

CAPÍTULO I

GENERALIDADES SOBRE EL INCUMPLIMIENTO Y SUS EFECTOS

1. EL EVENTO DE INCUMPLIMIENTO COMO UNO DE LOS EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES

Vale la pena insistir en que la doctrina completa de los efectos de la relación jurídica de obligación está integrada por cuatro áreas fundamentales: por la teoría del cumplimiento de las obligaciones,⁴⁰¹ por los medios compulsivos destinados a obtener el cumplimiento, por la teoría del incumplimiento y sus consecuencias,⁴⁰² y por la protección o tutela jurídica del acreedor.⁴⁰³ En total, cuatro áreas fundamentales.

El evento de incumplimiento, pues, *representa sólo una parte o expresión singular de los efectos de las obligaciones*. Precisamente para este caso en que se produce el fenómeno anormal o patológico de no cumplirse lo debido. De cualquier modo nos encontramos en el campo de la excepcionalidad, puesto que lo normal es que las obligaciones se cumplan espontánea o voluntariamente.

Reiterando, se descarta absolutamente que el incumplimiento eventual represente por sí *todos* los efectos de las obligaciones, al punto de definirse éstos, erróneamente, como "*los derechos que la ley confiere al acreedor, para exigir del deudor el cumplimiento exacto, íntegro y oportuno de la obligación, cuando éste no la cumpla en todo o en parte o esté en mora de cumplirla*". Así lo

⁴⁰¹ Que ocupó una parte anterior del presente trabajo.

⁴⁰² Que es la que examinamos en este instante.

⁴⁰³ O como la llama con mucha propiedad el Código italiano de 1942, "los medios de conservación de la garantía patrimonial", arts. 2900 y ss. Esta última parte se tratará en la Parte final.

refieren libros y manuales nacionales en circulación y se viene repitiendo eso mismo desde tiempo inmemorial. Constituye a mi juicio un error grave. En vano he tratado durante largo tiempo de enmendar tal posición errónea. Hasta el momento no capto la reacción.

2. ¿CUANDO HAY INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES EN GENERAL?

Dicho de una manera simple, aunque se me reproche la fórmula de la negación, hay incumplimiento de las obligaciones cuando el deber de prestación no actúa ajustándose a las normas que rigen el pago o cumplimiento, que examinamos detalladamente bajo el nombre "El cumplimiento o pago de las obligaciones".

Nuestro Código señaló las hipótesis generales de incumplimiento, al citar las posibles causas que dan lugar a indemnización de perjuicios.

Esas hipótesis están en el art. 1556, y son:

- a) *Inejecución de la obligación*, que también se denomina incumplimiento propio o absoluto;
- b) *Cumplimiento imperfecto*, que también se llama incumplimiento impropio, y
- c) *Cumplimiento atrasado*.

El Código lo expresa de manera más simple y en forma indirecta, como ya se dijo. Establece al respecto el art. 1556: "La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.

"Exceptúanse los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente"⁴⁰⁴

En suma, así como el cumplimiento representa el fenómeno normal o fisiológico en la vida de la relación obligatoria, el incumplimiento, que empezamos a examinar, constituye lo anormal o patológico, pudiendo, a la vez, presentar diversidad de aspectos o grados en su estructura, según veremos seguidamente.

⁴⁰⁴ Concordancias de esta disposición: arts. 1827, 1930, inc. 5^o, y 2019.

3. INEJECUCION DE LA OBLIGACION, O INCUMPLIMIENTO PROPIO O ABSOLUTO

Este es el grado mayor de incumplimiento. El deudor infringe el deber de prestación, frustrando por entero la legítima esperanza del acreedor. Por definición, el objeto de la obligación representa para el acreedor un interés que no logra. Como resultado, sufrirá un perjuicio en los casos generales, no necesariamente en todos.

