

NOTAS SOBRE LA JUSTIFICACIÓN DEL PRINCIPIO ASIMILATIVO DE LA CULPA LATA AL DOLO EN LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL¹

CRISTIÁN BANFI DEL RIO

1. El artículo 44 (inciso 2º) del código civil chileno consagra la máxima *culpa lata dolus aequiparatur*. La redacción ("*Esta culpa en materias civiles equivale al dolo*") y la ubicación del precepto son sintomáticos de la calidad de principio general del derecho privado que reviste dicho aforismo². A pesar de su alcance, el interés mayoritario de la doctrina extranjera se centra en la fundamentación y en la aplicación de los conceptos jurídicos involucrados en el adagio³ en materia de responsabilidad contractual⁴. De ambos tópicos, lógicamente las razones en que se sustenta la equiparación preceden en importancia a los efectos que dimanen de su aplicación.

2. En las fuentes romanas se aprecia que el momento subjetivo de la responsabilidad originalmente se limitó al dolo⁵, cuya acepción clásica⁶ implicaba, o la conciencia del

¹ El presente es un extracto de un capítulo de la tesis para optar al grado de Magíster en la Escuela de Graduados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, en la que el autor actualmente trabaja.

² El adagio encuentra un espacio en el "conjunto de cuestiones que incluimos entre los principios generales del derecho: 'consideraciones' de la jurisprudencia y axiomas y máximas propuestos por la doctrina". Esser, Joseph. *Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado*. Ed. Bosch, traducción de la edición alemana por Eduardo Valentí F., Barcelona, (1961), p. 4. El *culpa lata dolus* est se impone y cumple una función de integración en la responsabilidad civil con abstracción de su reconocimiento legal, como demuestra la jurisprudencia francesa que constantemente se remite a él, a pesar que el código napoleónico no contiene una regla similar al art. 44 CC. En efecto, "en tanto que principios, son eficaces con independencia del texto legal. Su justificación les viene de la naturaleza de la cosa o de la institución respectiva, y constituyen una pieza funcionalmente necesaria de toda solución concreta que entre en este círculo común de problemas. De ahí que, dadas unas circunstancias análogas, sean igualmente bien conocidos en todos los sistemas jurídicos, incluso allí donde ninguna ley los 'conoce'". Id., p. 7. En nuestro derecho el adagio participa del carácter de principio normativo, mientras que en otros ordenamientos desempeña el rol de principio informativo deviniendo con frecuencia en un principio material, como consecuencia de la acción jurisprudencial. (Cfr. Id., pp. 114, 116-117, 121).

³ El dolo y la culpa grave son conceptos jurídicos normativos, por cuanto "en oposición a los conceptos descriptivos, apuntan a datos que no son simplemente perceptibles o experimentables, sino sólo (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. 143. Su normatividad emana del hecho que, previo a su aplicación, el intérprete debe efectuar una valoración de los datos y luego decidir si, por ejemplo, el incumplimiento contractual fue doloso o groseramente descuidado.

⁴ Lo que afecta de suyo al derecho chileno, por cuanto: se erige sobre un esquema de responsabilidad subjetivo; estatuye una división tripartita de la culpa; y el dolo hace excepción a las reglas, en cuanto es un factor de agravación (art. 1558 CC), que debe ser probado por el acreedor (art. 1459 CC), que no puede ser excluido de antemano (art. 1465 CC) y puede originar solidaridad (art. 2317 inc. 2º).

⁵ Cfr. Jörs, Paul y Kunkel, Wolfgang. *Derecho Privado Romano*. Ed. Labor S.A., traducción de la 2ª edición alemana por L. Prieto Castro, Barcelona, (1937), p. 247. En un comienzo, la culpa remitía a la idea de imputabilidad (por la necesidad de conectar el acto humano con el evento dañoso). En la época justiniana, interpolándose los textos clásicos, adquirió "un significado técnico de negligencia, de previsible no previsto, de impericia en el propio arte u oficio". Arangio-Ruiz, Vincenzo. *Instituciones de Derecho Romano*. Ed. Depalma, traducción de la 10ª edición italiana por José M. Caramés, B. Aires, (1952), p. 424.

⁶ Es la definición tomada de Labeón por Ulpiano, contenida en el libro 4, título 3, párrafo 2 del Digesto:

daño que deriva del acto y que, no obstante, voluntariamente se realiza⁷, o un acto ilícito cometido con la perversa intención de lesionar el derecho ajeno (*animus alteri nocendi*)⁸ concretado en el propósito de infringir la obligación contractual⁹. Sin embargo, en esencia el dolo es la antítesis de la buena fe¹⁰ y es la amplitud de ésta la que producirá una hipertrofia del dolo¹¹, de modo que sólo los actos dolosos de evidente y consciente deslealtad se estimaban atentatorios contra la buena fe. De su naturaleza antinómica a la buena fe derivan tres consecuencias: no puede ser excluido de antemano; intensifica la obligación de indemnizar los perjuicios y debe ser probado por quien lo alega¹². Posteriormente la noción clásica-estricta perdió su pureza y elasticidad

"toda malicia, engaño o maquinación para valerse de la ignorancia de otro, engañarle o defraudarle". *El Digesto de Justiniano*, Ed. Aranzadi, T. I., versión castellana por Alvaro D'Ors, Pamplona, (1968), p. 184.

⁷ Jörs, Paul y Kunkel, Wolfgang, ob. cit., pp. 247.

⁸ Serafini, Felipe. *Instituciones de Derecho Romano*. Ed. Espasa, traducción de la 9a edición italiana por José María Trias, Barcelona, no se informa el año, pp. 83.

⁹ Arangio-Ruiz, Vincenzo, ob. cit., p. 425. En el mismo sentido, Arias Ramos, J.. *Derecho Romano*, Ed. Revista de Derecho Privado, 10a edición, Madrid, no se informa el año, p. 574.

¹⁰ "Bona fides no significa ya la fe, nacida de un error, en la existencia o inexistencia de un hecho, sino el parecer unánime de las personas razonables y honradas, que se revela en los usos sociales y señala los derechos que, bajo determinadas circunstancias, corresponden al acreedor en una relación contractual". Von Thur, Andreas. *La buena fe en el derecho romano y en el actual*. Revista de Derecho Privado, traducción de W. Roces, Madrid, (noviembre 1925), p. 340. Se trata de una "norma jurídica de contenido moral que tiene valor integrativo e interpretativo para las relaciones jurídicas y responde a la idea genérica y abstracta de lealtad, estando equiparada la buena fe, en definitiva, a la conducta del hombre honesto". Molleda, José Antonio. *La presunción de buena fe*. Revista de Derecho Privado, Madrid, (1962), p. 23. La mayor exigencia impuesta por esta connotación ética de la buena fe priva de protección al comportamiento que no es valorado como el más adecuado según la diligencia socialmente exigible. Wieacker, Franz, *El principio general de la buena fe*, Ed. Civitas S.A., traducción de la edición original en Alemán por José Luis Carro, prólogo de José Luis Diez-Picazo, Madrid, (1983), pp. 14-15. Como se ha dicho, "es en el aspecto subjetivo de la buena fe donde se revela de modo más intenso el contenido material de la misma, de evidente carácter ético". De Los Mozos, José Luis, *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil español*. Ed. Bosch, Barcelona, (1965), p. 27. La valoración del animo interno es un problema jurídico, en que destaca la buena fe como una particular aplicación del principio más general *alterum non laedere*. Id., p. 29.

¹¹ "No sólo comprendía el acto antijurídico consciente, la conducta artificiosa y falaz, sino toda clase de deslealtad, todo obrar impropio de personas honradas". Jörs, Paul y Kunkel, Wolfgang, ob. cit., p. 254. Incluso contenía un cierto deber de diligencia, según advierte Jordano Fraga, Francisco. *Consideraciones preliminares para un estudio crítico de las reglas de responsabilidad contractual en el Código civil español*. Anuario de Derecho Civil, T. 37, Madrid, (1984), fasc. 1º, p. 129. En el mismo sentido, Betti, Emilio. *Tratado General de las Obligaciones*. Ed. Revista de Derecho Privado, T. I., traducción de la 1a edición italiana por José Luis de los Mozos, Madrid, (1969), p. 134; e Iglesias, Juan. *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*. Ed. Ariel, 6a ed., Barcelona, (1972), p. 493; En elocuentes palabras de Morales: "de la contraposición entre *dolus malus* y *bona fides* presente en Roma, nos encontramos dentro de este sistema con una idea más amplia de dolo, que se va perfilando en la medida que se va dando mayor acogida en el mismo a las exigencias de la buena fe...hubo un momento en que las exigencias de renovación que planteaba el ordenamiento hubieron de ser cubiertas, dando un contenido más amplio a la buena fe". Morales Moreno, Antonio. *El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa*. Anuario de Derecho Civil, T.35, (1982), fasc. 3º, p. 596.

¹² "...todo deudor responde de las consecuencias de su dolo, pues la mala fe no podría ser para nadie una causa de liberación. Esto es aquí un principio de orden público: las partes no podrían derogarlo por un convenio contrario". "El dolo no se presume: al acreedor, que pretende que el dolo del deudor es la causa de la inejecución de la obligación, toca hacer la prueba". Petit, Eugene. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Ed. Porrúa, traducción de la 9a edición francesa por José Ferrández G., México, (1998), p. 468. Cfr. a los libros 23 y 27 -párrafo 4- del Digesto. Para Iglesias "se niega eficacia al *pactum de dolo* no raeitando, por ser contrario al interés general, que exige la represión de todo acto doloso". Iglesias, Juan, ob. cit., p. 497.

primigenias, incluyendo incumplimientos contractuales gravemente culpables, comparándose la conducta del deudor con el cuidado que debiera observar en sus propios asuntos; la infracción de este deber le constituye de mala fe¹³.

Por otro lado, la precisión del momento histórico en que surgió la culpa lata y la máxima no sólo es discutida¹⁴, sino que cede en importancia ante la claridad de su formulación en el Digesto¹⁵. Con énfasis en sistematizar y moralizar el derecho¹⁶, los

¹³ Si la responsabilidad del deudor en las obligaciones de buena fe se funda en la regla contemplada en el libro 108, título 12 del Digesto ("El deudor sólo es responsable de culpa leve si saca una ventaja de la obligación que le liga al acreedor"), faltando ese interés su responsabilidad deberá reducirse al dolo o culpa lata. Cfr. Petit, Eugene, ob. cit., p. 469. Los Mazeaud y Tunc califican estas obligaciones de buena fe del derecho romano como verdaderas obligaciones de medio. Indican además que la noción de culpa contractual en el derecho clásico se redujo a la indagación sobre si el deudor cumplió o no de buena fe. Mazeaud, Henri y Leon, y Tunc, Andre. *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*. Ed. Jurídicas Europa-América, T. I., Vol. I, traducción de la 5ª edición francesa por Luis Alcalá-Zamora, B. Aires, (1962), p. 43. Para Giorgi "si usa un cuidado extraordinario en custodiar lo suyo y en sus propios negocios demuestra evidentemente con ello que lo considera indispensable, y si lo estima así, el hecho de no usarle con el acreedor le constituye en mala fe". Giorgi, Giorgio. *Tratado de las obligaciones en el Derecho Moderno*. Ed. Reus S.A., Vol. II, traducción de la 7ª edición italiana por Eduardo Dato (Revista General de Legislación y Jurisprudencia), Madrid, (1928), pp. 66-67.

