

LA ASIMILACIÓN DE LA CULPA AL DOLO DESDE UNA PERSPECTIVA OBJETIVA DEL DERECHO DE LOS CONTRATOS [PRIMERA PARTE]

Rodrigo Barcia L. (*)

RESUMEN

El Derecho chileno ha generado excelentes trabajos en torno a la asimilación de la culpa grave al dolo. Sin embargo, independientemente que en este artículo se reiteran algunos de los aspectos propios de dicha asimilación, él se centra en la tensión de dos posiciones en las cuales se funda el Derecho de los contratos, que son la teoría clásica de la voluntad y la objetiva o del negocio jurídico. Así, se intenta dar un alcance consistente a la asimilación de la culpa grave al dolo, no sólo en los términos del artículo 44.1° del CC sino también del artículo 1547.1° del CC, con la última de estas teorías. Este trabajo se estructura en tres secciones. El presente artículo aborda sólo la primera de ellas. Ésta intenta delimitar el ámbito de aplicación de la asimilación de la culpa grave al dolo, concluyendo que esta asimilación opera como un principio general del Derecho Civil Patrimonial. Así, existe una relación entre los dos principios en los cuales descansa la referida asimilación (“*nemo auditur*

(*) Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Central de Chile, 1991; MBA Economía y Dirección Internacional de la Empresa, MEDI, Universidad Autónoma de Madrid, 1997; LL. M. *European Master in Law and Economics*, Complutense und Hamburg Universität, 1998; Doctor Derecho Privado, Universidad Complutense de Madrid, 2002 y Profesor Asistente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Talca. Las opiniones vertidas en este artículo son responsabilidad mía, sin perjuicio de lo cual, agradezco los valiosos aportes de mi colega Fernanda Vásquez. Artículo ha sido presentado el 16 de agosto y ha sido aprobada su publicación el 20 de octubre de 2006.

propriam suam turpitudinem allegans” y “*culpa lata dolus est*”). Estas máximas reposan, no sólo en una conducta contraria a la buena fe, sino que denotan tal grado de negligencia que son demostrativas de dolo, conforme a una concepción objetiva de éste que rehuye de elementos volitivos o intencionales para su determinación.

DESCRIPTORES

Negocio jurídico, dolo, culpa grave, asimilación de la culpa grave al dolo, fuentes de las obligaciones, prueba de la culpa grave, responsabilidad contractual, tesis objetiva y subjetiva del contrato.

ABSTRACT

The Chilean law has generated excellent works concerning the assimilation of the serious negligence to the intent. In spite of repeating some of the aspects that are proper to the above mentioned topic, this article focuses on the tension of two positions on which the right of contracts is founded, which are the classic theory of the will and the objective theory or the juridical business. Thus, this article tries to give a consistent scope to the assimilation of the serious negligence to the intent, not only in terms of the article 44.1° of the CC but also of the article 1547.1° of the CC. This work is structured in three sections. The present article deals only with the first one of them. This part intends to delimit the ambit of application of the assimilation of the serious negligence to the intent with a conclusion that this assimilation works as a general principal of the Patrimonial Civil Law. Thus, there exists a relation between two principals on which the mentioned assimilation lays down. (“*nemo auditur propriam suam turpitudinem allegans*” y “*culpa lata dolus est*”). These maxims lay down, not only in a behavior contrary to the good faith, but they denote a great deal of negligence which are demonstrative of intent, in accordance to an objective conception of intent that escapes from voluntary or intentional elements for its determination.

KEY WORDS

Juridical business, intent, serious negligence, assimilation of the serious negligence to the intent, sources of obligations, proof of the serious negligence, contractual liability, objective and subjective thesis of contract.

Introducción.

Este artículo aplica la tesis del negocio jurídico a la asimilación de la culpa grave al dolo. En él se analiza como la asimilación de la culpa grave al dolo, establecida en el artículo 44.1ª parte final del CC, es general en el Derecho civil. Fundamentalmente se sostiene una tesis, ya planteada por nuestra doctrina, en virtud de la cual se extiende la asimilación de la culpa grave al dolo a la prueba en la responsabilidad contractual. En este sentido se analizan los alcances del artículo 1547.1º y 3º del CC. Este estudio también se refiere someramente al dolo, estableciendo que el dolo entendido como “engaño provocado” integra un comportamiento, que se debe entender, como representativo de culpa grave.

Por otra parte, dada la extensión del tema propuesto este trabajo se divide en dos artículos, el primero es objeto de la presente publicación. El presente artículo se refiere tan solo a la sección primera del trabajo completo y aborda el concepto de dolo; las fuentes de las obligaciones relacionadas especialmente con la asimilación de la culpa grave al dolo; se plantea que la asimilación de la culpa grave al dolo es general en nuestro Derecho y se señala la forma en que opera la asimilación de la culpa grave al dolo para nuestra doctrina¹.

SECCIÓN PRIMERA: La asimilación de la culpa grave al dolo como una regla de aplicación general en la responsabilidad civil.

1. Concepto de dolo.

Antes de analizar someramente el dolo haré una breve enumeración de las principales diferencias entre la culpa y aquél en la responsabilidad civil:

- a) El dolo hace responsable al deudor no sólo de los perjuicios directos previstos, sino también de los imprevistos (artículos 1558.1º y 1547. 4º del CC).
- b) Si la cosa se destruye durante la mora de recepción del acreedor, el deudor sólo será responsable del dolo y su equivalente la culpa grave (artículo 1680 del CC)².
- c) En materia de responsabilidad extracontractual la responsabilidad es solidaria, independientemente si se actuó con culpa o dolo (artículo 2317.1º del CC). En cambio, en la responsabilidad contractual, Alessandri Rodríguez. sostenía que por aplicación del artículo 2317. 2º del CC, el incumplimiento doloso generaba responsabilidad

¹ Este trabajo además contiene dos secciones más que serán publicadas en el próximo número de esta revista. La segunda sección aborda la asimilación de la culpa grave al dolo en la responsabilidad contractual y desarrolla la razón por la cual la asimilación de la culpa grave opera incluso respecto de la prueba –pero sólo en la responsabilidad contractual- y por último, la tercera sección contiene las principales conclusiones de este trabajo.

² A este supuesto se refiere Ducci. Ducci Claro, Carlos., “La Culpa del Acreedor en la Responsabilidad Contractual” Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXXXI, Santiago de Chile, 1984, enero-abril, p. 6.

solidaria. En conformidad a ello, la regla general de la responsabilidad conjunta en la responsabilidad contractual se altera por el incumplimiento doloso. Esta posición, aunque adoptada en el Derecho colombiano –que en su Código civil tiene una disposición similar a nuestro artículo 2317-, fue desechada por la jurisprudencia chilena por lo que, en la responsabilidad contractual, la responsabilidad es por regla general conjunta, sea que proceda por incumplimiento culposo o doloso³. La posición de Alessandri R. se basaba en lo reiterativo que es el inciso 2º del artículo 2317 del CC con relación a su inciso 1º. Para Alessandri R., dicha reiteración, sólo se puede explicar en que el inciso 2º tendría una aplicación general a toda la responsabilidad civil.

- d) El dolo no puede ser condonado anticipadamente. De esta forma, conforme al artículo 1465 del CC, hay objeto ilícito en la condonación del dolo futuro. En este sentido, el dolo y la culpa grave no pueden ser objeto de una cláusula eximente de responsabilidad⁴.