Este *incumplimiento propio o absoluto* admite varios matices, pertenecientes todos a esta misma categoría. Los abordaremos.

a) *Cuando toda la prestación no llega a producirse*, como, por ejemplo, cuando el vendedor simplemente no entrega, o el usufructuario se resiste a la restitución de la cosa, o cuando una cosa se entrega en calidad de inservible atendida su naturaleza o el fin previsto por las partes.

b) *Cuando el deudor deja de cumplir alguna prestación de responsabilidad*, como sería el caso de no cumplir la "obligación de conservar" la especie o cuerpo cierto, empleando en la custodia "el debido cuidado". El deudor ha hecho posible un menoscabo substancial que impide la satisfacción legítima del propósito del acreedor. Ha faltado así a deberes inherentes a su obligación, hay violación de compromiso que desemboca en un cumplimiento ineficaz.

En suma, la obligación específica de conservar y custodiar con el debido cuidado queda absolutamente incumplida.

c) Finalmente, cuando afectando el incumplimiento a *cláusulas accidentales* del pacto, éstas han sido *elevadas a fundamentales* por expresión clara de las partes. Como, por ejemplo, si se ajusta un contrato para la entrega de cierta mercadería típica destinada a la venta en un día determinado, el de Navidad, y se deja pasar el tiempo oportuno sin hacerse la entrega. Como el antiquísimo ejemplo de la torta de novia para el día de la boda y que no se entregó en dicha oportunidad. Una civilística sin imaginación: siempre los mismos ejemplos.

4. CUMPLIMIENTO IMPERFECTO O INCUMPLIMIENTO IMPROPIO

Equivale a dar o hacer malamente, y sus caracteres se deducen, por descartación, de la hipótesis de incumplimiento absoluto recién visto. Se diferencia, pues, del simple no hacer y sus extensiones que se le equiparan.

Hay apariencia de cumplimiento. Con todo, éste es insatisfactorio, imperfecto, insuficiente para entender cumplida la obligación y liberado el deudor.

En esta hipótesis se realiza el pago con violación de alguno de los requisitos de exactitud, de tiempo, de lugar, de ejecución, de buena fe, etc. De cualquier modo, el pago es irregular, imperfecto.

Vale la pena destacar que sobre incumplimiento referido al tiempo el Derecho dedica normas especiales, dándose lugar a la *teoría de la mora*, de cierta amplitud dentro del incumplimiento. El mismo Código habla, en frase aparte, de "haberse retardado el cumplimiento". Por lo mismo yo hago separación y trato el punto en el numerando que sigue.

5. CUMPLIMIENTO ATRASADO

En este caso no se ha satisfecho al acreedor en cuanto al tiempo, esto es, en la época oportuna, pues se ha cumplido con retraso. La situación puede dar lugar a la indemnización moratoria; distintamente que en las dos hipótesis precedentes, en que la indemnización es compensatoria.

6. EL INCUMPLIMIENTO EN CUANTO A SU CAUSA DA LUGAR A EFECTOS DIFERENTES

Así como en cuanto al contenido estructural del incumplimiento cabe distinguir la inejecución, el cumplimiento imperfecto y el cumplimiento atrasado, también es posible graduar el incumplimiento atendiendo a sus causas.

La trascendencia de estas distinciones es enorme, como que en algunos casos junto al incumplimiento corre paralelamente la liberación del deudor, y en otros, en cambio, éste continúa siempre obligado, sea al cumplimiento en especie, sea al cumplimiento por equivalencia. A veces sufre sanción mayor, por ser más extenso el ámbito de los perjuicios reparables, como sucede cuando el deudor deja de cumplir dolosamente.

Corresponde distinguir, pues, el incumplimiento que se produce por caso fortuito o fuerza mayor, causa de exclusión de responsabilidad, y el incumplimiento inexcusable, con intervención de culpa o dolo del sujeto.

Cuando interviene simple *culpa* estamos frente al mínimo de culpabilidad, si bien la inejecución era previsible y evitable.

La presencia de *dolo* aumenta la culpabilidad al máximo. El

deudor deja de cumplir voluntaria y previsiblemente, a sabiendas de que falta al deber de prestación y causa un daño a su acreedor, a la vez que satisface para sí una ventaja que desea mantener y disfrutar con el incumplimiento. Aquí hay previsión real y efectiva del resultado, el cual, por lo mismo, es evitable.