¹⁴ Entre otros partidarios del origen clásico: Jörs, Paul y Kunkel, Wolfgang, ob. cit., pp. 254, 257 y 258; Iglesias, Juan, ob. cit., pp. 496-497; Cian, Giorgio. *Lata culpa dolo aequiparatur*. Rivista di Diritto Civile, Cedam, Parte Prima, Anno IV, traducción libre, Padova, (1963), pp. 148-178; Arias Ramos, J., ob. cit., p. 578, nota 431. De los autores para quienes el principio equiparativo surgió en el período postclásico destacan: Kaser, Max. *Derecho Romano Privado*. Ed. Reus, versión directa de la 5ª edición alemana por José Santa Cruz T., Madrid, (1968), p. 170; Arangio-Ruiz, Vincenzo, ob. cit., p. 429; Mazeaud, Henri y Leon. *Lecciones de Derecho Civil*, Ed. Jurídicas Europa-América, Parte II, Vol. II, *La responsabilidad civil y los contratos*, traducción de la 1ª edición francesa por Luis Alcalá-Zamora, B. Aires, (1978), pp. 111-113; De Ruggiero, Roberto. *Instituciones de Derecho Civil*. Ed. Reus, traducción de la 4ª edición italiana por Ramón Serrano y José Santa Cruz, Madrid, s/año, p. 126, nota 1; Josserand, Louis, *Teoría General de las Obligaciones*. Ed. Bosh, T. II, Vol. I., traducción de la edición francesa por Santiago Cunchillos y Manterola, B. Aires, (1950), p. 490; Jordano Fraga, Francisco. *Consideraciones...*, ob. cit., p. 127, nota 61; De Medio. *Studi sulla culpa lata in Diritto Romano*, *Bulletino Istituto di Diritto Romano*, N°17, Milán, (1905), pp. 5 y ss, citado por Serafini, Felipe, ob. cit., p. 83, nota 4 (y a quien se atribuye el mérito de "haber demostrado el origen espúreo de estas máximas". Arangio-Ruiz, Vincenzo, ob. cit., p. 430, nota 7).

¹⁵ "Por interesante que sea bajo el perfil histórico la búsqueda interpolacionística, respecto de la cual nos interesaría sobremanera ser iluminados, en un cierto momento, los romanos equipararon la culpa grave al dolo". Cian, Giorgio, ob. cit., p. 157. *La principal consagración del principio asimilativo en el Digesto* aparece en el libro 16, título 3, párrafo 32: "Lo que decía Nerva de que el dolo es una culpa más lata, no gustaba a Próculo, pero me parece certísimo. Pues si alguno no es tan diligente como requiere la naturaleza de los hombres, no está exento de fraude, salvo que cuide el depósito como hace con sus propias cosas, porque, para ser de buena fe, no pondrá el tal menos diligencia que en sus propias cosas". *El Digesto de Justiniano*. T. I., ob. cit., p. 617. *Otras aplicaciones* las encontramos en: a) la acción contra el agrimensor "...exige solamente dolo malo, porque parecía que se castigaba más que suficientemente al agrimensor si se exigía responsabilidad por el dolo malo de una persona que no se obligó civilmente; claro que la culpa lata se equipara al dolo...", libro 11, título 6, párrafo 1, 1 del Digesto de Justiniano, T. I., ob. cit., p. 453); b) la acción del fiador ("Y si verdaderamente a sabiendas hubiese dejado de interponer la excepción de dolo o la de cantidad no entregada parece incurrir en dolo (pues la negligencia desordenada se acerca al dolo); pero si lo ignoraba, no hay nada que imputarle", libro 17, título 1, párrafo 29, del Digesto de Justiniano, T. I, ob. cit., p. 630); c) la remoción del tutor ("Si no se hubiera cometido fraude, sino negligencia lata, como ésta es próxima al fraude, debe ser removido el tutor como sospechoso", libro 26, título 10, párrafo 7, 1 del Digesto de Justiniano, T. II., versión castellana por D'Ors, Alvaro, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1972, p. 250); d) las acciones de los legatarios y fideicomisarios ("Debemos entender por dolo la culpa grave, pero no todo dolo, sino el que se cometió para perjudicar a los legatarios y fideicomisarios", libro 36, título 4, párrafo 5, 15 del Digesto de Justiniano, T. II., ob. cit., p. 737); e) la responsabilidad del depositario ("...sólo responde si la cosa pereciera por su dolo, y no responde por su negligencia, porque del depositante es la falta si entregó la cosa para que la guardara un amigo negligente;

postclásicos privilegiaron el elemento subjetivo de la responsabilidad contractual y diseñaron la graduación de las culpas¹⁷, similar a las distinciones del período clásico tendientes a fijar el contenido de la buena fe en las obligaciones¹⁸, resultando en el uso de la asimilación y produciendo idénticos efectos prácticos que los alcanzados por los clásicos con una noción más flexible del dolo¹⁹.

Como se insinuó, la asimilación se erige en la buena fe, cuyos límites internos son el dolo y la culpa lata²⁰; no obstante, de los textos romanos pueden colegirse otros argumentos en pro de la equiparación.

En primer término, concebida como una negligencia extrema, "superior al promedio común, es decir, no usar la atención más vulgar, no entender lo que entienden todos"²¹, la culpa lata presenta una estrecha vinculación con el dolo que se manifiesta en la dificultad práctica de distinguirlos objetivamente, afirmándose incluso que comprendía conductas derechamente dolosas²², según queda de manifiesto en las siguientes

sin embargo, se ha admitido que la negligencia más grave entra ya en el crimen de dolo", libro 44, título 7, párrafo 1, 5 del Digesto de Justiniano, T. III., versión castellana por D'Ors, Alvaro, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1975, p. 473). *Las manifestaciones de la culpa lata*: a) "Culpa lata es la negligencia excesiva, es decir, no ver lo que todos pueden ver", libro 50, párrafo 16, título 16, párrafo 213, 2 del Digesto de Justiniano, T. III, ob. cit., p. 864; b) "...La negligencia lata es culpa y la culpa lata es dolo", libro 50, título 16, párrafo 226 del Digesto de Justiniano, T. III., ob. cit., p. 866.

¹⁶ Lo que "debía empujarles a ver en el concepto de culpa la piedra clave para entender y justificar cada uno de los aspectos del agravio y de la responsabilidad contractual. De este modo, el concepto de 'culpa' vino a constituir el punto central y cardinal del sistema de la imputabilidad en las glosas, paráfrasis e interpolaciones que en los textos llegados a nosotros confunden y envilecen el cuadro del Derecho clásico". Betti, Emilio, ob. cit., p. 138.

¹⁷ Se discute si era un sistema bipartito (culpas leve y lata). Para Arias Ramos, J., ob. cit., pp. 575-576, y Jordano Fraga, Francisco. *Las reglas generales de la responsabilidad contractual en el sistema del código civil español*. Anuario de Derecho Civil, T. XXXVIII, Fasc. 2, Madrid, (1985), p. 310, la culpa levisima fue agregada por los glosadores y comentaristas del derecho común. Otros, en cambio, postulan una graduación tripartita de raigambre romana. Chironi, G.P., *La culpa en el Derecho Civil. Culpa contractual*, Ed. Reus, 2a edición española, traducción de la edición italiana por A. Posada, Madrid, (1907), p.80. De Ruggiero, Roberto, ob. cit., pp. 126-128.

¹⁸ Cfr. a Betti, Emilio, ob. cit., pp. 138-139. Jordano Fraga, Francisco, *Consideraciones...*, ob. cit., pp. 130-131.

¹⁹ "En la medida que el conceptualismo y el afán definitorio de los postclásicos circunscribieron el dolo a los casos de incumplimiento agravados por la intención maliciosa del deudor, surgió la necesidad de colocar en los textos clásicos que referían la responsabilidad al dolo (ahora entendido restrictivamente), junto a él, la culpa lata equiparándola al dolo, para englobar aquellos supuestos de incumplimiento igualmente odiosos en los que falta una neta y perversa voluntad de dañar, que ya no entraban en la nueva definición más estricta del dolo". Jordano Fraga, Francisco, *Consideraciones...*, ob. cit., p. 132, nota 73.

²⁰ La ausencia de dolo y culpa es presupuesto de la buena fe, lo que revela su contenido eminentemente moral. Negándose la separación entre el plano moral (*honeste vivere*) y jurídico (*alterum non laedere*) del principio, se sostiene que la buena fe excluye todo espíritu lesivo; "se opone al concepto de dolo, e igualmente al de negligencia, por cuanto la culpa, en general, viene equiparada al dolo, culpa lata dolo aequiparatur". De Los Mozos, José Luis, ob. cit., p. 63.

²¹ Bonfante, Pedro. *Instituciones de Derecho Romano*. Ed. Reus, traducción de la 8ª edición italiana por Luis Bacci y Andrés Larrosa, Madrid, (1979), p. 101. Para Petit (ob. cit., p. 468) "es aquella que no comete un hombre dotado de la inteligencia más vulgar; así es una falta grave abandonar la casa dejando la puerta abierta, cuando hay en ella objetos preciosos", mientras Jordano Fraga (*Las reglas generales...*, ob. cit., p. 310) la identifica con "la más burda incuria, la violación de aquella diligencia que incluso los hombres de aplicación y cuidado inferiores a la media observan".

²² En este sentido se ha sostenido "...vale la regla de que lata culpa dolo aequiparatur, o directamente dolus est", Arangio-Ruiz, Vincenzo, ob. cit., p. 430. Diversos pasajes del Digesto (cfr. 17, 1, 29; 26, 10, 7, 1; 11, 6, 1, 1; 43, 25, 8, 3; 44, 7, 1, 5; 36, 4, 5, 15; 48, 8, 7; 47, 4, 1, 2; 16, 3, 2) inducirían a pensar que entre ambos conceptos sólo habría una diferencia de grado. De Cossio y Corral, Alfonso. *El dolo en el derecho*

tes líneas: "El curioso modo como se define la culpa lata -"non intellegere quod omnes intellegunt"- y la cruda proposición en el Digesto -"magna culpa dolus est"- condujo a Mitteis a observar que puesto que no resulta sencillo el decir si una cierta línea de conducta realmente es deliberada o no, se permitía que los hechos hablasen por sí mismos; uno puede decir que su grosera falta de consideración del interés de la otra parte ha sido simple negligencia, pero éste debería haber sabido actuar mejor de lo que actuó: su conducta no es distinguible del dolus, de forma que es responsable. El resultado es que, incluso partiendo, como claramente lo hizo el Derecho en los inicios de la época clásica, del criterio de que únicamente el dolus acarrearba responsabilidad en un gran número de casos, los juristas alcanzaron más o menos el mismo resultado que se alcanzó más tarde. Lo que la época tardía llama magna o lata culpa, ellos estuvieron dispuestos a tratarlo como dolus"²³.