Como la culpa grave se asimila al dolo no puede condonarse anticipadamente la culpa grave⁵. Sin embargo, se ha entendido que la asimilación de la culpa grave al dolo no opera respecto de la prueba de aquélla. Así, para la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia unánime de los tribunales, la culpa grave para producir los efectos del dolo debe acreditarse, de lo contrario producirá los efectos propios de la culpa. Entonces, podrá condonarse la culpa grave, cuando no es asimilable al dolo, es decir, cuando opera como presunción de culpa.

En Chile se ha sostenido que esta diferencia entre culpa y dolo no es relevante respecto de la responsabilidad extracontractual, ya que en principio las reglas que regulan dicha responsabilidad son las mismas. Sin embargo, ello es efectivo sólo en torno a la determinación del “*quantum*” en la indemnización de perjuicios y de la responsabilidad solidaria de que responden los sujetos pasivos. Pero, hay importantes diferencias de tratamiento entre el dolo,

³ La CS por una sentencia de 11 de septiembre de 1946 entendió que el incumplimiento de una obligación por culpa grave tiene aparejada como consecuencia la aplicación del artículo 2317, 2º del CC. En este sentido, los deudores de una obligación contractual, que han incumplido con culpa grave, son solidariamente responsables. RDJ, tomo XLIII, sección 1ª, pp. 551 y siguientes. Sin perjuicio de ello, otra sentencia de la CS, de 23 septiembre de 1953 falló que no procede la responsabilidad solidaria a la que se refiere el artículo 2317, 2º del CC, cuando la responsabilidad es contractual. Repertorio del Código Civil, tomo 50, sección 1ª, p.368.

⁴ Una aplicación de esta regla se efectúa en el artículo 1859 del CC., en virtud del cual “[s]i se ha estipulado que el vendedor no estuviese obligado al saneamiento por los vicios ocultos de la cosa, estará sin embargo obligado a sanear aquellos de que tuvo conocimiento y de que no dio noticia al comprador”. En igual sentido, el artículo 1842 del CC. dispone que “es nulo todo pacto en que se exime al vendedor del saneamiento de evicción, siempre que en ese pacto haya habido mala fe de parte suya”. De esta forma, la convención eximente de la obligación de saneamiento no puede alcanzar al dolo.

⁵ Vid. Vial del Río, Víctor, **Manual del Derecho de Las Obligaciones en el Código Civil Chileno**, Editorial Biblioteca Americana, Universidad Andrés Bello, 2003, p. 219. También existe jurisprudencia en este sentido, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 87, Sección 2ª, p.23. Vid. Ramos Pazos, René, **De las Obligaciones**, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1999, p. 256.

como elemento constitutivo del delito civil, y la culpa, como elemento constitutivo del cuasidelito civil, como las siguientes ⁶ :

- i) El dolo por regla general no se presume. Así, las presunciones de responsabilidad por el hecho propio, ajeno y de las cosas son presunciones de culpa y no de dolo.
- ii) Las cláusulas eximentes de responsabilidad no son válidas respecto de un delito civil, pero si lo son con relación a un cuasidelito civil.
- iii) Son sujetos pasivos del delito civil los terceros que obtuvieren provecho de éste y responden hasta el monto de dicho provecho (artículo 2316.1° del CC). Pero, el tercero que se beneficie de un cuasidelito no debe nada por ello.

No es del caso detenerse en un análisis exhaustivo del dolo, pero a lo menos se hace necesario hacer una pausa para los efectos de determinar cómo se construye la teoría del dolo en el ordenamiento jurídico chileno.

Tradicionalmente se define al dolo como toda maquinación fraudulenta destinada a obtener una declaración de voluntad que de no mediar éste no se hubiere obtenido o se hubiere obtenido en términos substancialmente diferentes. En este sentido, el dolo es toda maquinación fraudulenta por la cual una parte o el autor de un acto jurídico es inducido a celebrar un acto jurídico por su contraparte —en el caso de un acto jurídico bilateral- o por un tercero —en el caso de un acto jurídico unilateral-, que de no mediar el dolo no habría celebrado o lo habría hecho en términos substancialmente diferentes.

Esta concepción del dolo está íntimamente relacionada con el error. Pero, en el dolo es indiferente la clase de error en que recae la víctima, da igual si el error es obstáculo o sustancial. El dolo presupone un error, en el que lo padece, que afecta a los motivos que llevan a celebrar el acto o contrato, como destacaba Von Tuhr⁷ .

Sin perjuicio de lo anterior, la doctrina alemana tiene un concepto diferente de dolo. Para el Derecho alemán, el dolo es un engaño provocado, que es distinto al fraude —ya que el dolo puede o no ser una consecuencia del fraude-. Nuestro concepto de dolo no es el de la negligencia inexcusable y grave, que juega en los casos que serán tratados más adelante. La mayoría de la doctrina en Chile entiende que este dolo es sinónimo de fraude. Pero, en el Derecho alemán, al

⁶ Sin perjuicio de ello, la asimilación de la culpa grave al dolo no se aplicó en el Derecho romano, en el cual la Ley *Cornelia* exigía dolo no siendo suficiente la culpa grave, como si un podador deja caer las ramas de un árbol.

⁷ Vid. Von Tuhr, Andreas, **Tratado de Las Obligaciones**, Tomo I, Editorial Reus, Madrid, España, 1999, p. 214. En igual sentido se pronuncia De Castro Y Bravo, Federico, **El Negocio Jurídico**, Madrid, España, Civitas, 1991, p.148.

dolo como vicio del consentimiento se le considera como “un engaño provocado”, lo que presenta la ventaja de dejar fuera del dolo a la intencionalidad, que es propia del fuero interno⁸. De este modo en la medida que una parte tenga conocimiento que su contraparte actúa motivada por error y aquélla de alguna forma ha participado en dicho engaño, hay dolo. En este sentido lo esencial del dolo es el error provocado o dicho de otra forma el engaño que se provoca en otro, aunque el engaño esté bien inspirado.

En definitiva, en el derecho romano ambos dolo y fraude eran sinónimos y el dolo era tratado simplemente como un fraude civil. Pero, en el Derecho alemán no es intrínseco al dolo, el que se busque perjudicar a otro, ya que el dolo incluso puede tener como objetivo tratar de beneficiar a otro⁹.

2. Fuentes de las obligaciones.

Para continuar con este trabajo se debe determinar cuál es la fuente supletoria de las obligaciones, o sea, la que se aplica a las demás. Ello es importante porque si se estima que la clasificación tripartita de la culpa no se aplica a las obligaciones cuasi-contractuales, ni a las legales debe estimarse que la asimilación de la culpa grave al dolo sólo procede en la responsabilidad contractual, a pesar de estar establecida en una norma de aplicación general como lo es el artículo 44.1º del CC. Pero, además, este análisis es fundamental para determinar el ámbito de aplicación del artículo 1547. 2º y 3º del CC.

Para abordar adecuadamente el tema planteado se debe distinguir cuáles fuentes de las obligaciones, de ser ello posible, admiten graduar la culpa, si se entiende que las reglas de la responsabilidad contractual son las supletorias.