De más está remarcar que según sea la subjetividad concurrente el efecto sancionatorio será distinto.

7. INCUMPLIMIENTO POR ACCION E INCUMPLIMIENTO POR OMISION

Según sea la naturaleza de la obligación respectiva, así es el incumplimiento. Nace de este modo una tercera clasificación del incumplimiento: por *acción* y por *omisión*.

En el primer caso el deudor estaba obligado a realizar eficazmente una prestación, y no lo hace así. En el segundo, estaba constreñido "a mantener un estado de abstención o quietud corporal que incumple".⁴⁰⁵

8. EL INCUMPLIMIENTO ES FIGURA CON VIDA Y NOMBRE PROPIOS

La posición de incumplimiento del deudor ha cobrado tal grado de substantividad que se le considera con vida y nombre propios. Es el supuesto necesario que pone en juego los efectos de las obligaciones para este evento de incumplimiento; pero éste es y vale por sí mismo. Se le define, se le señala su estructura jurídica, posee reglas propias y se le encasilla entre los actos injustos, clasificación amplia, que en el Derecho abarca hasta lo penal.

En la doctrina moderna, pues, se le estudia como *situación antijurídica que se produce cuando el obligado falta al tenor de la obligación*.⁴⁰⁶

Los españoles le denominan "incumplimiento", y los alemanes "contravención al derecho de crédito". No importa el nombre, la idea es la misma.

La posición adoptada modernamente se distingue y distancia del criterio tradicional de simple encasillamiento del incumplimiento.

⁴⁰⁵ Puig Peña, *Tratado de Derecho Civil español*, tomo IV, vol. I, pág. 216, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1951.

⁴⁰⁶ Obra recién citada, pág. 197.

to de las obligaciones como *modalidad del cumplimiento*, en su forma coactiva o forzada que, colocándose por encima de la resistencia del deudor, le fuerza a que realice su cometido, con la ayuda de la actividad del Estado, puesta en juego para estos efectos.

Hoy, repito, es figura con vida y nombre propios, con substancia y autonomía.

9. DEFINICION DE INCUMPLIMIENTO

Siguiendo al celebrado autor recién citado, se define el incumplimiento inexcusable como aquella *situación antijurídica que se produce cuando, por la actividad culpable del obligado a realizar la prestación, no queda la relación jurídica satisfecha en el mismo tenor en que se contrajo, reaccionando el Derecho contra aquél para imponerle las consecuencias de su conducta.*

10. EL INCUMPLIMIENTO COMO ACTO INJUSTO⁴⁰⁷

Conforme a la posición moderna de tratar el incumplimiento como figura con vida propia, que tiene substancialidad y autonomía, se ha elaborado una teoría que incluye al incumplimiento en el campo más vasto de la *teoría del injusto*.

Por otra parte, la conveniencia de ensanchar el ámbito de la *teoría del injusto*, enmarcada hasta hace poco fundamentalmente en lo penal, aconseja incluir en ella toda institución de derecho privado que esté informada por la consideración de lo injusto. El incumplimiento de las obligaciones es, precisamente, una expresión que se encuentra en este caso, y merece "beber en las fuentes de aquella teoría general". Así la sistematización progresa, y se gana en concisión y claridad.

La sociedad se resiste, en efecto, "no sólo cuando se ha violado un precepto imperativo puesto por ella en aras del bien general y la

⁴⁰⁷ Ver el interesante párrafo que bajo este mismo nombre escribió Federico Puig Peña en la "Nueva Enciclopedia Jurídica", en el artículo dedicado a *caso fortuito*, tomo III, pág. 756, Seix, Barcelona, 1951. Advértase el interés de consultar a Puig Peña en estas materias que pueden llamarse de continuidad entre los Derechos Civil y Penal, si se considera que Puig Peña es a la vez un notable penalista, autor de un *Tratado de Derecho Penal*, publicado por la misma Editorial Revista de Derecho Privado. Ver del mismo autor, además, su artículo *El incumplimiento contractual como acto injusto*, en Revista de Derecho Privado, tomo XXIX, pág. 150, Madrid, 1945.

convivencia humana, sino también cuando se menosprecia dolosa o culposamente las relaciones creadas bajo su manto protector". La injuria al individuo se produce igualmente. La tranquilidad espiritual del sujeto se afecta ante cualquiera de las dos violaciones. Dejando de mano el aspecto de mayor o menor intensidad, en los dos casos hay, en realidad, una *ofensa* (injuria), por la agresión inferida a la esfera jurídica del particular, bien jurídico protegido por el ordenamiento.