En segundo lugar, como consecuencia de dicha dificultad, se razona sobre la base que la culpa lata contendría una presunción simplemente legal de dolo²⁴, aplicándose en ambas hipótesis los mismos los efectos jurídicos²⁵. Constatada la extrema difi-

civil. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, (1955), p. 7. En lo que coincide Cian respecto de 4 fragmentos del Digesto (17, 1, 29; 27, 8, 1, 3; 17, 1, 8, 10; y 26, 7, 7, 2) que denotarían el conocimiento y la voluntad del daño, atendida la necesidad de extender el restringido concepto de dolo, reagrupando otros hechos bajo la denominación de culpa grave, Cian, Giorgio, ob. cit., p. 162. A juicio de Binding "culpa significa para los romanos delito -verosíblemente es este más antiguo significado que se ha mantenido desde la más tardía edad imperial- palabra preferentemente usada para indicar el aspecto subjetivo del delito, y designó, antes del descubrimiento de la negligencia, simplemente el dolus malus; después de este descubrimiento la culpa se dividió en dos especies, aquella más grave constituida por el dolo y aquella más leve constituida por la negligencia, raramente, pero seguramente viene llamada culpa leve. Es cuando se hace sentir el hecho que entre el dolo así estrechamente concebido y la negligencia así estrechamente individualizada se creaba fatalmente un terreno intermedio, que fue designado como dolus proximus, culpa dolo próxima o culpa lata, y terminó por incluir casi el dolo antijurídico, el que no poseía la odiosa naturaleza del romano dolus malus, y es casi mérito de conducta dolosa y conducta negligente, mas en ningún caso hecho de pura negligencia". Id., pp. 158-159. "Se deberá al menos convenir con Binding, como han hecho Arangio-Ruiz y De Medio, cuando afirma que algunos pasajes del Digesto, que describen los hechos calificados de 'culpa lata' o 'culpa dolo próxima' no han sido ejemplos de negligencia grave, sino de dolo". Id., p. 161.

²³ 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. Quienes agregan: "Non intellegere quod omnes intellegunt' expresa, a primera vista, una imposibilidad, pero parece ideado para sacar a la luz precisamente la relación entre culpa lata y dolus, antes expresada: digas lo que digas, debes de haber sabido lo que estabas haciendo. De hecho no es negligencia, sino el estado mental llamado por Austin atolondramiento (recklessness), conciencia de los posibles resultados, pero no deseo de que ellos ocurran. Y hay una estrecha similitud entre la clasificación del atolondramiento por Austin, bajo el título de intención, y la romana, por lo menos la romana tardía, culpa lata dolus est. Así, esta conducta o hábito mental, el atolondramiento, está en los dos sistemas entre dolus y culpa, entre intención y negligencia, y tiene un pie en ambos campos". Id., pp. 248-249. Por una parte, se aprecia el gran parentesco entre el "atolondramiento" y la culpa lata.; por otra, producto de la dificultad de distinguirla del dolo, la culpa grave hace presumir la intención en quien la invoca en su propio beneficio.

²⁴ Giorgi justifica la equiparación de la segunda modalidad de culpa lata (falta del cuidado común y corriente) en una presunción de dolo: "el que da a entender que no prevé lo que todos prevén, muestra estar en mala fe. Si el depositario de un objeto precioso deja de guardarlo y le tiene en lugar abierto, el depositante tendrá mucha razón al decirle que, al obrar de esta manera, obraba con dolo, porque si verdaderamente hubiese tenido intención de hacerle robar, no habría obrado de otro modo". Giorgi, Giorgio, ob. cit., p. 78.

²⁵ Como indica De Medio, "puede resultar difícil la prueba del dolo. Frente a esta posible eventualidad, los juristas romanos se habían visto inducidos a establecer la regla de la equiparación. Como cualquiera

cultad de demostrar el elemento intencional y la necesidad de impedir la impunidad del dolo, la culpa grave es sometida a las consecuencias previstas para aquél²⁶.

Finalmente, el incumplimiento caracterizado por la incuria evidencia tal desinterés por los derechos ajenos que justifica su sometimiento a un tratamiento idéntico que el aplicable al dolo, idea que Binding desprende del libro 16, título 3, párrafo 32 del Digesto, calificando la culpa lata como "intencionalmente antijurídica, pero no dolosa posesión o abandono de las cosas ajenas en provecho de las propias"²⁷.

De esta forma, la afirmación del principio equiparativo en Roma -justificado por la necesidad de evitar que el deudor doloso eludiese las sanciones contempladas, escudándose en su tontera; por la dificultad de acreditar el animus nocendi y de distinguir externamente el dolo de la culpa lata- permite extender los efectos asociados al dolo sobre el incumplimiento teñido de grave negligencia, a saber la prohibición de excluir, en forma anticipada, la responsabilidad contractual²⁸, y el deber de reparación integral de los perjuicios.

3. Desde los justinianos hasta la codificación decimonónica se conservaron los conceptos romanos y la división tripartita de la culpa²⁹, destacando tres precisiones en

puede ver, de este modo se viene a fijar un principio que debía valer aun cuando fuese posible la prueba en contrario, esto es, de que el deudor había sólo incidido en grave negligencia". De Cossio y Corral, Alfonso, ob. cit., pp. 9-10.

²⁶ Entre otros, desarrollan la tesis de la dificultad probatoria: a) De Medio, quien vio en ello uno de los motivos para atribuir un origen postclásico a la regla, ya que los juristas clásicos nunca habrían forzado el sistema probatorio mediante un dolo presunto, siendo más lógico considerar que esta norma, o al menos su generalización, fue obra de los compiladores justinianos. De Medio, ob. cit., p. 12, citado por Cian, Giorgio, ob. cit., p. 157; b) Scialoja, para quien la distinción se reduce a un elemento intencional difícilmente verificable. Asimismo, si el derecho dejase de aplicarse por no poderse probar la intención, el dolo estaría exento de consecuencias jurídicas, citado por De Cossio Y Corral, Alfonso, ob. cit., p. 8; c) Burckhardt atribuye a los jurisprudencistas que interpretan el Edicto "forzar el significado de la expresión (dolo) de modo que comprendiese también los actos de culpa lata. Y por ello, una necesidad de interpretación ha hecho decir que dolo y culpa son una misma cosa. Sólo externa y prácticamente están ligados en el Derecho Privado, por el principio de que una grave negligencia se equipara a la conducta inmoral", citado por De Cossio y Corral, Alfonso, Ibid; d) Arangio-Ruiz, quien, a juicio de Cian, "acepta el resultado de la indagación interpolacionista de De Medio, pero introduce una variante cronológica en cuanto a su juicio las interpolaciones serían postclásicas y no justinianas. Otras razones probatorias, en las que él ve para la asimilación un motivo adicional: en la edad postclásica se habría desarrollado una restricción del concepto de dolo", de manera que los bizantinos, inspirados en un criterio de uniformidad y ciñéndose a la tendencia moralista que reduce todos los casos de dolo a la neta y perversa voluntad de hacer daño, recuperaron los comportamientos antes excluidos por los postclásicos en la noción de culpa lata, representada por el axioma *no entender lo que todos entienden*. En definitiva, los resultados prácticos de responsabilidad alcanzados por los clásicos encontraron en la nueva categoría -culpa lata equiparada al dolo- su aceptación. Cian, Giorgio, ob. cit., p. 158; e) Giorgi, quien sostiene que "el dolo es un estado interno del ánimo, no susceptible de pruebas directas, que no cae bajo la acción de los sentidos, ni puede argumentarse más que indirectamente por la actitud del deudor". Giorgi, Giorgio, ob. cit., p. 78.

²⁷ Citado por De Cossio y Corral, Alfonso, ob. cit., pp. 9-10.

²⁸ "...se respondía siempre por la culpa grave, la cual quedaba asimilada al dolo, sin distinguirse para nada entre el deudor que tenía interés en la obligación y el deudor que no lo tenía". Colombo, Leonardo A. *Culpa aquiliana*. T. I., Ed. La Ley, 3a ed., B. Aires, (1963), pp. 22-23. En contra de este alcance del principio asimilativo: a) Arias Ramos, J., ob. cit., p. 578, nota 431; b) De Ruggiero, Roberto, ob. cit., p. 126, nota 1; c) Chironi, G.P., ob. cit., pp. 737 y ss.

²⁹ "Esta doctrina es acogida por los Doctores, en una línea que se extiende desde Accursio y Alciato, hasta Cuyacio, Godofredo, Fabro, Vinnio, Heineccio y Pothier". De Cossio y Corral, Alfonso, ob. cit., p. 139. Bartolo sostenía: "*In contractibus, qui celebrantur gratia dantis tantum venit dolus et culpa lata...*", Giorgi, Giorgio, ob. cit., p. 58. Véase Ripert, Georges y Boulanger, Jean. *Tratado de Derecho Civil según el Tratado*

relación con la equiparación:

a) la amplia definición de culpa de Bartolo -desviación o infracción de un modelo o regla general de conducta-comprensiva del dolo, fundada en la uniformidad del resultado (daño) y no en la causa de la infracción (voluntaria o involuntaria, según fuera dolo o culpa), permitió acoger una clasificación de cinco especies de culpa: lata, leve, levisima, por una parte; por otra, latior y latísima, expresiones del dolo manifiesto y presunto, respectivamente. La culpa latior se refundirá en la culpa lata, sometándose a las reglas previstas para el dolo³⁰;

b) la explícita consagración de la máxima en las Partidas³¹, cuyo mérito es reiterar su justificación en la presunción de dolo y en el reproche que merece el incumplimiento gravemente negligente, excluyéndose la prueba en contrario³². Perdura la idea de dolo y culpa lata como un mínimo, correspondiente a un mínimo de diligencia exigible en la conducta de las personas³³;

c) Pothier identificaba la culpa lata con la falta de aquél mínimo cuidado propio de las personas menos atentas o más tontas, que asimilaba al dolo por su incompatibilidad con la buena fe³⁴, cuyo opuesto es "todo lo que se separa, por poco que sea, de la sinceridad más exacta y más escrupulosa; puesto que, si tenemos mandado el amar a nuestro prójimo como a nosotros mismos, menos podemos ocultarle nada que no hubiéramos querido que se nos ocultase, caso de encontrarnos en su lugar...sólo lo que hiere abiertamente la buena fe, ante el fuero externo e interno, es considerado como

de Planiol. Ed. La Ley, traducción española por Delia García, T. IV, Las obligaciones (1a parte), Vol. I, B. Aires, (1963-1965), p. 469.