⁸ Esta noción del dolo como engaño provocado se encuentra en autores antiguos, como Von Tuhr y más modernos como Larenz. Von Tuhr, Andreas, *op. cit.*, **Tratado de Las Obligaciones**, Tomo I, Editorial Reus, Madrid, España, 1999, p. 214 y Larenz, Karl, **Derecho Civil: Parte General**, Jaén, España, Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 508. Es importante destacar que esta manera de ver el dolo se separa de la forma en que lo hace tradicionalmente nuestra doctrina. La doctrina alemana considera que el dolo como vicio del consentimiento es “el engaño provocado en la víctima”. En este sentido es posible diferenciar los conceptos de dolo y fraude. En el Derecho romano ambos conceptos eran sinónimos y el dolo era considerado como un fraude civil. En el Derecho comparado no es intrínseco al dolo el que se busque perjudicar a otro. De esta forma, si una parte engaña a otro para celebrar un contrato, aunque lealmente “actúe creyendo que con el engaño se está beneficiando a su contraparte”, se debe considerar dicho comportamiento como doloso. Así acontece por ejemplo en el ordenamiento jurídico alemán (§ 123. 2º del *BGB*). En España Díez – Picazo señala algo parecido al entender que la intención de perjudicar a otro no es relevante en el dolo, como vicio del consentimiento, ya que el dolo, como vicio del consentimiento, no exige perjuicio o daño desde que lo que determina la nulidad no es el daño, sino la maniobra engañosa. *Vid.* Díez – Picazo, Luis, **Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial**, Tomo I: Introducción. Teoría del Contrato, Civitas, Quinta edición, Madrid, España, 1996, p.171.

⁹ Por otra parte, debe resaltarse la función comunicadora que tuvo el dolo en el Derecho histórico, específicamente en el Derecho alemán, y que sin lugar a duda mantiene en el Derecho moderno. La regulación de los otros vicios del consentimiento es tan rígida que ha hecho difícil su aplicación.

Los hermanos Henri y León Mazeaud, de la Universidad de París y Jean Mazeaud clasificaron las fuentes en torno a si tienen su origen “*ex-voluntae*” o “*ex-lege*”, en:

- a) Fuentes voluntarias: son las que encuentran su fuente en la voluntad del deudor o del deudor y acreedor. En todo caso en nuestro ordenamiento jurídico se discute la posibilidad que la promesa unilateral sea fuente de obligaciones.
- b) Fuentes no voluntarias: son las que tienen su origen en una obligación que se impone al deudor independientemente de su voluntad, ya sea por la ejecución de un ilícito culposo o doloso que produce daño, ya sea que la obligación se genere sin culpa, como el cuasicontrato.

Dentro del primer grupo de fuentes están el contrato y la declaración unilateral de voluntad –que nuestro ordenamiento jurídico no acepta como fuente de las obligaciones- y respecto del segundo al cuasicontrato, al delito, al cuasidelito civil y a la ley.

La mayoría de los autores y jurisprudencia chilenas, siguiendo a Alessandri R., señalaban que la regla general supletoria eran las normas que regulan las obligaciones contractuales. Sin embargo, hace algún tiempo dicha tendencia cambió. Así, la mayoría de los autores actuales sostienen que la regla supletoria es la responsabilidad extracontractual ¹⁰.

Sin perjuicio de lo anterior, los argumentos a favor de la posición que considera que las reglas que regulan la responsabilidad contractual son las supletorias se pueden resumir como los siguientes:

- a) El Libro IV del Código Civil denominado “*De las Obligaciones en General y de los Contratos*” asimila las obligaciones en general a las obligaciones contractuales. De esta forma, la “*ratio legis*” del Libro IV es aplicar las normas que regulan las obligaciones contractuales a todas las fuentes de las obligaciones, salvo a las obligaciones que emanan de los delitos y cuasidelitos civiles, que se tratan en el apartado Título XXXV del mismo Libro IV. Así, la ubicación del referido Título denotaría claramente que dichas normas no son la regla general.
- b) Además el Título XII del Libro IV, que se denomina “*Del Efecto de las Obligaciones*”, se refiere a la responsabilidad contractual, entonces se harían sinónimos los efectos de las obligaciones en general con el efecto de las obligaciones contractuales.
- c) También se indica a favor de esta posición que el *Code civil* estableció precisamente la regla inversa al tratar la responsabilidad contractual bajo el título “*De los Contratos*

¹⁰ Ducci Claro, Tapia Suárez, Meza Barros y Corral Talciani sostienen esta posición. Vid. Domínguez Aguila, Ramón, en Prólogo, Tapia Suárez, Orlando, **De la Responsabilidad Civil en General y de la Responsabilidad Delictual entre los Contratantes**, Colección de Monografías, Santiago de Chile, Lexis Nexis, Segunda Edición, 2006, pp. L y LI.

y de las *Obligaciones Convencionales en General*” para referirse al efecto de las obligaciones. El que BELLO no haya seguido al *Code civil* sería una demostración que la regla en el Derecho chileno es la inversa.

- d) Por último, el Código civil en los artículos 2288 y 2308 -respecto de los cuasicontratos- se refiere a la culpa del buen padre de familia o leve, aplicando a las obligaciones que emanan de los cuasicontratos las reglas generales de la culpa del artículo 1537 del CC de dicho cuerpo legal. Ello refleja la intención del legislador de aplicar las normas de obligaciones contractuales como regla general a las otras fuentes de las obligaciones. Sin embargo, estos argumentos no son concluyentes y pueden ser objeto de las siguientes críticas:
 - a) Existen argumentos de texto a favor de la posición contraria. El artículo 2284 del CC agrupa por una parte a las obligaciones que se contraen sin convención y por la otra a las que se contraen mediante convención. De esta manera, se diferencian ambas clases de obligaciones las contractuales y las no contractuales.
 - b) En el Derecho comparado la regla supletoria son las reglas de la responsabilidad extracontractual. En este sentido es especialmente interesante el caso español que agrupa todas estas obligaciones en las “*obligaciones que se contraen sin convenio*” - en el Título XVI del Libro IV de su Código civil¹¹.
 - c) En realidad de la regulación y de los delitos y cuasidelitos en el Título XXXV del Libro IV no se puede desprender la intención del legislador de establecer un estatuto particular o aislado para la responsabilidad extracontractual. Ello es evidente desde que los cuasicontratos también se regulan en un Título aparte como lo es el XXXIV¹².
 - d) Las obligaciones contractuales se diferencian de todas las otras fuentes de las obligaciones, ya que sólo en éstas existe un vínculo previo entre las partes. Ello tiene como consecuencia que por ejemplo se distinga en torno al daño previsto e imprevisto al tiempo del contrato o que la culpa se presuma. En cambio, en todas las otras obligaciones entre el sujeto activo y pasivo no existe ningún vínculo previo. Este criterio ha servido de fundamento precisamente a la clasificación de las obligaciones en contractuales y no contractuales. Por ello es que la mayoría de la doctrina en el

¹¹ Vid. Barcia Lehmann, Rodrigo, “Algunas Consideraciones sobre el Principio de la Responsabilidad” en **Instituciones Modernas de Derecho Civil: Homenaje al Profesor Fernando Fueyo Laneri**, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago de Chile, 1996, pp. 559 a 560.