La *sociedad*, que es un yo ampliado, también se afecta por las transgresiones individuales a los derechos y obligaciones civiles. Generalmente, se conforma con disponer la restauración del equilibrio patrimonial perturbado por el incumplimiento. Pero en ocasiones reacciona más profundamente, llevando determinados incumplimientos a la esfera del Código Penal, sea con intención de penalizar propiamente, sea como un modo de reforzar la correspondiente acción civil.

En una tendencia a tutelar mejor la obligación, y de una manera más eficiente, se crean nuevas figuras delictivas —que antes no pasaban de ser simples infracciones contractuales— circunscritas al campo del Derecho Privado.⁴⁰⁸ Entonces, las nuevas figuras exigen el dolo específico de quebrantar el patrimonio ajeno, sirviendo como medio la celebración de un determinado contrato.

Como dice PUIG PEÑA, se concluye que "el injusto civil y el penal es siempre el mismo, un injusto con las mismas notas y caracteres, no existiendo entre ellos diferencias de calidad, sino de intensidad. Los dos suponen una actividad contra el Derecho, instalándose en el Derecho Privado o en el Código Penal, según lo aconseje la política jurídica".

El reputado tratadista en lo civil y en lo penal termina considerando el incumplimiento de las obligaciones como un "acto injusto", y como tal un "delito", que puede ser penal o simplemente civil. Pero al ser un delito hay que estudiarlo a la luz de los principios que disciplina este estado contrario a derecho.

11. ESTRUCTURA DEL INCUMPLIMIENTO COMO ACTO INJUSTO⁴⁰⁹

Siendo el incumplimiento de las obligaciones una modalidad o

⁴⁰⁸ En igual sentido Antonio Borrel Soler, *Cumplimiento, incumplimiento y extinción de las obligaciones contractuales civiles*, pág. 6, Editorial Bosch, Barcelona, 1954.

⁴⁰⁹ Se sigue en esto también al civilista-penalista Federico Puig Peña.

forma de lo injusto, han de asignársele al incumplimiento los mismos caracteres y notas que la dogmática moderna atribuye al injusto o situación contraria al Derecho.

Con arreglo a la teoría del injusto, pues, se considera que el incumplimiento reúne los caracteres siguientes:

11.1. Preexistencia de una obligación

El incumplimiento supone una situación legal preexistente, de obligatoriedad, que puede arrancar directamente de la ley o bien provenir de una convención determinada, que es ley para los contratantes.

Esta legalidad previa que aporta un factor a la formación del acto injusto es semejante a la que se exige en materia penal para dar lugar a una figura delictiva, puesto que lo ilícito penal ha de ser un hecho especialmente previsto en la ley (*nullum delictum sine lege*).⁴¹⁰

11.2. La actividad del obligado

Ella es en forma de acción u omisión, esto es, la situación antijurídica del incumplimiento presupone un *comportamiento* del obligado, según el cual exterioriza una voluntad que produce un cambio en el estado de derecho creado por la obligación. Se hace lo que no debió hacerse, o no se hace lo que precisamente debió realizarse, según sean los términos o contenido de la obligación.