³⁰ Véase Badosa Coll, Ferran. *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*. Publicaciones del Real Consejo de España, Bolonia, (1987). En especial, pp. 665 y 733. En la nota 62 de la página 734 señala que la justificación de la presencia del fraude en la culpa latior se halla en el desigual trato que el deudor despliega con las cosas ajenas respecto del que observa con las propias. Mientras la culpa lata strictu sensu consiste en no comportarse de acuerdo con una regla de conducta prácticamente universal, la culpa latior consiste en la propia experiencia del deudor; "en la discriminación operada entre intereses propios, tratados con mayor esmero e intereses ajenos, tratados con menos".

³¹ La Partida 7a, título 33, párrafo 11 dispone: "Dolus en latin, tanto quiere dezir en romance, como engaño e deste fablamos en su título complidamente. E lata culpa tanto quiere dezir, como grande e manifiesta culpa, assi como si algun ome non entendiesse todo lo que los otros omes entendiesen, o la mayor partida dellos. E tal culpa como esta es como necesidad que es semejanza de engaño. E esto seria como si algun ome tuviese en guarda alguna cosa de otro, o la dexase en la carrera de noche, o a la puerta de su casa, non cuydando que la tomaria otro ome. Ca si se perdiessse, seria por ende en gran culpa, de que non se podría escusar. Esso mesmo seria, quando alguno cuydasse fazer contra el mandamiento del señor sin pena, o si fiziesse otros yerros semejantes de alguno destes". De Cossio y Corral, Alfonso, ob. cit., p. 141.

³² "La prueba de la intencionalidad propia de la conducta dolosa es ciertamente difícil y aconseja acudir a las presunciones...no comportarse en los asuntos de otra persona, como la gran mayoría de los hombres se comporta en los propios, dando muestra, en el caso en que no hubiera mala fe, de una gran estulticia, es ya bastante significativo y justifica que el juez, en sus apreciaciones, o la Ley presuman el dolo...hemos de admitir la prueba en contrario...No es precisamente en ese plano en el que nuestra Ley de Partidas sitúa la equiparación...no admite ahí prueba en contrario". Morales Moreno, Antonio, ob. cit., p. 607.

³³ Id., p. 597. Sin perjuicio de la posterior diversificación de la culpa lata según la profesión y posición de las personas, convirtiéndose en este ámbito en una diligencia media, cuya antítesis es la culpa leve. Véase Id., p. 606.

³⁴ "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, la culpa, como está opuesta a la buena fe requerida en el contrato y es en ese sentido que las leyes dicen que lata culpa comparatur dolo, lata culpa dolus est". Pothier, Robert Joseph. *Tratado de las obligaciones*. Ed. Bibliográfica Argentina, no se informa el traductor, B. Aires, (1961), p. 559.

³⁵ Id., p. 28. Hay en las citadas palabras una alusión ulterior, de indole religiosa, que vincula el dolo con

un verdadero dolo³⁵. De esta común oposición a la buena fe resulta la extensión del deber indemnizatorio³⁶.

4. La graduación tripartita de la culpa y el sistema de Hasse³⁷ no se plasmaron en los códigos civiles continentales³⁸, porque "el Juez no necesita de reglas generales cuando su conciencia ha sido esclarecida y se pronuncia según la equidad"³⁹; se aplicó el patrón de diligencia del buen padre de familia y se privilegió la libertad de apreciación del tribunal⁴⁰, existiendo interpretaciones discordantes de la doctrina⁴¹. Lo que no ha im-

el pecado, lo que para De Cossio y Corral obedece al contenido moral de dicho concepto, como incluso se manifestó en el Digesto (cfr. al texto de Pomponio contenido en el libro 44, título 7, párrafo 52, sobre el origen de las obligaciones) y que adquirió mayor relevancia en la legislación primitiva eclesiástica, en la que". De Cossio y Corral, Alfonso, ob. cit., p. 16. En efecto, "en cuanto se le considera como concepto genérico, significativo de engaño, es claro que por sí solo constituye pecado, ya que lo es el faltar a la fe y confianza ajena, aunque no puede por sí solo determinar el carácter delictivo del acto, ya que el delito nace de la ley, y no del dolo..." Id., p. 18.

³⁶ "En ese caso el deudor es responsable indistintamente de todos los daños e intereses que yo he sufrido, a los cuales su dolo ha dado lugar, no tan sólo por aquellos que yo he sufrido en relación a la cosa que ha sido objeto del contrato, sino de todos los daños e intereses que he sufrido en relación a mis otros bienes, sin que haya lugar de distinguir y de discutir en ese caso si el deudor viene obligado a ellos". Pothier, R.J., ob. cit., p. 98.

³⁷ Distingúa la culpa lata y la leve en abstracto (la gravedad del descuido debía determinarse conforme a un modelo ideal) y en concreto (cualquier descuido que no suele producirse respecto de los propios negocios -culpa lata- o según el modo común de obrar de los hombres, culpa leve). Se responde siempre que se ponga menos cuidado en las cosas ajenas que en las propias (*diligentiam quam in suis rebus adhibere solet*), lo que configura un caso de culpa lata. Giorgi, Giorgio, ob. cit., pp. 58-59. Ver también De Cossio y Corral, Alfonso, ob. cit., pp. 139-140. Corroboran este alcance dos disposiciones del código civil alemán: el § 690, conforme al cual el depositario "ha de responder por aquella diligencia que se suele emplear en los propios asuntos", y el § 277: "En ningún caso el que ha de responder de la 'diligentia quam in suis' se exonera de la responsabilidad por culpa lata". Véase HEDEMANN, J.W., *Tratado de Derecho Civil*, Ed. Revista de Derecho Privado, Vol. III, traducción de la última edición alemana por Jaime Santos Briz, Madrid, (1958), pp. 160-161.

³⁸ *Código civil español*: a) artículo 1094: "El obligado a dar alguna cosa lo está también a conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia"; b) artículo 1104 inc. 2º: "Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia". *Código civil francés*, artículo 1137 inc. 1º: "La obligación de velar por la conservación de la cosa, ya sea que la convención no tenga por objeto más que la utilidad de una de las partes, ya tenga por objeto su común utilidad, somete a quien tiene la carga de ella a prestar todos los cuidados de un buen padre de familia". *Código civil italiano*, artículo 1176 inc. 1º: "Al cumplir la obligación el deudor debe usar la diligencia del buen padre de familia".

³⁹ Mazeaud, Henri y Leon, y Tunc, Andre, ob. cit., p. 70. En la exposición de motivos del código civil francés, Bigot de Préameneu calificó la división romana de la culpa como "más ingeniosa que útil".

⁴⁰ "El sencillo principio de derecho natural que quiere que se haga por los demás lo que querríamos que ellos hicieran por nosotros". Ibid. Se confía al juez determinar caso a caso la medida de diligencia exigible y la diligencia observada. De Cossio y Corral, Alfonso, ob. cit., p. 141. Es muy esclarecedor el artículo 1137 inc. 2º del código civil francés: "Esta obligación es más o menos extensa con relación a ciertos contratos, cuyos efectos, a este respecto, se explican en los títulos que les conciernen".

⁴¹ Tras señalar que "la diligencia del buen padre de familia, en abstracto, es verdaderamente en nuestro derecho la única medida ordinaria de la responsabilidad de todo deudor", Giorgi afirma que el artículo 1224 del código italiano (actual 1176) confiere al juez una facultad tan amplia que torna "casi imposible una teoría abstracta y científica sobre la prestación de la culpa", añadiendo que "se debe la diligencia en concreto cuando la diligencia propia y habitual del deudor supere la diligencia ordinaria del buen padre de familia". Giorgi, Giorgio, ob. cit., pp. 64 y 66, respectivamente. Por transgredir la ley e incidir en la arbitrariedad judicial, Chironi se opone a esta apreciación in concreto, sosteniendo: "El que está en contradicción es Giorgi, que si por un lado enseña que el juez no puede, fuera de las excepciones queridas por las partes o por la ley, tener como criterio la diligencia de los propios negocios, sigue, por otro, la teoría

pedido la graduación judicial de la culpa⁴². En efecto, particularmente la jurisprudencia francesa⁴³ ha dado cabida a la culpa lata y recurrido a la asimilación, confirmando su carácter de principio general, sin perjuicio de la creación legislativa y judicial de otras categorías de faltas⁴⁴. Más aún, la mantención de los criterios del buen padre de familia y la culpa leve como módulos de diligencia y responsabilidad⁴⁵ no ha medrado la vigencia de la asimilación⁴⁶.

que rechaza". Chironi, G.P., ob. cit., p. 78, nota 3. Pero la elocuencia de Giorgi me hace inclinarme por su teoría: además de las excepciones legales al artículo 1224, existen dos casos en que el deudor responde de una culpa en concreto, la que, a su vez, es una forma particular de dolo: a) cuando la propia y habitual diligencia del deudor supera la diligencia ordinaria del buen padre de familia, toda vez que si pone menos cuidado en las cosas ajenas que en las propias faltaría a la buena fe (diligencia *quam suis* del Digesto, concebida por Hasse como culpa lata en concreto); y b) cuando las partes lo han estipulado. Giorgi, Giorgio, ob. cit., pp. 66-67 y 78.

⁴² "Aunque haya un solo tipo abstracto de comparación, interesa saber el grado de culpa en que ha incurrido el deudor. Una cosa es que el deudor responde de determinada diligencia y otra es saber en qué medida se ha apartado de dicho deber. Existe una graduación de las culpas (¡no de las diligencias!) y el problema es determinar si de ello derivan consecuencias jurídicas". Mazeaud, Henri y Leon, y Tunc, Andre, ob. cit., p. 392. En este sentido, la determinación de la culpa del deudor pasa por la precisión del contenido de su obligación, en función del contrato específico y de las exigencias derivadas de la buena fe (cfr. artículo 1135 del código francés, según el cual "los contratos obligan no solamente a lo en ellos expresado sino también a todas las consecuencias que la equidad, los usos o la ley atribuyen a la obligación según su naturaleza"). "A fin de determinar qué es lo que se adeuda hay que investigar qué es lo que honradamente puede exigirse y lo que se está obligado a cumplir". Planiol, Marcel y Ripert, Georges. *Tratado Práctico de Derecho Civil francés*. Ed. Cultural S.A., traducción española por Mario Díaz, T. VI, Las Obligaciones, Madrid, (1946), p. 530. Estos sostienen que la regla teórica del artículo 1137 "importa bastante poco. Cuando se ha determinado bajo la forma de regla abstracta la extensión de los deberes del deudor, quedará por averiguar cómo se traducirá en hechos concretos. Los Tribunales tienen que apreciar si tal o cual acción u omisión contraviene o no la obligación así delimitada; en esta materia conservan toda su libertad de acción". Planiol, Marcel, y Ripert, Georges. *Tratado Práctico de Derecho Civil francés*. Ed. Cultural S.A., traducción española por Mario Díaz, T. VII, Las Obligaciones (2a parte), Madrid, (1945), p. 147. Lo importante es que la buena fe es excluida por la culpa grave y el dolo. "El buen padre de familia no comete dolo o culpa grave", Ripert, Georges y Boulanger, Jean, ob. cit., p. 472.