¹² En los Proyectos de Código civil de 1846-1847 se regulaban las obligaciones que provienen de los cuasicontratos y del delito y cuasidelito civil de forma conjunta en el Título XXXIX. Dicho título se denominó “*De las Obligaciones que se Contraen sin Convención*”. En el Proyecto de 1853, Inédito y de 1855 dicha sistematización se abandonó convirtiendo cada uno de los § del Título XXXIX en títulos independientes. Vid. Barrientos Grandón, Javier, **El Pago de lo no Debido en el Derecho Chileno**, Santiago de Chile, Lexis Nexis, 2003, páginas 6 a 8. Es de suponer que estas modificaciones sólo tuvieron como objetivo sistematizar estas materias, por cuanto no existe antecedente alguno que pueda llevar a concluir que ella tenía por finalidad fijar una regla general y supletoria.

Derecho comparado entiende que la regla general son las normas de la responsabilidad extracontractual¹³.

Por último, no puede dejarse de lado que las reglas que regulan la responsabilidad extracontractual se aplican en forma supletoria a la responsabilidad del Estado, es decir, a falta de una norma de Derecho Público expresa¹⁴.

Para concluir es posible entender que la clasificación de la culpa opera de forma general por estar consagrada en el artículo 44.1º a 4º del CC –que es de aplicación general–; pero el artículo 1547.1º y 3º del CC no es una norma general, ya que no es aplicable supletoriamente a las obligaciones legales y cuasicontractuales.

2.1 Aplicación de la graduación de la culpa como fuente supletoria de las fuentes de las obligaciones con exclusión de la responsabilidad extracontractual.

Independientemente de esta discusión para la mayoría de la doctrina las reglas supletorias, respecto de las fuentes de las obligaciones, son las de la responsabilidad extracontractual. Pero, aunque se deseché esta posición porque se adopta la opinión de Alessandri R. o se entienda que, cabe de igual forma recurrir a la presunción del artículo 44.1º del CC –que asimila la culpa grave al dolo– a todas las obligaciones por ser una norma de aplicación general¹⁵, lo que realmente se debe analizar es si esta presunción se puede desprender de normas que regulen fuentes de las obligaciones no contractuales. Veamos entonces, si la asimilación de la culpa grave al dolo se extiende a otras fuentes de las obligaciones, como las obligaciones que provienen de los cuasicontratos o de la ley, precisamente por aplicación de normas específicas.

Claro Solar planteaba, si la culpa grave es asimilable al dolo en la responsabilidad extracontractual. En el Derecho romano, en la responsabilidad extracontractual, una negligencia mayúscula o una falta de inteligencia inexcusable no era asimilable al dolo, aunque existían autores que minoritariamente lo entendían de esta forma. Sin embargo, también es posible entender, como lo hacían los pandectista, que muchos supuestos que nosotros entendemos como de culpa grave eran tratados simplemente como dolo¹⁶.

¹³ Por último, no puede dejarse de lado que las reglas que regulan la responsabilidad extracontractual se aplican en forma supletoria a la responsabilidad del Estado, es decir, a falta de una norma de Derecho Público expresa. Sentencia de la Corte Suprema, 15 de abril del 2003, recurso de casación en la forma. Gaceta Jurídica, Año 2003, Abril nº 274, p.108.

¹⁴ Sentencia Corte Suprema, 15 de abril del 2003, recurso de casación en la forma. Gaceta Jurídica, Año 2003, Abril nº 274, p.108.

¹⁵ No debemos olvidar que el artículo 44 del CC está ubicado en el § 2 del Título Preliminar, o sea, es de aplicación general.

¹⁶ Vid. Martínez Sarrión, Ángel, **Las Raíces Romanas de la Responsabilidad por Culpa**, Bosch casa Editorial, Barcelona, España, 1993, p. 212.

En nuestro Derecho esta discusión no tiene mayor relevancia por cuanto ambas formas de imputabilidad generan responsabilidad extracontractual y no influyen en la determinación del “*quantum*”¹⁷. Pero, si se entiende que el artículo 1558.1º del CC se aplica a la responsabilidad extracontractual, entonces esta discusión es de trascendental importancia¹⁸.

2.2 Tratamiento de la equiparación entre el dolo y la culpa grave en las distintas obligaciones.

El artículo 44 del CC establece que la culpa grave se equipara al dolo en materia civil¹⁹. Reiteran esta equiparación de la culpa grave al dolo una serie de normas -que se refieren tanto a las obligaciones contractuales como a las cuasicontractuales, legales y extracontractuales-. Algunas de ellas son las siguientes:

2.2.1 En las obligaciones contractuales.

En materia contractual no se discute que la regla general es que la culpa grave se asimila al dolo. Esta regla se establece en los artículos 1858.1º y 1933.2º del CC respecto de los vicios redhibitorios, en los contratos de compraventa y arrendamiento respectivamente. Pero, como veremos, estos artículos no son una reiteración de la regla general del artículo 44.1º, última parte, del CC. De este modo la asimilación de la culpa grave al dolo se aplica de forma expresa, en la responsabilidad contractual, respecto de la acción “*quantis minoris*”. En virtud de ella excepcionalmente se puede solicitar una indemnización de perjuicios contra el vendedor en los siguientes dos supuestos, (i) si el vendedor conocía el vicio y debía declararlo y no lo hizo, o (ii) si los vicios eran tales que el vendedor haya debido conocerlos por razón de su profesión u oficio (artículo 1861 del CC). La indemnización de perjuicio que se otorga al comprador, en este caso excepcional, se basa en la mala fe del vendedor o en la negligencia grave (si debía de conocerlos en razón de su profesión u oficio).

El arrendatario, en virtud del artículo 1932.1º del CC, tiene derecho a la terminación del contrato de arrendamiento por vicios redhibitorios. Pero, en este caso, los vicios no exigen una

¹⁷ En todo caso contra de esta opinión, está –lamentablemente sin señalar mayores fundamentos- Banfi. De este modo, para el referido autor, “...en la responsabilidad extracontractual la gravedad de la conducta ilícita influye en la condena indemnizatoria...”. Vid. Banfi Del Río, Cristián, “La Asimilación de la Culpa Grave al Dolo en la Responsabilidad Contractual en Chile” en Revista Chilena de Derecho, volumen 27, Santiago de Chile, 2000, p.315.

¹⁸ Vid. Claro Solar, Luis, **Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado**, Volumen V: De las Obligaciones, Tomo Undécimo, De las Obligaciones: II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1988, pp. 525 a 529.

¹⁹ Esta asimilación de la culpa grave al dolo se acoge en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, incluidos los que no establecen la clasificación tripartita de la culpa. Así se establece en los artículos 100 del CC. suizo de las obligaciones o 1229 del *Codice Civile*. En igual sentido la jurisprudencia francesa asimila la culpa grave al dolo.

conducta del arrendador. Así no es necesario ni dolo, ni culpa grave del arrendador para que el arrendatario puede dar término al contrato, siendo suficiente que “...*el mal estado o calidad de la cosa le impide (al arrendatario) hacer de ella el uso para que ha sido arrendada, sea que el arrendador conociese o no el mal estado o calidad de la cosa al tiempo del contrato; y aun en el caso de haber empezado a existir el vicio de la cosa después del contrato, pero sin culpa del arrendatario*”. La referencia de esta norma a vicios que deben ser conocidos por el arrendador, en virtud de su profesión u oficio, deben calificarse constitutivos de culpa grave. En este caso precisamente se está estableciendo entonces la asimilación de la culpa grave al dolo de forma expresa²⁰.