“Si la obligación consiste en un *facere*, el acreedor ‘espera’ que su deudor ‘haga’, y si no hace, hay culpabilidad por omisión. Si la obligación es de no hacer, el sujeto activo confía en que el obligado no hará, y si hace, hay una culpabilidad por acción”

Ahondando en este elemento denominado “actividad del obligado” en la estructura del incumplimiento, PUIG PEÑA⁴¹¹ analiza detalladamente uno a uno sus componentes, que son, según él, los siguientes:

⁴¹⁰ El legislador realiza, para llegar a esto, un proceso de abstracción, con el material que le proporcionan los numerosos casos de la vida real. En seguida selecciona aquellos que estima delitos, señalándoles una pena, y desecha los demás. A los que son delitos les fija la llamada tipicidad. Esta exigencia de la fijación del correspondiente tipo es tan indispensable, que la dogmática moderna ha establecido el canon que “no hay delito sin tipicidad”.

⁴¹¹ *El incumplimiento contractual como acto injusto*, en Revista de Derecho Privado, tomo XXIX, pág. 153, Madrid, 1945.

a) La manifestación de la *voluntad del obligado*, o material cristalización exterior de su postura frente al vínculo;

b) El *resultado*, esto es, aquellos cambios producidos a consecuencia del incumplimiento en el estado de derecho creado por la obligación;

c) La *relación causal* entre la manifestación de voluntad en forma de acción u omisión y el resultado recién aludido.

11.3. La culpabilidad

Es un tercer elemento que interviene en la formación del injusto. Consiste en atribuir el efecto o resultado contrario a derecho a un supuesto subjetivo situado en la persona del autor, por *actuación dolosa o culposa* de éste.

Se rechaza esta culpabilidad si concurre alguna causa que destruya la capacidad de sentir o querer, como en el caso del actor que cae en locura en el lapso en que transcurrían las varias funciones a que se había comprometido: no se le podría declarar responsable del incumplimiento de su obligación.

11.4. La antijuridicidad

Es el último requisito que se indica para la configuración del injusto en general, en el cual, como ya se dijo repetidamente, queda incluido el incumplimiento.

Siendo el incumplimiento un acto injusto por esencia, debe tenerse por un acontecimiento que vulnera el orden jurídico proyectado sobre la seguridad contractual y sobre la estabilidad del patrimonio del acreedor. Habrá antijuridicidad, pues, siempre que se atente contra las normas establecidas por el Derecho respectivo.

Con todo, no obstante la concurrencia de culpabilidad, puede ser que no se vulnere el orden jurídico, como cuando obran en favor del deudor causas de exclusión del injusto. Tal sería el caso del pacto sobre exoneración de responsabilidad, con exclusión del dolo.

12. CONCLUSION DE LO PRECEDENTE

El incumplimiento de las obligaciones es una figura antijurídica más y, como tal, capaz de cobijarse bajo el manto de la *teoría general del injusto*, de ambivalencia en lo penal y en lo civil. ¿Y por qué no en lo administrativo y en otras ramas también?

Este tratamiento sustantivo y principal del incumplimiento

permitirá el más completo estudio del mismo, que llevará a la extracción de las más provechosas deducciones.

Este camino nos aleja de la sistematización tradicional, que obstaculiza un panorama más completo y científico, lo cual ya motivó nuestra crítica.

13. EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CIVILES SANCIONADO PENALMENTE

El reputado jurista español ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS, autor de importantes obras de Derecho Penal e innumerables artículos de revistas durante varias décadas, ha escrito un ensayo que lleva el nombre de *Incumplimiento de obligaciones civiles sancionado criminalmente*,^{4 1 2} que me ha sugerido la inclusión del tema y me servirá esta vez de valiosa guía.

14. INTIMA RELACION DEL DERECHO PUBLICO Y EL DERECHO PRIVADO^{4 1 3}

En primer término, la sanción penal de las obligaciones civiles fuerza a la cita de un tema mucho mayor, vastamente tratado en los últimos tiempos, de la coordinación necesaria y la complementación lógica del Derecho Público y el Derecho Privado, campos a menudo mal deslindados. Más todavía, han transcurrido largas épocas en que ambas ramas han vivido "encastilladas en infranqueables fortalezas separadas por insondable foso de prejuicios".

La doctrina moderna, pues, ha reaccionado en relación con la filosofía jurídica del siglo pasado en la materia citada. En efecto, ya no se aceptan la segregación y el separatismo, como tampoco la discriminación dogmática de los campos del Derecho Público y del Privado, lo cual se desarrolló como una consecuencia lógica de la antinomia entre Estado e individuo.

