendo saber’”*¹⁸⁸. Este criterio viene a confirmar el idéntico tratamiento legal que reciben las conductas teñidas de dolo o culpa grave, al no ser posible deslindarlas en la práctica.

b) Lo propio acontece en ciertos preceptos que tratan de los vicios redhibitorios

Conforme al artículo 1858 (regla 3ª) CC, uno de los requisitos de los vicios redhibitorios consiste en *“ser tales que el comprador haya podido ignorarlos sin negligencia grave de su parte”*. De ahí que se haya resuelto que *“la no existencia de un camino en el fundo vendido no puede considerarse como vicio redhibitorio, porque no es un hecho oculto y es de tal naturaleza que el comprador no ha podido ignorarlo sin grave negligencia de su parte”*¹⁸⁹.

Por otro lado, el artículo 1861 otorga el derecho a la indemnización de perjuicios provenientes de estos vicios, adicionalmente a la rebaja del precio o a la restitución de la cosa, *“si el vendedor conocía los vicios y no los declaró, o si los vicios eran tales que el vendedor haya debido conocerlos por razón de su profesión u oficio”*.

El artículo 1865 concede la acción redhibitoria y la de indemnización de perjuicios excepcionalmente en caso de ventas forzadas, *“si el vendedor, no pudiendo o no debiendo ignorar los vicios de la cosa vendida, no los hubiere declarado a petición del comprador”*.

En el mismo sentido, el artículo 1934 CC excluye el derecho del arrendatario a la indemnización del daño emergente (y del lucro cesante, en su caso, ex art. 1933) por el vicio de la cosa arrendada anterior al contrato, si dicho arrendatario conocía el vicio *“o si el vicio era tal, que no pudo sin grave negligencia de su parte ignorarlo”*.

¹⁸⁶ C. A. Stgo., 21.11.1952, RDJ, T. 51, sec 1ª, considerando 6º, p. 48, confirmada por C. S. 12.01.1954.

¹⁸⁷ C. A. Stgo., 01.08.1992, Gaceta Jurídica, 1992, N° 146, p. 49.

¹⁸⁸ RDJ, T. 53, sec. 1ª, pp. 169 y ss, considerando 8º, p. 176.

¹⁸⁹ C. A. Stgo., 28.06.1881, Gaceta 1881, N° 994, p. 617. *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. Código Civil y Leyes Complementarias*. Ed. Jurídica de Chile, 3ª edición, Stgo. (1997), art. 1858, N° 14, pp. 344-345.

- c) De todas estas reglas se desprende que el concepto “*debiendo saber o conocer*” supone una negligencia grave, una ignorancia crasa o supina, cuya reprochabilidad es sancionada del mismo modo que el dolo, mediante diversos arbitrios contemplados por la ley según la situación concreta: sea impidiendo accionar de nulidad, sea agravando la responsabilidad, sea obstando demandar la indemnización¹⁹⁰. Son aplicaciones particulares de la máxima asimilativa, que confirman la identidad entre ambos y la pertenencia de la culpa lata al dolo.

V. CONCLUSIONES

1. El examen del concepto legal de dolo puede conducir a entenderlo en sentido amplio o restringido. Más allá de esto, el dolo debe ser probado mediante hechos constitutivos de incumplimiento, que permitan inferir la intención de perjudicar o la conciencia de incumplir.

La culpa grave viene en auxilio del dolo, atendida la complejidad de afirmar este último. Es preferible por razones de seguridad sostener que una determinada infracción contractual configura un caso de culpa grave, que atribuirlo directamente al dolo, por amplia que sea la acepción utilizada por el juez. Esta es una ventaja formal de la equiparación, pero de gran potencialidad en la práctica, atendida la renuencia o reticencia de nuestros tribunales, explicable por cierto, a imputar al dolo las infracciones contractuales.

En este sentido, parece sensato mantener la regla equiparativa del artículo 44 CC. Más aun si entre el dolo y la culpa grave no existen diferencias reales, verificables, sino únicamente semánticas. Aquí en definitiva se propone recurrir a la culpa lata como el medio más seguro para establecer el dolo contractual. Por eso no puedo compartir el criterio de la legendaria sentencia de 10 de noviembre de 1920 de la Corte Suprema –citada en este trabajo– que tanta influencia teórica ha ejercido hasta ahora, ya que en ella se prescindió de este elemento clave para entender la asimilación: la culpa lata es el comportamiento objetivo correspondiente al dolo.

2. En cuanto a la justificación de la máxima equiparativa:

- a) La asimilación de la culpa lata al dolo encuentra sentido, primeramente, en la pertenencia de aquella a este.
- b) Seguidamente, ambos son los opuestos por antonomasia de la buena fe, fundamento que está presente en la historia de la ley y que proviene de Pothier. La culpa grave y el dolo transgreden el mínimo de diligencia exigible en el comportamiento de los contratantes, esta “moral del deber”, lo que justifica su sanción *ex ante* (prohibición de las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad) y *ex post* (agravación de la cuantía indemnizatoria).

En relación con lo anterior, es notable que el legislador no haya considerado que la división tripartita de la culpa no era sustentable en los contratos que solo exigen una conducta acorde a la buena fe, en los cuales se imponía una división bipartita, entre el dolo (comprendivo de la culpa grave) y la culpa (ordinaria o levísima).