A su vez, si estos vicios eran conocidos por el arrendador, es decir, si opera el dolo, o debía conocerlos, o sea si hubiese culpa grave de su parte, entonces el arrendatario tendrá derecho a la indemnización de perjuicios por aplicación del artículo 1933.2º del CC. Así la referida norma establece que “[y] *si el vicio era conocido del arrendador al tiempo del contrato, o si era tal que el arrendador debiera por los antecedentes preverlo o por su profesión conocerlo, se incluirá en la indemnización el lucro cesante*”.

El criterio precedente, en la determinación de la imputabilidad, que se exige en el arrendamiento para dar lugar a la indemnización de perjuicio contra el arrendador es el mismo que se señala, en el artículo 1858.1º del CC, para los efectos de excluir los vicios redhibitorios en la compraventa por concurrir dolo o culpa grave por parte del comprador. A su vez, el incumplimiento culpable de la obligación de saneamiento de los vicios redhibitorios, conforme al artículo 1928.4º del CC, no da lugar a la indemnización de perjuicios contra el arrendador “*si las reparaciones procedieren de causa que existía ya al tiempo del contrato, y no era entonces conocida por el arrendatario, pero lo era por el arrendador, o era tal que el arrendador tuviese antecedentes para temerla, o debiese por su profesión conocerla*”²¹.

2.2.2 En las obligaciones no contractuales:

- a) El artículo 257 del CC equipara la culpa grave o negligencia habitual al dolo como causales de pérdida de la administración de los bienes del hijo, por parte del padre o madre, o a ambos.
- b) En igual sentido el artículo 423 del CC equipara el dolo a la culpa grave para los

²⁰ En este sentido Chadwick, siguiendo a Aubry Et Rau, señala que “la culpa grave da prueba de falta a las reglas de la más elemental prudencia, con lo cual deja la impresión de que ha querido dañar”. Vid. Chadwick Valdés, Tomás, “De la Naturaleza Jurídica del Dolo (continuación)”, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XXXVI, marzo a diciembre de 1939, números 1 a 10, pp. 82 y 83.

²¹ Este es un caso interesante ya que se establece un caso calificado de culpa grave en virtud del cual procede la indemnización de perjuicios si los vicios debieron ser conocidos en virtud de su profesión u oficio.

efectos de la cuenta que debe de rendir el tutor o curador en la administración de los bienes del pupilo ²².

- c) El albacea, conforme al artículo 1300 del CC, será removido por culpa grave o dolo, a petición de los herederos o del curador de la herencia yacente, y en caso de dolo se hará indigno de tener en la sucesión parte alguna, y además de indemnizar de cualquier perjuicio a los interesados, restituirá todo lo que haya recibido a título de retribución ²³.
- d) En materia de sociedad conyugal cada cónyuge deberá asimismo recompensa a la sociedad por los perjuicios que le hubiere causado con dolo o culpa grave, y por el pago que ella hiciere de las multas y reparaciones pecuniarias a que fuere condenado por algún delito o cuasidelito (artículo 1748 del CC) ²⁴.
- e) En la agencia oficiosa el gerente se hace responsable del dolo o culpa grave excepcionalmente —la regla general es la culpa leve— *si se ha hecho cargo de ella para salvar de un peligro inminente los intereses ajenos, sólo es responsable del dolo o de la culpa grave* (artículo 2288 del CC) ²⁵.
- f) El artículo 2329.2º del CC señala algunos casos a los cuales se aplican presunciones de responsabilidad por el hecho propio ^{26 27}. Así, conforme a la referida norma, “[s]on especialmente obligados a esta reparación:

1º El que dispara imprudentemente un arma de fuego;

2º El que remueve las losas de una acequia o cañería en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transitan de día o de noche;

²² Es extremadamente exigente el artículo 423 del CC respecto del tutor o curador que incurriere en negligencia grave o dolo en esta materia, ya que en estos casos el pupilo tiene derecho de apreciar y jurar la cuantía del perjuicio recibido, comprendiendo el lucro cesante; y se condenará al tutor o curador en la cuantía apreciada y jurada; salvo que el juez haya tenido a bien moderarla. En igual sentido resuelve el artículo 2483.2º. En virtud de esta disposición se extiende asimismo la preferencia de cuarta clase a los derechos y acciones de la mujer contra el marido, o de los hijos bajo patria potestad y personas en tutela o curaduría, contra sus padres, tutores o curadores por culpa o dolo en la administración de los respectivos bienes, probándose los cargos de cualquier modo fehaciente.

²³ En igual sentido se equiparan los efectos de la culpa grave y el dolo en la compraventa (artículo 1827 del CC), en el censo (artículo 2035.3º del CC) y en el depósito necesario (artículo 2242 del CC).

²⁴ En igual sentido se puede consultar el artículo 1771 del CC.

²⁵ Ya me he referido a alguno de estos supuestos, pero los reitero ahora porque se refieren a casos en que se asimila la culpa grave al dolo en obligaciones no contractuales.

²⁶ En un principio la doctrina señaló de forma unánime que el artículo 2329 del CC era una simple repetición del artículo 2314.2º del CC, pero con posterioridad Ducci y Alessandri plantearon que el referido inciso 2º establece una presunción de responsabilidad por el hecho propio. Esta posición es la que se acoge en la actualidad.

²⁷ Las actividades enumeradas precedentemente tienen un elemento en común, todas se refieren a actividades riesgosas. Ello no pasó inadvertido para Ducci y Alessandri que sostuvieron, contra la opinión generalizada de la época, que el inciso 2º de la norma precedente no era una reiteración de la regla general (la responsabilidad subjetiva), sino una presunción de responsabilidad por el riesgo creado o provocado (que es propio de actividades riesgosas). Por ello, para la doctrina más moderna, las presunciones de responsabilidad por el hecho propio señaladas en el artículo 2329.2º del CC son meramente ejemplares.

3º El que, obligado a la construcción o reparación de un acueducto o puente que atraviesa un camino lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por él”.

Todas estas circunstancias suponen una conducta que genera culpa grave, lo que lleva a establecer una responsabilidad por el hecho propio para los actos riesgosos en que la culpa grave se asimila al dolo²⁸.

Si consideramos que los casos de asimilación de la culpa grave al dolo no son pocos, junto con la ubicación del artículo 44.1º, parte final del CC –que establece la asimilación de la culpa grave al dolo–; entonces es forzoso concluir que esta máxima es de aplicación general en la responsabilidad civil. Sin perjuicio de lo cual –como ya hemos analizado– hay casos en los cuales no es posible aplicar la asimilación de la culpa grave al dolo porque en ellos se exige dolo²⁹.

3. La asimilación de la culpa grave al dolo no sólo opera en la responsabilidad civil.

La asimilación de la culpa grave al dolo no sólo procede respecto de la responsabilidad civil, sino que existen varios supuestos en los cuales nuestro Derecho recurre a dicha asimilación. Ellos son los siguientes:

a) El artículo 1683 del CC es un buen ejemplo de dicha asimilación.

En virtud del artículo 1683 del CC cualquiera que tenga interés puede solicitar la nulidad absoluta, salvo que haya sabido o debido saber el vicio que invalidaba el acto jurídico. Esta norma tiene como sustento la máxima romana “*nemo auditur propriam suam turpitudinem allegans*”, es decir, nadie puede aprovecharse de su propia torpeza³⁰.