⁴³ La reconducción del concepto de dolo y su ubicación con respecto a las nuevas categorías de faltas colindantes (grave e inexcusable) es especialmente clara en el artículo de Nguyen Thanh-Bourgeois, Denise. *Contribution a L'étude de la faute contractuelle: le faute dolosive et sa place actuelle dans la gamme des fautes*. Revue Trimestrielle de Droit Civil, N° 71, traducción libre, (1973), pp. 496-521.

⁴⁴ Ya lo hacía notar Josserand, señalando: "Al repudiar la doctrina tradicional de la trinidad de las culpas, los redactores del Código civil pensaban reducir todas las culpas no intencionales a un tipo único y homogéneo; la culpa grave parecía pues haber dejado de existir. Pero, en época reciente, ese concepto así condenado esboza una contraofensiva, bien con el nombre consagrado de culpa grave, bien con nombres más o menos análogos: culpa inexcusable, culpa fuerte, culpa grosera; con estos diversos calificativos, la jurisprudencia evoca cada vez más a menudo, como también los autores y hasta los textos legislativos, bien en Francia, bien en el extranjero, bien en el campo internacional. El movimiento doctrinal, jurisprudencial, legislativo, con que se beneficia actualmente la culpa grave es pues innegable y amenaza seriamente el dogma de la unidad de la culpa, tanto más cuanto que la Corte de casación se reconoce el poder de ejercer fiscalización sobre la calificación de la culpa". Josserand, Louis, ob. cit., pp. 487-488.

⁴⁵ Jordano Fraga, Francisco, *Las reglas generales...*, ob. cit., pp. 312-313.

⁴⁶ Del artículo 1103 del código español -faculta a los tribunales para moderar la responsabilidad por negligencia- "resulta que existen unos niveles mínimos de diligencia exigible, ciertas cotas de responsabilidad por la gravedad de la culpa, que no admiten posible exoneración. Esto refleja, correctamente entendido, el sentido del principio histórico que equipara dolo y culpa lata, en cuanto criterios mínimos de imputación de responsabilidad". Morales Moreno, Antonio, ob. cit., p. 609. En cambio, Díez-Picazo señala que en dicho artículo "no puede verse ni una reintroducción del sistema de graduación de la culpa o de niveles de diligencia, ni tampoco poderes discrecionales o fórmulas de equidad. Puede encontrarse en él, de acuerdo con los precedentes históricos, una remisión a las reglas especiales. Por ejemplo, el art. 1726, según el cual la culpa del mandatario puede ser estimada con más o menos rigor, teniendo en

5. La circunstancia que los códigos civiles continentales no consagren el *culpa lata dolus* est no ha sido óbice para afirmar su carácter de principio general.

Una consideración previa a su justificación: la necesidad de entender "asimilación" en su sentido etimológico⁴⁷ y no pretender una supuesta relación de los elementos intrínsecos y extrínsecos del dolo y de la culpa lata (de modo que la particular estructura ontológica de ambos conduzca forzosamente -para evitar toda inconsistencia al interior del sistema- a darles idéntico tratamiento jurídico)⁴⁸ pues este criterio confunde la equiparación con la identidad de ambos conceptos ¿Cuáles son estas justificaciones?

a) En la medida que la culpa lata incluye incumplimientos contractuales en los que sólo existe la conciencia de dañar, se supera el estrecho concepto clásico de dolo (*animus alteris nocendi*)⁴⁹; pero si éste comprende incumplimientos voluntarios en los que falta la intención de perjudicar al acreedor⁵⁰ la equiparación no sería más que un "artificio nominalístico" y la culpa lata quedaría vacía de contenido. A menos que se la considere con estricto apego a las fuentes (*non intelligere quod omnes intelligunt*), es decir como negligencia máxima opuesta a la diligencia mínima⁵¹, en cuyo caso entra en juego un primer argumento pro asimilación: la similitud o contigüidad de los procesos psicológicos subyacentes al dolo y la culpa grave. Así, debe tratarse de la misma forma tanto a quien transgrede maliciosamente su propia obligación como a quien es tan imprudente que no logra apreciar lo que para el común de la gente es evidente. Psicológicamente este último comportamiento significaría un incumplimiento voluntario, porque a pesar de la ausencia de dolo esa forma de proceder revela que el deudor no quiere cumplir⁵². Sin embargo, ¿no es precisamente esa la diferencia entre intención y previsibilidad, notas características de una y otra figura?

b) Por otro lado, se sostiene que la culpa lata y el dolo son conceptos casi inseparables o indistinguibles⁵³. No obstante, por una parte este es un fenómeno co-

cuenta el carácter gratuito y retribuido del mandato...". Díez-Picazo, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Ed. Civitas, 5a edición, Madrid, (1996), p. 610.

⁴⁷ "Acquiperabilis" es sinónimo de comparable; "aequiperantia", de comparación y de igualdad. En el Diccionario de la Lengua Española, Ed. Espasa-Calpe S.A., Madrid, (1992), encontramos las siguientes definiciones: a) asimilar: asemejar, comparar; ser semejante una cosa a otra (p. 149); b) equiparar: considerar a una persona igual o equivalente a otra (p. 608); c) equivalencia: Igualdad en el valor, estimación, potencia o eficacia de dos o más cosas (p. 609).

⁴⁸ Cian, Giorgio, ob. cit., p. 150.

⁴⁹ Chironi, G.P., ob. cit., pp. 11-16.

⁵⁰ Es el concepto acuñado por Giorgi, quien identifica el dolo con la conciencia de incumplir la obligación o, si se quiere, la intención como voluntad dirigida a un fin que, frecuentemente, corresponde a la obtención de una ganancia personal. Giorgi, Giorgio, ob. cit., pp. 79-80. Otro autor habla de "voluntad consciente de no cumplir la obligación", reconociendo que con frecuencia el deudor sólo procura obtener un provecho para sí. De Ruggerio, Roberto, ob. cit., pp. 123-124.

⁵¹ Cian, Giorgio, ob. cit., p. 151.

⁵² Es la tesis de Ferrini, citado por Cian. Id., pp. 153-154. De alguna manera la jurisprudencia francesa ha acogido estas ideas, en la apreciación de la enormidad de la falta grave, conectada con la definición clásica o interpolada de "no entender lo que todos entienden". El Tribunal Civil del Sena, en sentencias de 24 de abril de 1952 y 2 de julio de 1954 estableció la asimilación en base a un concepto de culpa grave explicado por la estupidez, la temeridad o la incuria del agente; mientras que en sentencia de la cámara comercial de la Corte de Casación, de 17 de diciembre de 1951, se la calificó como "una negligencia de una extrema gravedad denotando la ineptitud del deudor al ejecutar la misión contractual que ha aceptado". Véase Nguyen-Thahn, Denise, ob. cit., p. 511.

⁵³ Ibid. Así se infiere de los Mazeaud y Tunc al decir que: "Dolo y culpa lata, en otro aspecto, se acercan más todavía en materia contractual que en materia delictual: si una diferencia de intención opone al que

mún a todos los conceptos jurídicos y, por otra, a pesar de lo problemático o difuso que puede resultar el trazado de estos límites, entre ambas nociones efectivamente hay diferencias⁵⁴, lo que con elocuencia es señalado por Jossierand⁵⁵, quien, reconociendo un "renacimiento" de la culpa lata a nivel doctrinario, legislativo y jurisprudencial, que ponía en jaque a la tesis de la unidad de la culpa⁵⁶, afirma que "el dogma de la equivalencia es singularmente frágil porque tiende a confundir la torpeza con la malicia, la falta de atención con la intención de perjudicar, es decir, en definitiva, la buena fe con la mala fe; la confusión es tanto más extraña cuanto que desconoce un principio en el que descansan nuestro derecho y nuestra civilización, el de que la buena fe se presume: hágase lo que se quiera, no se llegará a justificar la identificación de dos nociones formadas con metales diferentes, y que no podrían identificarse sino a despecho de toda psicología y de toda moral; hay supuestas primeras verdades que constituyen en realidad paradójicas, y el dogma de la equivalencia está entre ellas"⁵⁷. Pero no puedo estar de acuerdo con esta opinión por cuanto la equiparación, ciertamente, no importa una identificación conceptual; la máxima existe en la medida que haya una conducta diversa del dolo strictu sensu que merezca un similar reproche.

c) Presentándose exteriormente iguales los incumplimientos doloso e incurioso⁵⁸ y asumiendo que el elemento subjetivo del dolo es extremadamente inasible y su prueba es de por sí compleja⁵⁹, el deudor podría escudarse en su estulticia, negar la

dispara un tiro de fusil contra el enemigo y al que conduce su auto de manera que implique el desprecio de la vida ajena, la oposición se esfuma a veces en materia contractual. El depositario que destruye por sí mismo o malversa la cosa depositada incurre evidentemente en dolo. Pero, ¿no ocurre lo mismo con el que se limita a utilizar la cosa sin derecho y la expone a riesgo, o hay que hablar solamente de culpa grave? ¿Cómo calificar la actitud del que no tiene cuidado alguno con la cosa que se le ha confiado? Y, si este último incurre en dolo, ¿cómo no someter al mismo régimen, aun cuando no incurre en dolo hablando propiamente, al que casi no tiene ningún cuidado con la cosa y la deja expuesta a riesgos cuya materialización, por causa de su incuria, es probable? Por el solo hecho de que una persona contraiga una obligación, y no un simple deber social, nada parece oponer el dolo y la culpa lata que es susceptible de cometer. En realidad, por responder el dolo a la definición clásica y caracterizada por la intención de perjudicar, no existe prácticamente. La propia infidelidad deliberada es bastante rara. Así, parece imposible someter a dos regímenes diferentes el dolo y la culpa lata. Al menos hasta prueba en contrario, es preciso presumir que la culpa lata es dolosa... Pero, sin duda, hay que llegar más lejos y considerar, en el fondo, que dolo y culpa lata se suelen confundir y que merecen las mismas sanciones". Mazeaud, Henri y Leon, y Tunc, Andre, ob. cit., T.I, Vol. II, p. 383.

⁵⁴ Cian, Giorgio, ob. cit., p. 154.

⁵⁵ Este autor afirma que la máxima asimilativa no es armónica con el derecho positivo francés coetáneo, adoleciendo de diversas inexactitudes: la culpa grave no es un vicio del consentimiento; nunca podría constituir un delito; no excluye la buena fe necesaria en materia de matrimonio putativo, adquisición de frutos y prescripción; no obsta al derecho de indemnización del trabajador en caso de accidentes del trabajo; puede ser objeto de un contrato de seguro. Consecuentemente, la asimilación sólo tendría influencia en la evaluación judicial de los perjuicios convencionales y en la apreciación de la validez de las cláusulas de exclusión o limitación de responsabilidad contractual. Jossierand, Louis, ob. cit., pp. 490-491. Considérese que el artículo 12 de la ley de 13 de julio de 1930 excluía del seguro únicamente la culpa intencional o dolosa del asegurado, y que el artículo 13 del mismo cuerpo legal permitía el seguro de culpas graves. Véase Planiol, Marcel y Ripert, Georges, ob. cit., T. VII, p. 165.