Pero incluso más allá de esta clase de contratos, la verdad es que todo vínculo fundado en la promesa voluntaria debe llevarse a cabo en forma leal, oponiéndose a este imperativo toda infracción caracterizada por el dolo o la falta enorme. Si esta última no fuese en realidad dolo, no podría explicarse su contradicción respecto del principio de la buena fe. Por eso, cabe reiterar el absurdo que significa entender literalmente la definición de la equiparación: la tontera es diferente a la malicia. El punto es impedir que, so pretexto de actuar irreflexivamente, se haya ocultado una actuación dolosa.

¹⁹⁰ En similar sentido puede citarse el art. 6 inc. 3° del DL N° 776, conforme al cual el encargado de realizar la prenda no tiene derecho a remuneración si se hubiere hecho responsable de dolo o culpa grave.

- c) Exteriormente, la culpa lata no se distingue del dolo. Más bien la intención (elemento subjetivo del dolo) se hace indisoluble con el hecho (incumplimiento gravemente culpable o elemento externo del dolo). De ahí que la Corte Suprema, en sentencia de 1 de junio de 1937, también citada en esta investigación, haya declarado que se incurre en un error de derecho al darse por establecida la culpa grave y excluir no obstante el dolo.
- d) Asimismo, la culpa grave es la forma de probar el dolo. Acreditado el incumplimiento incurioso, el tribunal podrá dar o no un paso adicional y declarar o no que esa infracción fue dolosa. En todo caso, como se indica en alguna parte de este trabajo, será suficiente que dicha infracción contractual sea calificada de gravemente negligente para que el acreedor se beneficie de las consecuencias asociadas al dolo.

A su vez, la prueba en contra que rinda el deudor deberá encaminarse a demostrar el cumplimiento, el caso fortuito o la culpa leve o levisima.

3. La asimilación entre la culpa lata y el dolo es absoluta:

- a) La culpa lata agrava la responsabilidad contractual, e incluso influye en la cuantía indemnizatoria en la responsabilidad extracontractual. Al destruirse la base de la indemnización limitada a los perjuicios previstos o previsibles —el contrato— no hay razón para estarse a lo que las partes pudieron proyectar que obtendrían del cumplimiento. Se configura una situación similar a la que sustenta la responsabilidad extracontractual, imponiéndose la reparación integral.
El dolo (y la culpa lata) siempre obliga a restablecer la situación inmediatamente anterior. Por eso, no se trata de dejar al acreedor como si el deudor hubiese cumplido la prestación prometida, sino que se trata de dejarlo indemne, tal *como si no hubiese contratado*.
- b) El dolo y la culpa lata obstan a la validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad y a los seguros. En este último supuesto, se nota especialmente esta destrucción de la base contractual dado que una y otra figura excluyen el riesgo asegurable.
Lo importante es que la política legal es desincentivar *ex ante*, mediante la aplicación de esta regla de inalienabilidad, sustentada en razones de orden público contractual, los incumplimientos frontalmente contradictorios con la voluntad, que es la fuente de la obligación y de la responsabilidad.
- c) En cuanto al aspecto probatorio, el principio es que debe probarse el dolo y también la culpa grave por cuanto esta forma parte de su estructura.

Aplicándose la verdadera división de la culpa, a saber entre el dolo (y culpa lata) y la culpa (leve o levisima), puede concluirse que el artículo 1547 CC solo puede estar refiriéndose a la culpa ordinaria o levisima. En efecto, el incumplimiento es fuente de la responsabilidad y en él se entiende ínsita la culpa a que el deudor se había obligado. Por eso se presume culpable el incumplimiento. Sin embargo, el dolo y la culpa lata son elementos que operan a nivel de la agravación de responsabilidad (son los únicos factores subjetivos o de reprochabilidad de la conducta del deudor), de manera que para la obtención de este efecto será menester su prueba. Y como la demostración del dolo pasa por la acreditación de la culpa grave, en definitiva esta última deberá ser probada cada vez que el acreedor pretenda una indemnización integral de los perjuicios o quiera excluir una cláusula restrictiva de responsabilidad.

Más que sostener que la culpa lata debe probarse para evitar una discriminación arbitraria en perjuicio del acreedor víctima del dolo (quien deberá probarlo) en beneficio del deudor doloso —en relación con la ventaja insuperable del acreedor perjudicado por un deudor particularmente torpe (se presumiría esa extrema negligencia, según el artículo 1547 CC, aplicándosele los efectos propios del dolo)— se trata de imponer la prueba del dolo para contrarrestar la presunción general de buena fe. Siendo la culpa grave la más plausible mani-

festación externa del dolo y, consecuentemente, su principal prueba (presunción), es indudable que ella debe acreditarse en el proceso para obtener la aplicación de alguno de los efectos contemplados por la ley para el dolo.

4. En definitiva, mi postura es que la culpa grave forma parte del dolo: es su manifestación externa y por eso es la mejor vía para demostrarlo; la culpa lata se asimila totalmente al dolo; por último, la equiparación es una decisión de política jurídica cuyo objeto es tutelar el crédito, sancionando el dolo de manera más eficaz, lo que justifica su mantención en los términos del artículo 44 CC. Como sostiene un autor, quien en todo caso diferencia ontológicamente dolo y culpa grave, "*no parece que en realidad la equiparación en sus efectos provenga de una casi identidad de propósitos. Se trata más bien de una elección legislativa a favor de la víctima*"¹⁹¹.

¹⁹¹ FIGUEROA ARANEDA, Selín. *La culpa civil ante la jurisprudencia chilena*. Memoria de prueba, Universidad de Concepción (1990), p. 75. La cita corresponde a un comentario del director de esta memoria, el profesor don Ramón Domínguez Aguila.