En cierta medida entonces lo que hace este artículo es asimilar la culpa al dolo. Sin

²⁸ Vid. Alessandri Rodríguez, Arturo, **De La Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Chileno**, Tomo I, Segunda edición, Ediar Editores, Santiago de Chile, 1983, pp. 292 a 305 y Banfi Del Río, Cristián, *op. Cit.*, “La Asimilación de la Culpa Grave al Dolo...”, p.315.

²⁹ Un tema que no se ha abordado en este trabajo es si la clasificación tripartita de la culpa es de aplicación general a las obligaciones legales y cuasicontractuales. Claro Solar opinaba que la clasificación de la culpa es de aplicación general a lo menos se aplicaba a las obligaciones legales, como se desprende de los artículos 250, 391, 539, 1260, 1299 1300 y 1329 del CC.). Claro Solar, Luis, *op. Cit.*, **Explicaciones...**, p.522. Meza Barros también parece adscribirse a esta posición al referirse a los artículos 250, 391 y 427 del CC., respecto de las obligaciones legales, y 2288, 2308 del CC., respecto de las obligaciones cuasicontractuales, que se refieren a la culpa en los términos del artículo 44 del CC. Así el referido autor, a pesar que agrega que el artículo 1547 del CC soso se refiere a las obligaciones contractuales agrega que “...estos argumentos están lejos de ser convincentes”. *Vid.* Meza Barros, Ramón, **Responsabilidad Civil**, Edeval, Valparaíso de Chile, 1980, pp. 52 y 53.

³⁰ Es de destacar que este principio se aplica en una serie de normas como los artículos 1468 y 1685 del CC *Vid.* Domínguez Aguila, Ramón, “La Máxima “Nemo Auditor...” en la Jurisprudencia Chilena” en **Estudios de Derecho Civil en Honor del Profesor Castán Tobeñas**, Tomo I, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, España, 1969, pp. 135 a 156. *Vid.* Ekdahl Escobar, María Fernanda, *La Doctrina de los Actos Propios*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1989, pp. 233 a 238.

embargo, algunos autores creen que es posible fundamentar el artículo 1683 del CC en la teoría de los actos propios, es decir, en la regla “*venire contra factum proprium non valet*”³¹.

La excepción del artículo 1683 del CC se aplica en dos supuestos: el que sabía el vicio y el que debía saberlo.

En la primera situación, la norma en realidad más que referirse a la propia torpeza exige dolo. Ello es evidente desde que no puede solicitar la nulidad el que “*sabía*” el vicio que lo invalidaba. En este sentido concretamente se produciría un dolo de reticencia.

En el segundo supuesto, en cambio, se exigiría negligencia. Así se desprende si la parte “*debió saber*” el vicio que invalidaba el acto y lo celebró de igual forma³².

Un aspecto digno de análisis es el nivel de torpeza que exige la segunda hipótesis y concretamente nos debemos preguntar, si un nivel máximo, mínimo o medio de negligencia permiten aplicar esta excepción. Si se atiende al tenor literal de la disposición, que se refiere a un actuar “*debiendo saber*” el vicio, se debe concluir que no basta un nivel medio de negligencia, sino que se requiere de una negligencia grave³³. Por otra parte, si se analizan los dos supuestos conjuntamente se debe deducir que la torpeza a que se refiere el Código civil en el artículo 1683 del CC, sería asimilable al dolo, es decir, se exigiría culpa grave.

b) En el dolo de los incapaces del artículo 1685 del CC.

Si de parte del incapaz ha habido dolo para inducir al acto o contrato, ni él ni sus herederos o cesionarios podrán alegar nulidad. La aserción de mayor edad o de no existir la interdicción u otra causa de incapacidad no inhabilitará al incapaz para obtener el pronunciamiento de la nulidad. El artículo 1685 del CC sólo se aplica respecto de los incapaces relativos, ya que los incapaces absolutos no tienen voluntad.

En torno al dolo de los incapaces no está claro si la culpa grave es asimilable al dolo. Sin embargo para la doctrina que entiende que esta norma no es más que la aplicación de la regla “*nemo auditur propriam suam turpitudinem allegans*”, pareciera ser que la asimilación sería perfectamente posible. Sin embargo, el tenor literal del artículo impide la asimilación no porque se refiera exclusivamente al dolo, sino porque el

³¹ *Ídem.*, p.236.

³² Igual presunción se aplica respecto de la acción “*quantis minoris*”. En virtud de ella excepcionalmente se puede solicitar una indemnización de perjuicios contra el vendedor que conocía el vicio y debía declararlo y no lo hizo, o si los vicios eran tales que el vendedor haya debido conocerlos por razón de su profesión u oficio, conforme al artículo 1861 del CC. La indemnización de perjuicio que se otorga al comprador, en este caso excepcional, se basa en la mala fe del vendedor o en la negligencia grave (si debía de conocerlos en razón de su profesión u oficio).

³³ Así por lo demás se establece en los artículos 1858.1º y 1861 del CC. en virtud de los cuales una profesión u oficio es determinante al momento de determinar si se debió conocer el vicio. En estos casos la profesión u oficio de las partes hace presumir un actuar negligente, de negligencia grave, que se califica como doloso.

ejemplo dado por el legislador supone más incluso que la intención de engañar por parte del menor. Así, no es suficiente que la contraparte del menor actúe con una negligencia extrema, ni siquiera basta que de parte del menor haya una externalización del engaño, como la mera afirmación de la mayoría de edad. El artículo 1685 del CC exige que el menor adulto cree un ambiente apropiado para el engaño, como por ejemplo que le muestre a su contraparte una cédula de identidad adulterada en la que se señala que es mayor de edad lo que excluiría un actuar constitutivo de culpa grave.

- c) En igual sentido han fallado los tribunales laborales al calificar un despido injustificado como doloso cuando un empleador acusó de hurto a un trabajador, no sólo no acreditando el hurto, sino presentando antecedentes contradictorios, es decir, actuando con culpa grave ³⁴.

En resumen, esta máxima se aplica más allá de la responsabilidad civil y alcanza incluso a la nulidad y a la responsabilidad laboral.

4. La asimilación de la culpa grave al dolo en la responsabilidad civil.

Desde una perspectiva tradicional las limitaciones a la asimilación de la culpa grave al dolo pueden clasificarse como de forma y de fondo. En virtud del límite de forma la doctrina y la jurisprudencia unánime entienden que la asimilación de la culpa grave al dolo no procede respecto de la prueba. A su vez, desde una perspectiva más de fondo, la asimilación de la culpa grave al dolo no procede en todos los casos en que el dolo se presume, los cuales no pueden entenderse como constitutivos de culpa grave.

Sin perjuicio de lo anterior, a continuación se analizarán tres casos especiales, en que no opera la asimilación de la culpa grave al dolo, como en materia de prueba; los supuestos constitutivos de dolo y casos en que la mala fe no es constitutiva de dolo ³⁵.

4.1 Posición en virtud de la cual la asimilación de la culpa grave al dolo no opera respecto de la prueba.

Para la mayoría de nuestra doctrina en caso que exista culpa grave en el incumplimiento de una obligación por parte del deudor no basta la presunción de culpa del artículo 1547.3º del CC para que opere la asimilación de la culpa al dolo. En este supuesto se recurre a un concepto netamente subjetivo de culpa, que no es posible presumir, debiendo acreditarse los supuestos del incumplimiento grave. En este sentido, el Digesto (L 50, Título 16, § 223) señala que “[l]a

³⁴ Así falló una sentencia de la Corte Suprema de fecha 12 de abril de 1988 resolviendo una queja y confirmando una sentencia del Tribunal del Trabajo de primera instancia de 31 de agosto de 1987. Banfi Del Río, Cristián, *op. Cit.*, “La Asimilación de la Culpa Grave al Dolo...”, p. 310.