⁵⁶ Id., pp. 487-488.

⁵⁷ Id., p. 491.

⁵⁸ "...el hecho de causar un daño consciente, pero no intencionalmente, es difícil de distinguir del dolo propiamente dicho y, en fin, será casi siempre imposible discernir cuando la culpa grave es o no consciente". Planiol, Marcel y Ripert, Georges, ob. cit., T. VI, p. 574. En idéntico sentido, Lalou, Henri. *Traité Pratique de la Responsabilité Civile*. Librairie Dalloz, traducción libre, París, (1949), p. 301.

⁵⁹ "...la intención de ocasionar el daño podrá probarse directamente en muy raros casos y sólo será inducida de la existencia de la culpa grave". Ibid.

⁶⁰ Id., pp. 154-155.

intencionalidad de su incumplimiento contractual y, por ende, evitar las sanciones asociadas al dolo. Ante ello, la asimilación se funda en la presunción relativa (o simplemente legal) de dolo implícita en la culpa lata⁶⁰; pues el autor, sin querer el daño, se ha comportado como si lo hubiera deseado⁶¹. En este sentido, se califica de incumplimientos dolosos tanto el aplicar un menor cuidado a los negocios ajenos que a los propios (*diligentia quam in suis*)⁶² como el poner menos diligencia que el común de la gente, variante esta última⁶³ en la que se percibe "una presunción vehementísima de dolo, la más grave y concluyente de todas"⁶⁴, un retorno a la teoría de la representación y una regla probatoria, indicándose con acierto que "la razón tradicional de esta distinción está en que la negligencia o imprudencia cometida es tan grosera, que apenas si es creíble que su autor no haya deseado, al obrar, causar el daño que se ha producido. Para que sea así, ha de suponerse que, según la definición de los textos interpolados en el Digesto, el demandado no ha comprendido quod omnes intellegunt (lo que todos comprenden). Si, en esa hipótesis, no se considerara que ha habido delito, se estaría desarmado ante los que negaran su mala intención y se atrincheraran detrás de su torpeza o de su inexperiencia. La maldad misma, como se ha dicho, adoptaría la máscara de la tontería. Para cortar por lo sano esa defensa, era necesario crear una presunción: la ley supone probada, en el autor de una culpa grave, la intención de dañar"⁶⁵.

⁶¹ Mazeaud, Henri y Leon, Lecciones..., ob. cit., p. En otras palabras, "la culpa grave (culpa lata) es la que implica una impericia o una incuria llevada a un grado asombroso. No hay intención de dañar ni deshonestidad; pero podría llegarse a eso: 'Se diría que lo hizo adrede'. CARBONIER, JEAN, *Théorie des Obligations*, Presses Universitaires de France, traducción libre, París, (1963), p. 274.

⁶² La doctrina alemana advierte que quien responde de la *diligentia quam in suis* responde culpa lata, pues "no podría poner menos cuidado que el más descuidado". Hedemann, J.W., ob. cit., p. 161. Del mismo modo, Larenz define la culpa lata el caso en que la diligencia exigible infringida es "desusadamente grande", indicando que la ley limita la responsabilidad a este nivel en ciertos casos (v.gr. donante, prestador, deudor mientras el acreedor se encuentra en mora) y las partes pueden limitarla convencionalmente, pero quien responde de la *diligentia quam in suis* ("negligencia individualizada", al decir de Hedemann) no se libera de la responsabilidad por culpa lata. Larenz, Karl. *Derecho de Obligaciones*. T. I., Ed. Revista de Derecho Privado, versión española y notas de Jaime Santos Briz, Madrid, (1958), p. 290.

⁶³ La primera clase de culpa grave es asimilada al dolo por oponerse a la buena fe, según se vio en el capítulo precedente. C.fr. Id., pp. 66-67. Por su parte, Chironi también admite que la buena fe excluye al dolo y a la culpa grave, a la que ésta se equipara en sus consecuencias. Chironi, G.P., ob. cit., pp. 298, 299 y 302.

⁶⁴ Giorgi, Giorgio, ob. cit., p. 78.

⁶⁵ Mazeaud, Henri y Leon, y Tunc, Andre, ob. cit., T. I, Vol. II, p. 63. Al decir de Viney, "...los tribunales se han esforzado por extender estas agravantes del régimen ordinario de la responsabilidad para el caso de la falta grave, considerada equivalente al dolo, que ha dado nacimiento a un adagio bien conocido en su formulación latina...se trata de la regla culpa lata dolo aequiparatur fundada generalmente sobre una presunción, la enormidad de la falta vuelve verosímil la intención maliciosa. La falta grave aparece así primero como una excrecencia del dolo al cual ella ha sido asimilada en sus efectos. Viney, Genevieve. *Remarques sur la distinction entre faute intentionnelle, faute inexcusable et faute lourde*. Recueil Dalloz Sirey, traducción libre, París, (1976), p. 263. Más adelante expresa que, aunque a priori parecería que ninguna confusión es posible entre el dolo y la falta grave porque la intención de dañar está ausente en esta última, "la intención puede en efecto deducirse de la gravedad excepcional de la inejecución, a tal punto que es precisamente la presunción del dolo derivada de la enormidad de la falta la que funda, según hemos visto, el adagio culpa lata dolo aequiparatur. E inversamente, la previsibilidad del daño, que confina a la intención propiamente dicha, es un elemento corrientemente tomado en consideración para apreciar la gravedad de una falta, de tal manera que la distinción entre falta grave y falta intencional, bien que ella parezca teóricamente evidente, con frecuencia crea dificultades". Id., p. 264.

⁶⁶ Cian, Giorgio, ob. cit., p. 155.

Contra la opinión según la cual la asimilación no puede fundarse en una presunción relativa de dolo por cuanto no podría demostrarse su ausencia, ni en una presunción absoluta por existir la presunción general de la buena fe⁶⁶, se insiste que la presunción sentada por el adagio es relativa, destruyéndose con la prueba de la falta de intención maliciosa⁶⁷ añadiéndose que la presunción general de la buena fe rige donde no hay excepciones, constituyendo la máxima en comento precisamente una de las salvedades⁶⁸.

d) Otra razón esgrimida para erigir la equivalencia se basa en la misma reprochabilidad de ambas modalidades de incumplimiento contractual agravado. La culpa lata evidenciaría tal despreocupación por los derechos ajenos, que merecería las sanciones propias del dolo⁶⁹.

⁶⁷ "Indudablemente, no existe identidad entre la culpa lata y el dolo; tan sólo el segundo es intencional; por eso, considerada desde este punto de vista, la asimilación de la culpa lata con el dolo ha podido ser calificada de 'monstruosidad'. Pero se ha mostrado que esa regla tenía una doble justificación. Al menos constituye una regla de prueba; la culpa lata se presume dolosa, y se ha justificado la existencia de esa presunción, con la sola reserva del hecho de haberla convertido la jurisprudencia en una presunción irrefragable; lo cual podría ser exagerado si la regla no estuviera basada sino sobre la facilidad de la prueba". Se concuerda con Jambu-Merlin en la necesidad de reelaborar y ampliar el concepto de dolo, tornándolo inútil e injusta la asimilación de la culpa lata al dolo. Id., pp. 382-383. Tras ello, citan la que a su juicio es una excelente definición de culpa lata, elaborada por el Tribunal Civil del Sena en su resolución de 2 de Julio de 1954: «aquella que reside esencialmente en un error, en una imprudencia o negligencia tal, que no podría explicarse sino por la necesidad, la temeridad o la incuria del agente». Id., p. 384. Por el contrario, LALOU piensa que "la falta grave puede valer a título de presunción del hecho del dolo; pero no es posible, salvo disposición expresa, erigirla en presunción legal, sobre todo que el artículo 2268 del código civil establece la presunción contraria de la buena fe. Hay en efecto una diferencia esencial entre la falta grave y el dolo, diferencia que tiende a que este último suponga necesariamente un elemento intencional que la culpa grave no supone". Lalou, Henri, ob. cit., p. 301. Este autor cita la célebre frase de CAPITANT, en un artículo escrito con motivo de la promulgación de la ley de 13 de julio de 1930: "El proyecto de 1904 prohibía el seguro de la culpa grave; al contrario la ley lo autoriza. Ella tiene razón. Psicológicamente, el adagio 'culpa lata aequipatur dolo' es falso. Entre la culpa involuntaria, por grave que sea, y el dolo, o sea entre el acto dictado por la maldad, el animus nocendi, hay un abismo". Ibid. La respuesta de los Mazeaud y Tunc no se deja esperar: «Ciertamente, la distinción entre la culpa intencional y la culpa no intencional es la más lógica en teoría... Pero en la práctica, ¿no resulta siempre fácil presentar una culpa intencional como una culpa lata, simular el error grosero? Al equiparar la culpa lata con el dolo; más exactamente, al presumir intencional -hasta prueba en contrario- la culpa lata, se evitaba esa maniobra". Mazeaud, Henri y Leon, y Tunc, Andre, ob. cit., T. III, Vol. II, p.164. En el mismo sentido, se señala que "el hecho que una falta objetivamente revele en general la intención de dañar de quien la ha cometido es una constatación de experiencia que conduce a admitir, no que la negligencia en su grado más reprehensible participe psicológicamente de la intención culpable, sino que, en realidad, ella la hace presumir". Nguyen-Thahn, Denise, ob. cit., p. 512.

⁶⁸ Id., p. 63. Lo que es reconocido por los hermanos Mazeaud, cuando aseveran que "el aforismo debiera verse como una regla de prueba, consistente en presumir intencional la culpa grave, lo que configura una excepción al principio general de presunción de la buena fe, manteniendo el deudor la posibilidad de destruir la presunción demostrando que no tuvo intención de causar el daño; sin embargo, la Jurisprudencia no admite la prueba de la falta de mala intención". Mazeaud, Henri y Lein, Lecciones..., ob. cit, p. 113.