Cuando se habla aquí de Derecho Público, por lo demás, se está haciendo referencia, concretamente, al Derecho Penal, cuyas normas, precisamente, han de armonizar con las civiles, a veces complementándolas.

^{4 1 2} Revista de Derecho Privado, tomo XXVIII, pág. 153, Madrid, 1945.

^{4 1 3} Ver mi trabajo *Derecho público y Derecho privado*, "Publicación" del *Derecho privado y "privatización" del Derecho público. Símbolos de ramas del Derecho*, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, junio de 1968.

Pues bien, el Derecho Penal, en sus nuevos contornos, incluida su legislación positiva, contradice aquella concepción antigua, y él se observa el ensanchamiento de su campo de actuación, en forma verdaderamente desusada, extendiéndose en lo privado tanto a la rama patrimonial como a la extrapatrimonial.

15. SANCION PENAL ESTABLECIDA POR LA LEY DESDE ANTIGUO RESPECTO DE CIERTOS PRECEPTOS CIVILES INCUMPLIDOS

No es cosa de hoy que los actos ilícitos en lo civil lo sean a la vez en lo penal y, por lo tanto, lleven aparejada una sanción penal impuesta por el Derecho respectivo.

Coincide simplemente que dos ordenamientos diferentes, cada uno en campos con vida y reglas propias, juzgan como ilícito un mismo hecho, asignándole cada una de las ramas un tipo de sanción. En lo civil la sanción será regularmente la nulidad o la inoponibilidad, y en lo penal será fundamentalmente la privación de la libertad física, generalmente en establecimientos penales, sin perjuicio de las variadas penas en vigencia, algunas, además, accesorias.

Los casos que podrían citarse son numerosos. Aquí me limitaré a mencionar algunos por vía de ejemplos, para mayor aclaración de la materia.

a) La *Ley de Matrimonio Civil*, una de las tantas leyes complementarias del Código Civil, dispone en su art. 4º que "no podrán contraer matrimonio", en primer lugar, "los que se hallaren ligados por vínculo matrimonial no disuelto".

Es éste uno de los varios impedimentos dirimentes absolutos para contraer matrimonio, y su sanción, de faltarle al precepto, es la nulidad del matrimonio, según está dispuesto en el art. 29 de la misma ley.

Pues bien, llevando el punto a su doble repercusión, en lo civil y en lo penal, tenemos que igual hecho está sancionado también por la ley penal.

En efecto, el art. 382 del *Código Penal*, que encabeza un párrafo intitulado "Celebración de matrimonios ilegales", dispone lo siguiente: "El que contrajere matrimonio estando casado válidamente, será castigado con reclusión menor en su grado máximo". Es el delito de bigamia establecido prácticamente en todos los Códigos Penales.

b) Sin salirnos del campo extrapatrimonial del Derecho Civil, en donde se incluye el interés público, con lo cual el paralelismo en la sanción puede suscitar menos reparo entre los más celosos guarda-

dores del Derecho Privado, cabría citar el caso de los deberes de convivencia entre cónyuges y entre hijos, y el de alimentos, que en el campo penal reconocen en muchas legislaciones la figura del *delito de abandono de familia*.

c) La falta de cumplimiento de obligaciones, sin perjuicio de sus efectos comunes, que en el presente trabajo se estudian, puede dar lugar, llenándose determinados requisitos, a la declaración de quiebra del deudor, la cual queda sometida a la calificación judicial de ser fortuita, culpable o fraudulenta.