³⁵ En este sentido se verá que la mala fe no es necesariamente sinónimo de dolo e incluso en algunos supuestos ni siquiera se le puede considerar como culpa grave.

culpa lata comprende el no ver lo que todo el mundo ve” y a continuación da un ejemplo: “debemos llamar amigo, no a los simplemente conocidos, sino aquellos con los que el cabeza de familia tuviere lazos adquiridos por una honesta familiaridad”. En el fondo, se establece una verdadera “presunción de dolo”, por la cual el que actúa con un alto nivel de negligencia debe entenderse que lo que realmente quiere es perjudicar a otro. Así sucede por ejemplo, si el deudor indica que incumplirá a un tercero, que es a su vez un acreedor muy exigente de su propio acreedor. Sin embargo, esta no es una presunción de derecho, ya que admite prueba en contrario, aún en el Derecho romano la regla “*culpa lata dolus est*”, tenía excepciones³⁶. Ello se debe a que el incumplimiento culposo, que se genera por culpa grave, exige una concepción subjetiva de culpa pura para el sólo efecto de ser asimilada al dolo. En otras palabras, se debe probar el hecho en el cual se funda la presunción: una negligencia inexcusable. En cambio, la concepción del dolo como culpa grave es objetiva³⁷.

Así Claro Solar, Alessandri Rodríguez, Somarriva Undurraga, Fueyo Laneri, Abeliuk Manasevich y la mayoría de la doctrina rechazan la asimilación de la culpa grave al dolo en lo que se refiere a la prueba u “*onus probandi*”³⁸. Ello se debería a que asimilar en todo aspecto la culpa al dolo haría estéril el definir separadamente estas figuras³⁹. Por lo cual, la culpa grave y el dolo se diferencian sólo en torno a su prueba y por ende el incumplimiento grave – que debe probarse – se presume doloso en materia contractual (artículos 1547.3º, 1459 y 1558 del CC). De esta forma, la asimilación sólo alcanza a los efectos de estas figuras. En este sentido, no bastaría la presunción de culpa para que en un contrato que beneficie al acreedor – en cuyo caso el deudor responde de culpa grave –, se pudiese asimilar la culpa grave al dolo. En

³⁶ Vid. Claro Solar, Luis, **Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado**, volumen V, tomo 11, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1977, p. 527.

³⁷ En este sentido se produce una dicotomía dependiendo si la asimilación se analiza desde el concepto de culpa o dolo. De este modo la asimilación de la culpa grave al dolo, desde la perspectiva de la culpa, es un criterio de imputabilidad subjetivo, pero mirada desde la perspectiva del dolo es objetivo. Esta dicotomía se produce precisamente por la restricción de la concepción objetiva, de la culpa grave como dolo, que no se aplica respecto de la prueba de la culpa grave.

³⁸ Claro Solar va más lejos y niega también la asimilación de la culpa grave al dolo en materia de perjuicios. Así, para este autor, en caso que se incumpla con culpa grave se responderían de los perjuicios directos previstos y no de los imprevistos como acontece de incumplirse con dolo. Esta conclusión no es sorprendente, como destaca Banfi, en Claro Solar por cuanto sólo se está refiriendo a si opera la presunción de incumplimiento culposo, en cuyo caso no es necesario acreditar la culpa grave por el acreedor. Claro Solar, Luis, *op. cit.*, **Explicaciones...**, pp. 751 y 752. Banfi Del Río, Cristián, *op. cit.*, “La Asimilación de la Culpa Grave al Dolo...”, p. 318. Abeliuk se inclina a favor de la posición que exige la prueba de la culpa grave para que opere la asimilación de la culpa grave al dolo. Vid. Abeliuk Manasevich, René, **Las Obligaciones**, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993, p. 684. En igual sentido parece inclinarse Fueyo al señalar que “[e]sta equiparación, sin embargo, no va más allá de los efectos de uno y otro instituto”. Vid. Fueyo Laneri, Fernando, **Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones**, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1992, p. 422.

³⁹ Banfi se refiere en forma detallada a los autores que se inclinan a negar la asimilación de la culpa grave al dolo para los efectos de la prueba. Banfi Del Río, Cristián, *op. cit.*, “La Asimilación de la Culpa Grave al Dolo...”, p. 314.

esta situación habría que probar que el deudor incumplió con culpa grave y una vez que se pruebe ello, el incumplimiento de negligencia grave llevará aparejada las consecuencias del dolo.

A pesar de esta posición, que aparece en nuestro Derecho como incontrarrestable, es posible sostener lo contrario, es decir, que la asimilación de la culpa al dolo es absoluta. A continuación, antes de abordar este problema, se señalarán un segundo grupo de situaciones en las cuales claramente no cabe la asimilación de la culpa grave al dolo.

4.2 Casos en que se presume el dolo.

Existen casos en que el ordenamiento jurídico exige dolo, pero ellos se encuentran “tasados” de tal forma que dichos supuestos serían una clara demostración de un comportamiento doloso. Dichos casos son los siguientes:

- a) El albacea no puede llevar a cabo ninguna disposición del testador que fuere contraria a la ley so pena de nulidad y de considerársele culpable de dolo (artículo 1301 del CC).
- b) Se presume el dolo por el mero hecho de detentar u ocultar un testamento (artículo 968, Regla 5° del CC).
- c) El dolo se presume si una de las partes apuesta sabiendo de cierto que el hecho del cual ésta depende se ha de verificar o se ha verificado (artículo 2261 del CC). Otro tanto sucede en el juego y apuesta, en que predomina la inteligencia, en que sólo puede exigirse la repetición de lo dado o pagado por dolo (artículo 2260.3° del CC).
- d) En las medidas prejudiciales, si se ha solicitado una medida prejudicial y no se entabla demanda, dentro del plazo fijado por la ley o se rechaza ésta, se considera doloso el procedimiento y el apoderado responde solidariamente con el poderdante (artículo 280 CPC).
- e) Se presume el dolo en el caso de girar cheques sin fondos contra cuenta cerrada o inexistente y en caso de revocación de cheque por causales no autorizadas por ley (artículo 122 de la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques).
- f) El descubrimiento posterior de títulos auténticos, que resuelven el objeto sobre el que se transige, no es causa de rescisión del contrato de transacción, sino en cuanto hubiesen sido extraviados u ocultados dolosamente por la parte perjudicada por dichos títulos. En este sentido, no basta un incumplimiento grave, que haya llevado al desconocimiento de títulos anteriores que afectan a la transacción, sino que para que haya dolo los documentos deben haberse “*extraviados u ocultados dolosamente por la parte contraria*”, conforme al artículo 2459.2° del CC.
- g) La posesión de mala fe. La posesión de mala fe es la que se adquiere o se ejerce de mala fe, o sea, a sabiendas que no se es dueño de la cosa. En estos supuestos se

excluye la culpa, ya que se exige un conocimiento de que se adquirió de quién no es dueño o de la existencia de dominio ajeno⁴⁰.