⁶⁹ "La imprudencia o la negligencia pueden ser tan graves, revelar una preocupación tan escasa por los intereses ajenos y a veces por su vida, que puede justificarse la misma severidad a su respecto que en relación con una culpa intencional". Id., p. 64. Idea que reiteran al sostener que "la regla se apoya sobre el hecho de que igual severidad se justifica con respecto al que se niega voluntariamente a cumplir con sus obligaciones y con quien da pruebas de total negligencia o despreocupación para con ellas". Id., p. 383. Por su parte, los Mazeaud y Tunc disponen que "Por otra parte, la culpa lata, la negligencia grosera, el descuido casi completo de la seguridad o de los intereses ajenos, ¿no deben ser desalentados al igual que la culpa intencional?". Mazeaud, Henri y Leon, y Tunc, Andre, ob. cit., T. III, Vol. II, p.164. En esta línea se ha afirmado: "El dolo revela que el deudor no ha obrado de buena fe; la culpa grave prueba que

e) En contra de las tesis precedentes se aduce que la asimilación dependería de la concepción ético-social imperante, cuya mutación podría producir una modificación normativa, dejando de someter el dolo y la culpa grave al mismo régimen⁷⁰. Vale decir, no existiría una equiparación como íntima conexión ontológica entre el dolo y la culpa lata⁷¹, y las reglas que limitan la responsabilidad contractual a este mínimo responderían a consideraciones diversas. El sistema elegiría proteger determinados bienes jurídicos, para lo cual resultaría ineficaz mantener como exigencia un nivel de diligencia medio, optándose por imponer una diligencia mínima. Únicamente el dolo se mantiene como concepto necesariamente "impermeable" a los cambios sociales, si no se quiere dejar de tutelar todo bien jurídico⁷². Consecuentemente, la relación entre el dolo y la culpa lata sería meramente extrínseca, tal como la existente entre el dolo y la culpa leve; en suma, es la ponderación de los distintos intereses en juego lo que constriñe o expande los límites de la responsabilidad contractual⁷³.

ha obrado con tal ligereza y torpeza que ha hecho imposible el cumplimiento. Esa estupidez extrema es casi tan culpable como el dolo. Es lo que significa el adagio tradicional. La definición de culpa grave que da el Digesto sigue siendo cierta...a pesar de que es un poco estrecha, ya que, sin ser estúpido, un hombre puede ser distraído o excesivamente imprevisor". Ripert, Georges y Boulanger, Jean, ob. cit., p. 474.

⁷⁰ Cian sostiene que el único sustento válido, inmutable si se quiere, deriva del establecimiento de una correlación ontológica que obligue, para no dictar normas ineficaces o incompletas, a sujetar ambas -dolo y culpa lata- a un mismo tratamiento. Cian, Giorgio, ob. cit., pp. 155-156.

⁷¹ Id., p. 156.

⁷² Id., pp. 173 y ss. Cian cita varias aplicaciones, tales como: a) el artículo 2864 del código italiano reduce a la culpa lata la responsabilidad del tercero adquirente de una finca hipotecada por los daños ocasionados a ésta, pues de lo contrario nadie compraría inmuebles en esta condición, lo que entorpecería la circulación de los bienes; b) el artículo 2236, relativo a la responsabilidad de los profesionales. Exigirles un mayor cuidado habría limitado la libertad de ejercicio, redundando en un perjuicio para el cliente (sujeto protegido). En contra de la crítica de excesivo favor para el profesional, Cian contesta que la culpa grave no es una "enormidad" y que los problemas probatorios derivados de su supuesta incerteza en la práctica son resueltos por el juez, quien opera con un criterio general y no con conceptos precisos; c) el artículo 1229, conforme al cual "es nulo todo pacto que excluya o limite preventivamente la responsabilidad del deudor por dolo o por culpa grave", se justificaría en el interés social de asegurar la observancia de la diligencia mínima. Josseland justifica la atenuación de la responsabilidad profesional, que queda limitada a la culpa grave, "por causa de las necesidades de la investigación científica...por el deseo de no poner trabas a la acción, a la iniciativa del profesional, suspendiendo sobre su cabeza la amenaza de responsabilidades demasiado graves, a causa también de la dificultad de los no iniciados, aun asesorados por un dictamen de peritos, para juzgar del valor de un tratamiento médico o quirúrgico...no conviene que los intereses de la ciencia y de los enfermos en general corran el riesgo de ser comprometidos por una protección demasiado estricta concedida a determinado enfermo". Josseland, Louis, ob. cit., p. 310. La asimilación ha sido utilizada por la jurisprudencia francesa como un instrumento de política jurídica, en la medida que se sirve de la culpa grave como un instrumento para determinar el nivel de reparación según las necesidades objetivas. "A veces se trata de acrecentar la severidad y la medida de la responsabilidad de categorías particulares de deudores esperando una competencia y vigilancia mayores...En numerosos casos entonces, cuando una falta es establecida, ella es calificada de grave por la sola razón que entraña la inexecución de su obligación por el profesional". Nguyen-Thahn, Denise, ob. cit., p. 511.

⁷³ Cian, Giorgio, ob. cit., p. 177.

⁷⁴ Véase Calabresi, Guido y Melamed, Douglas A.. *Reglas de Propiedad, Reglas de Responsabilidad y de Inalienabilidad: Una vista de la Catedral*. traducción del Centro de Estudios Públicos, separata, N° 63, (1996), pp. 347-391.

⁷⁵ Trato de aplicar a este tema la clasificación de Calabresi, Guido. *El Coste de los Accidentes*. Ed. Ariel, la edición castellana, Barcelona, (1984).

⁷⁶ La asimilación en este terreno es de hecho ineficiente. Si bien una responsabilidad agravada, en la cual las faltas grave e inexcusable se equiparan al dolo, puede satisfacer la moral, en la práctica, como ha sido puesto de relieve, "la función reparadora que asume la responsabilidad no tiene verdaderamente significación moral; lo que importa, en esta óptica, es que la responsabilidad juegue de lleno, es decir que el acreedor se enfrente a un deudor personalmente solvente o cubierto por un seguro". Nguyen-Thahn,

f) Adicionalmente, el análisis económico del derecho puede proporcionar elementos de juicio para determinar si se justifica o no la máxima, o si al menos es eficiente sostener la equiparación en términos absolutos.

El sistema de responsabilidad por culpa en que está inserta la regla asimilativa asigna la titularidad del derecho al acreedor, siendo protegido de dos formas: ex-ante, la prohibición de excluir, limitar o incluso asegurar el dolo o culpa grave configura una "regla de inalienabilidad" por cuanto está vedado transar o disponer de las consecuencias derivadas de tal incumplimiento, primando un valor moral superior, contrario a todo intento o aliciente para quebrantar la palabra empeñada. Ex-post, el deber de reparación integral de los perjuicios causados por dolo o culpa lata es una "regla de responsabilidad"⁷⁴. Por ende, la asimilación puede contribuir a una mayor eficiencia del sistema en cuanto propende a la reducción de los "costos primarios" (incumplimientos contractuales); pero en su aplicación ex-post ciertamente es ineficiente, atendidos los costos "secundarios" (derivados del incumplimiento) y "terciarios" (de la actividad jurisdiccional)⁷⁵, costos estos últimos que podrían mitigarse v.gr. ampliando la cobertura de los seguros y/o permitiendo pactos de irresponsabilidad por culpa lata⁷⁶. Sin embargo, este tipo de medidas produciría un aumento de los costos primarios al desincentivar el cumplimiento, lo que es inaceptable en un esquema en que la voluntad es fuente de la obligación y de la responsabilidad⁷⁷.

6. Los planteamientos de la doctrina nacional respecto de esta cuestión pueden agruparse como sigue:

a) La culpa grave, al igual que el dolo, se opone a la buena fe. Basta comenzar analizando la historia fidedigna del establecimiento del artículo 44 del código civil para percatarse que Bello siguió en este punto a Pothier⁷⁸. Claro Solar es partidario de esta postura, señalando que "desde que todo contrato debe ejecutarse de buena fe, el contratante que comete dolo contra el otro contratante, es responsable de todos los

Denise, ob. cit., p. 519. Refiriéndose a las cláusulas que eximen de responsabilidad por la culpa intencional o dolosa, Larroumet sostiene que "sería contrario al principio del respeto de la palabra otorgada, proclamado por el artículo 1134 del Código Civil francés y por el artículo 1545 del Código Civil chileno, además de que sería aceptar la mala fe del deudor, lo que no es posible en virtud del artículo 1134 del Código Civil francés y del artículo 1546 del Código Civil chileno". Larroumet, Christian. *Responsabilidad Civil Contractual*. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, (1998), pp. 43-44. Luego, respecto de la culpa lata, manifiesta que no concurre la misma razón: "Si bien puede concebirse que el principio de cumplimiento de buena fe impide producir efectos a una cláusula restrictiva de responsabilidad, en que el deudor actúa de mala fe, al revés, el deudor responsable de una imprudencia o de una negligencia grosera no puede ser considerado como habiendo actuado de mala fe". Ibid. Sin embargo, agrega que la justificación de la ineficacia de las cláusulas restrictivas de responsabilidad por culpa grave "corresponde a la necesidad de no favorecer los comportamientos demasiado negligentes o imprudentes del deudor o cuando éste demuestra poco interés en cuanto a terceros". Ibid. Viney muestra cómo la doctrina denunciaron los peligros que presenta una noción demasiado extensa de dolo, "con el riesgo de privar a menudo a las víctimas del beneficio del seguro y de animar a los aseguradores a controvertir sistemáticamente la aplicación de la garantía". Viney, Genevieve. *Traité de Droit Civil*. L.G.D.J., T. IV, *Les Obligations. La Responsabilité: conditions*, traducción libre, Paris, (1982), pp. 741-742.

⁷⁷ Véanse Ruiz-Tagle V., Pablo. *Revisión Crítica del Derecho*. Universidad Nacional Andrés Bello, Santiago, (1990), pp. 83 y ss.; y Peña G., Carlos. *Sobre el Análisis Económico de la Responsabilidad Civil*. Instituciones Modernas de Derecho Civil, Homenaje al profesor Fernando Fueyo Laneri, Ed. Jurídica ConoSur Ltda., Santiago, (1996), pp. 516-531.

⁷⁸ Su antecedente fue el artículo 42 del Proyecto de 1853, cuyo inciso final expresaba: "Esta culpa se opone a la buena fe, y en materias civiles equivale al dolo". Además, en el texto del referido proyecto se observa la siguiente nota: "Pot., Observaciones generales, al fin de su tratado de las Obligaciones. Siempre

perjuicios que fueren una consecuencia inmediata o directa de su dolo (art. 1558). El artículo 1547 no hace referencia expresa al dolo; pero en la responsabilidad de la culpa va el dolo comprendido; 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. 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 civil⁷⁹.

Baraona González es clarísimo en destacar que "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 C.C. obliga a las partes de un contrato a ejecutarlo de buena fe, dándole un contenido más objetivo y menos psicológico a tal proposición, al afirmar que ello supone no sólo 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"⁸⁰.

b) La culpa grave se equipara al dolo por cuanto se manifiesta por idénticos signos exteriores. Su principal sostenedor es Chadwick, para quien la asimilación se basa en la apreciación objetiva del ordenamiento causal, lo que le hace rechazar la diferenciación categórica de los significados del dolo y la culpa lata⁸¹, sentenciado: "Es

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". *Código Civil de la República de Chile A. Bello I*, Ed. del Ministerio de Educación, Caracas, 1954, p. 53. En relación con el artículo 1547 del C.C. se expresa que el artículo 4º, Título XI, del Proyecto de 1847 contemplaba el siguiente inciso 1º: "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". Id., p. 470. Asimismo, tratando sobre la posibilidad de modificar las reglas legales sobre prestación y graduación de la culpa (c.fr. art. 1547 del C.C.), Moreno ha sostenido que "no puede renunciarse la culpa grave anticipadamente. Se llega a esta conclusión teniendo presente que, de acuerdo con el art. 44, ella equivale al dolo. Dicha culpa es opuesta a la buena fe, ha dicho Pothier, inspirador de Bello a este respecto". Moreno Araya, Galvarino. *La teoría de la culpa en el derecho civil*. Memoria, U. de Chile, Estab. gráfico "Boletín Comercial", Santiago, (1927), p. 11. Véase Chadwick Valdes, Tomás. *De la naturaleza jurídica del dolo civil*. Memoria de prueba, U. de Chile, Dirección General de Prisiones, Santiago, (1938), pp. 175-176.