- h) El mero tenedor demandado por una acción reivindicatoria que sabiendo que no es poseedor, o habiendo descubierto su error sigue el juicio será considerado como poseedor de mala fe si no revela el nombre de la persona a nombre de la cual detenta, y la ley lo obliga a indemnizar, además de hacerse cargo de las costas (artículo 897 del CC). Es de destacar que conforme a lo señalado en estos casos no opera el mero tenedor con una negligencia grave, sino que simplemente el legislador presume su actuar como doloso.
- i) La renuncia en la sociedad *debe hacerse de buena fe*. Se entiende que es de mala fe la renuncia cuando el objeto de ella es apropiarse de utilidades, que sin ella le corresponderían a la sociedad (artículo 2111 del CC). En este supuesto por tanto se establecería una conducta que hace presumir la mala fe, no siendo suficiente una conducta negligente.
- j) En la compraventa, conforme al artículo 1814.3° del CC, “[e]l que vendió a sabiendas lo que en el todo o en una parte considerable no existía, resarcirá los perjuicios al comprador de buena fe”. Esta norma, al exigir que se haya vendido a sabiendas que la cosa no existía, impide la asimilación de la culpa grave al dolo en caso que el vendedor haya actuado con culpa grave⁴¹.

Para algunos autores la mayoría de los casos precedentes, que se refieren a la responsabilidad contractual, se entienden como constitutivos de fraude o dolo civil. En este sentido para ellos, como la asimilación de la culpa grave al dolo sólo opera en la responsabilidad contractual, lo que sucede es que en sede de responsabilidad civil se establecerían casos de responsabilidad aquiliana^{42 43}. Así, para esta doctrina, la mayoría de

⁴⁰ Esta clasificación importa fundamentalmente para los efectos de las prestaciones mutuas. En virtud de ellas la determinación de las prestaciones, que debe el poseedor vencido al dueño, son más gravosas para el poseedor de mala fe. También esta clasificación es determinante para otras clasificaciones de la posesión, como la posesión regular e irregular.

⁴¹ Igual exigencia hace el artículo 1859 del CC., también en la compraventa, respecto de los vicios redhibitorios. Vid. Ducci Claro, Carlos, “La Culpa del Acreedor en la Responsabilidad Contractual” Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXXXI, 1984, enero-abril, p. 8.

⁴² Para Chadwick los casos de los artículos 1842, 1859, 2110, 897, 1268 y 2300 del CC. están en esta situación. Respecto de estos casos agrega el referido autor que “[d]e ahí que todas las reglas inherentes a su intrínseca naturaleza les sean aplicables, tanto en lo concerniente a la extensión y apreciación de la indemnización, cuanto en lo relativo a la ineficacia de la mora del deudor y demás características de la responsabilidad delictual”. Chadwick Valdés, Tomás, *op. Cit.*, “De la Naturaleza Jurídica del Dolo...”, pp. 87 a 89 y 89, respectivamente. Para Banfi esta asimilación conceptual del dolo y la culpa grave al dolo aquiliano permitiría que, por aplicación el artículo 2329 del CC., se indemnice el daño moral en sede contractual. Banfi Del Río, Cristián, *op. cit.*, “La Asimilación de la Culpa Grave al Dolo...”, p. 313.

⁴³ Esta posición guarda una cierta similitud con la “*fraudulent misrepresentation*” del *Common Law*. En virtud de ella se considera fraudulento el incumplimiento –da lugar a la responsabilidad extracontractual o “*tort liability*”-

estos supuestos trascienden la responsabilidad contractual para dar lugar al dolo aquiliano – que sería el definido en el artículo 44.5° del CC-. Sin embargo, esta explicación es demasiado simple y debe ser contrastada con una noción doblemente objetiva que es la que está detrás de la asimilación de la culpa grave al dolo en la responsabilidad contractual. Sin perjuicio de ello, como se verá, la asimilación de la culpa grave al dolo es un principio general de la responsabilidad civil.

4.3 Caso excepcional en que la ley se refiere a una mala fe no asimilable al dolo.

En la mayoría de los casos en que la ley no asimila la mala fe al dolo en realidad lo que establece es una presunción de un actuar negligente, y no doloso que además puede excluir la culpa grave. Los efectos de la condición resolutoria respecto de tercero adquirente de derechos reales sobre inmuebles del artículo 1491 del CC es uno de estos casos, ya que la mala fe a que se refiere la disposición precedente no produce los efectos propios de ella⁴⁴.

La presunción que establece la norma precedentemente citada opera respecto de los efectos de la restitución de la cosa y no alcanza a las otras prestaciones que deba el tercero por efectos de la resolución. De este modo, si la condición constaba en el título respectivo, inscrito u otorgado por escritura pública procede la acción reivindicatoria contra el tercero poseedor, pero no se le debe de considerar de mala fe para los efectos de los frutos, las mejoras o la indemnización de perjuicios⁴⁵. En igual sentido, se pronuncia la mayoría de la doctrina respecto de posesión, la que puede ser originariamente de buena fe⁴⁶. Así, el tercero podrá adquirir por prescripción ordinaria –salvo que se pruebe su mala fe inicial- y no se le considerará haber adquirido la posesión de mala fe a pesar de cumplirse los supuestos del artículo 1491 del CC; es decir, que “*la condición constaba en el título respectivo, inscrito u otorgado por escritura pública*”.

en los casos de fraude o dolo y en que la declaración es efectuada de manera temeraria (“recklessly”), es decir, de forma muy similar a la culpa grave. La otra clase de fraude es la “*innocent misrepresentation*” que establece un caso de inducción al error de buena fe. Esta figura excluye “el engaño o voluntad de engañar” en la que el que declara –y produce el daño- cree que actúa conforme a la verdad. Pero el alcance es diferente el “*innocent*” sólo tiene derecho a la resolución, pero no a la indemnización de perjuicios. Dell’Quila, Enrico, **El Contrato en el Derecho Inglés (Aspectos de Derecho Comparado)**, Tomo I: Elementos del Contrato y Vicios de la Voluntad, PPU, Barcelona, España, 2001, pp. 120 y 121.

⁴⁴ Para parte de nuestra doctrina no cabe confundir los conceptos de dolo con mala fe. Así, el dolo atiende a un estado de conciencia, es decir, a una consideración interna; en cambio la mala fe a una conducta contraria a un proceder leal, es decir, atiende a consideraciones externas. En este sentido, la mala fe no agrava la responsabilidad del deudor. Chadwick Valdés, Tomás, *op. Cit.*, “De la Naturaleza Jurídica del Dolo...”, p. 86.

⁴⁵ Esta es la posición adoptada por Alessandri, Somarriva y Stitchkin para los cuales la buena o mala fe de las prestaciones mutuas debe de ser real y es insuficiente una mala fe presunta, como la establecida en el artículo 1491 del CC. *Vid.* Alessandri Rodríguez, Arturo, Somarriva Undurraga, Manuel y Vodanovic, Antonio, **Tratado de las Obligaciones**, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001, p. 303.

⁴⁶ *Idem.*, pp. 309 a 311.

En resumen, tenemos que la asimilación de la culpa grave al dolo exige que se pruebe la negligencia grave.

En resumen, como hemos visto, el legislador establece casos de los cuales se presume la mala fe, independientemente que ellos no sean demostrativos de una conducta dolosa o propia de una negligencia grave. También en situaciones excepcionales se establece una presunción de un actuar contrario a la buena fe, que lleva a que sólo se produzcan alguno de los efectos propios del dolo.