⁷⁹ Claro Solar, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Imprenta Nascimento, T. XI, De las Obligaciones, Santiago, (1937), pp. 498-499.

⁸⁰ Baraona Gonzalez, Jorge. *Responsabilidad Contractual y Factores de Imputación de Daños: Apuntes para una Relectura en Clave Objetiva*. Revista Chilena de Derecho, Vol. 24, N°1, Santiago, (enero-abril 1997), p. 174.

⁸¹ Chadwick V., Tomás, ob. cit., p. 175. "Resulta claro, entonces, que el concepto de culpa grave se encuentre en el artículo 44, a pesar de referirse esta disposición por separado al dolo, porque nuestro legislador, que, refundió en una sola las dos divisiones de la culpa de que hablaba Pothier, agregando a la división tripartita su propio concepto objetivo del dolo, no se cuidó de evitar el equívoco a que esta repetición podía dar lugar. Pero de lo dicho se desprende, además que, lejos de ser contradictorio de la tesis de la identidad del dolo con la culpa grave, este antecedente histórico la corrobora en todas sus partes, como lo comprueba la oposición que se establece entre la expresión genérica de culpa, que abarca la leve y la levisima, y la expresión dolus, que comprende la malicia y la culpa grave. Si esa identidad era reconocida por los partidarios del subjetivismo jurídico, a mucho mejor título lo será, sin duda, en la

evidente, pues, que 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 desarrollando⁸². Alessandri comparte en alguna medida este punto de vista, cuando expresa que "si hay o no dolo cuando el agente pudo prever el daño, cuando obró a sabiendas de que se produciría, pero sin desearlo, carece de interés práctico: en tales casos seguramente habrá culpa lata o grave, ya que quien obra a conciencia de que su acción ha de causar un daño, omite en realidad aquel cuidado y diligencia que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus actos o negocios, y esta culpa en materias civiles equivale al dolo"⁸³. Se produce así una aproximación práctica, pues en el mundo exterior no es posible trazar con claridad la distinción entre una conducta dolosa y una conducta gravemente culpable, pudiendo reputarse uno solo y, por ende, recibir exactamente el mismo tratamiento jurídico en todas las materias civiles⁸⁴, con lo cual el verdadero alcance del

teoría objetiva del dolo. En lo fundamental, esta teoría consiste, como lo hemos dicho, en la concepción de que el elemento externo e interno del dolo se funden en uno sólo y son inseparables, de modo que toda finalidad perseguida por la voluntad ha de ser también el resultado necesario del proceso causal externo que tiene su origen en la acción inculpada. Por eso es que contemplado el proceso único e indivisible desde su aspecto externo, toda sucesión de hechos que tenga su punto de partida en una acción humana y se halle con respecto a la injuria en una relación de causalidad, se nos presenta siempre como un proceso intencionado en orden a un fin que es la injuria misma... Esta última hipótesis se plantea siempre que se trata de la culpa grave..Trasladada esta definición a los hechos de la vida real, se verá que cuando se produzca la situación prevista en ella, el proceso causal que se inicia en la culpa grave o lata produce necesariamente la injuria del ofendido, porque sólo 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". Id, pp. 176-177.

⁸² Id., p. 177.

⁸³ Alessandri Rodríguez, Arturo. *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*. Imprenta Universitaria, Santiago, (1943), pp. 168-169. La cita no deja de ser llamativa, considerando que el mismo autor opina en forma diversa en otras de sus obras: a) "Que la culpa lata o grave equivale al dolo no quiere decir que jurídicamente sean una misma cosa, porque eso sería hacer que 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". Alessandri Rodríguez, Arturo. *Derecho Civil 2º Año*. Ed. Zamorano y Caperán, 3ª ed, 1ª parte, Teoría de las Obligaciones, Santiago, (1939), p. 77; b) "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 Rodríguez, Arturo. *Curso de Derecho Civil*. Ed. Nascimento, 3ª ed., T.I, Vol.I, Parte General, Santiago, (1961), p. 502.

⁸⁴ Un connotado civilista, refiriéndose al contraste existente entre el carácter y la función resarcitorios de la responsabilidad civil en nuestro sistema versus el rol también sancionatorio que cumple en el Common Law, destaca la relevancia de la equiparación de la culpa grave al dolo hacia la responsabilidad extracontractual, por cuanto los hechos ilícitos dolosos o gravemente culposos merecen una sanción más severa. "Con todo, 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 sólo tiene importancia respecto de la responsabilidad contractual, adquiere también interés en materia de torts". Domínguez Águila, 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 1990), pp. 130-131. Posteriormente, precisa cómo nuestro sistema algo tiene también de sancionador, de manera que la gravedad de la conducta desplegada por el autor influye (indirectamente) en la condena: "Pero en la práctica, 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

principio asimilativo supera con creces los tradicionalmente estrechos márgenes que la doctrina y la jurisprudencia nacionales le han impuesto.

c) La postura conforme a la cual la asimilación se basa en la presunción relativa de dolo, contenida en la culpa grave, es complementaria a la precedente. En palabras de Claro, "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; 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"⁸⁵. Aunque sin señalar porqué la culpa grave se equipara al dolo sino tan sólo para qué, Fueyo de alguna manera comparte este criterio al escribir: "Etimológicamente, equiparar quiere decir" disponer las cosas con ajuste, con simetría (Barcia). Viene del latín: igual, y par o pareja. En otras palabras, es

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 éste 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 explícitamente 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 de dolo en que otorga una reparación integral, como sucede en caso de responsabilidad contractual. Cuando así se argumenta, en el fondo sólo se pretende mantener, incurriendo en una petición de principios, el principio formal que manda, en materia civil, sólo 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 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" (cfr. C.S., 24-06-80, Fallos del Mes N° 259, p. 168, y RDJ, T. 77, sec.4a, p. 95). Id., pp. 133-134. En idéntico sentido, Diez Sch., José Luis. *El Daño Extracontractual. Jurisprudencia y Doctrina*. Ed. Jurídica de Chile, Stgo, (1997), p. 163: "Si bien todo lo consignado anteriormente fue extraído de decisiones de nuestros jueces, no es menos cierto que en la práctica éstos 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". Cfr. C. Santiago, 14-09-90, Gaceta Jurídica, N° 123, p. 45; C. Santiago, 04-09-91, RDJ, T. 88, sec.4a, p. 141.

⁸⁵ Claro S., Luis, ob. cit., p. 526. Véase también Gatica Pacheco, Sergio. *Aspectos de la Indemnización de Perjuicios por Incumplimiento del Contrato*. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, (1959), p. 126.

hacer paralelos dos conceptos, considerándolos iguales entre sí, como si fueran iguales, previa comparación⁸⁶, infiriéndose la presunción de las expresiones "considerándolos" y "como si fueran iguales".

7. *Culpa lata dolus est* es un principio general que ampara a otro jerárquicamente superior, la buena fe contractual. Sin embargo, este aforismo supone delimitar con precisión los conceptos involucrados, dado que una noción muy extensa de dolo privaría de contenido y sentido a la culpa lata. Asumiendo que ambos continúan vigentes, la pregunta que sigue en el orden lógico es acerca del alcance de la asimilación, aspecto de relevancia jurídica y extrajurídica, en especial por su connotación de eficiencia económica.

Ahora bien, el fundamento moral del aforismo, subyacente en el principio de la buena fe en que se inspira, obliga a considerar un argumento final, ya no para sustentar la equiparación per se, sino para sustentar su aplicación en términos absolutos. Me refiero, y aquí termino, a la consideración de justicia en el tratamiento probatorio del deudor doloso frente al deudor incurso en culpa lata. Porque si las consecuencias jurídicas son idénticas en los dos supuestos, comparto plenamente la idea que entonces uno y otro incumplimiento deben ser acreditados por quien desea obtener los beneficios (sanciones) derivadas de los mismos, en especial la indemnización completa de los perjuicios atribuibles a estas conductas⁸⁷.

⁸⁶ Fueyo Laneri, Fernando. *Derecho Civil*. Ed. Roberts y C'a Ltda, T.IV, De las Obligaciones, Vol.I, Santiago, (1958), p. 296. Otro autor señala: "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". Meza Barros, Ramón. *Manual de Derecho Civil, De las Obligaciones*. Ed. Jurídica de Chile, 8ª ed., Santiago, (1992), p. 266. "Esta clase de culpa (grave) es la que impone un cuidado menor al deudor; ella se da únicamente en caso de máxima negligencia, tan grosera que el legislador considera dolosa la actitud del deudor(...) No lo es, pero como hay tanta negligencia es como si el deudor intencionalmente hubiese causado el daño". Abeliuk Manasevich, Rene, *Las Obligaciones*, Ed. Jurídica de Chile, 3ª ed, T. II, Santiago, (1993), pp. 682-683.

⁸⁷ Comentando el único fallo que directamente se ha referido a la asimilación en Chile (cfr. C. Suprema, 10.11.1920, RDJ, T. 19, 2ª parte, sec. 1ª, pp. 415 y ss, en cuyo considerando 9º dispuso 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 Civil, sino que el precepto que establece esa equivalencia se refiere lógica y naturalmente sólo 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 la intención positiva infiere injuria a la persona o propiedad de otro, que es lo que se entiende por dolo") Chadwick señala con maestría: "En él se hace abstracción de lo que caracteriza a las instituciones jurídicas no son sus efectos, por lo cual resulta antojadizo aceptar la identidad de éstos y negar las 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 distinciones ni exclusiones". Chadwick Valdes, ob. cit., pp. 174-175. Luego afirma: "Es evidente, pues, que 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...Tal es, por lo demás, la única solución compatible con el buen sentido. 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 levisima, la única conclusión general que podría deducirse es

que el legislador ha sido más severo en la sanción de la culpa grave que en la represión del dolo. Este último no se presume y deberá probarse por quien 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 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". Id., p. 177. Somarriva es partidario también de una equiparación absoluta, por cuanto la ley no distingue. Somarriva Undurraga, Manuel. *Las Obligaciones y los Contratos ante la Jurisprudencia*. Ed. Nascimento, Santiago, (1939), p. 38. Rodríguez Grez: "Si la culpa grave en materia civil se asimila (la ley dice 'equivale') al dolo, ello implica que la culpa grave debe también probarse, al igual que el dolo. Así lo estimamos nosotros por una razón fundamental. 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 doloso, 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 al dolo- deba probarse porque en materia civil 'equivale al dolo', lo cual implica que ambos tienen el mismo estatuto jurídico". Rodríguez Grez, Pablo. *La Obligación como Deber de Conducta Típica. La Teoría de la Imprevisión en Chile*. Facultad de Derecho U. de Chile, Santiago, (1992), pp. 58-59.