La *Ley de Quiebras* contiene un Título especial, denominado "De los delitos relacionados con las quiebras", cuyo párrafo 4 se ocupa precisamente de las penas (arts. 229 a 234).⁴¹⁴

ch) El pago de intereses excesivos en el contrato de mutuo da lugar a la figura de la lesión enorme en esta materia, sea que los intereses se cobren ordinariamente en el término de duración del préstamo, sea que se cobren durante la mora a título de cláusula penal.⁴¹⁵

La ley penal ha considerado también el mismo hecho y, al efecto, el inc. 1º del art. 472 dispone lo siguiente: "El que suministrar valores, de cualquier manera que sea, a un interés que exceda del máximo que la ley permita estipular, será castigado con presidio o reclusión menores en cualquiera de sus grados". El inc. 4º de la misma disposición añade: "En la substanciación y fallo de los procesos instruidos para la investigación de estos delitos, los tribunales apreciarán la prueba en conciencia".⁴¹⁶

Es el *delito de usura*, universalmente considerado en la legislación penal. De dudosa consistencia real en las condiciones —hoy corrientes en todo el mundo— de fuerte y continua desvalorización

⁴¹⁴ El art. 234 de esta Ley de Quiebras se encarga de advertir que "las disposiciones del presente Título no se aplicarán al deudor no comprendido en el artículo 41, el que quedará sujeto a las prescripciones del Código Penal". Esto es, se aplican sólo al deudor que ejerce una actividad comercial, industrial, minera o agrícola.

⁴¹⁵ En el primer caso la sanción civil por la estipulación excesiva es la rebaja al interés corriente, que es el interés promedio cobrado por los bancos y las sociedades financieras establecidas en Chile en las operaciones que realicen en el país, y que es fijado mes a mes por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (arts. 6º y 8º de la Ley Nº 18.010, sobre "operaciones de crédito y otras obligaciones de dinero", de 27 de junio de 1981); y, en el segundo, la sanción consiste en la rebaja al máximo que se permite estipular (inc. 3º del art. 1544).

⁴¹⁶ Este art. 472 del Código Penal fue creación de la Ley Nº 8.716, de 4 de enero de 1947.

monetaria, que en muchos casos supera a lo que aritméticamente, y con la teoría nominalista o del número, pudieran parecer intereses excesivos.

16. EL INCUMPLIMIENTO DE CIERTOS CONTRATOS ESTA SANCIONADO CRIMINALMENTE

Al respecto merece cita expresa el de *depósito*, que tiene tratamiento penal en el Código respectivo, junto con otras figuras afines.

Dice el art. 470 del *Código Penal* que se asignará una determinada pena: "1º A los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquiera otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla."⁴¹⁷

"En cuanto a la prueba del depósito en el caso a que se refiere el artículo 2217 del Código Civil, se observará lo que en dicho artículo se dispone".

También merece cita expresa el *contrato de prenda*, en sus variadas modalidades modernas de las prendas sin desplazamiento o prendas con registro. En este caso se encuentran las prendas agrícolas e industrial, y la constituida sobre cosa mueble vendida a plazo. Disposiciones expresas configuran tipos penales determinados.

17. NEGOCIOS JURIDICOS NO ESPECIFICADOS Y CUYA SANCION PENAL RESULTA DE UNA DISPOSICION AMPLIA, EL ART. 473

Hay un número grande de negocios jurídicos que no están indicados específicamente en la ley penal como delitos para el caso de incumplimiento doloso.

Sin embargo, hay una disposición general, que sirve como de rector de infracciones; con ella se remata el párrafo intitulado "Estafas y otros engaños". Dice el aludido art. 473 del Código Penal: "El que defraudare o perjudicare a otro usando de cualquier engaño que no se halle expresado en los artículos anteriores de este párrafo, será castigado con presidio o relegación menores en sus grados mínimos y multa de once a veinte sueldos vitales".⁴¹⁸ Viene a ser un tipo genérico.

⁴¹⁷ Este texto es casi enteramente igual al Nº 5º del art. 523 del Código Penal español.

⁴¹⁸ Texto idéntico al art. 528 del Código Penal español.

18. EL INCUMPLIMIENTO MALICIOSO DE LOS CONTRATOS ES PUNIBLE, EN GENERAL, POR VIA CRIMINAL. TESIS QUE LO PROPONE

ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS declara que la protección criminal de actos civiles, a través del castigo al quebrantamiento de los contratos de depósito, prenda, comisión y administración, sin exigencia de engaño, *hace suponer "un tácito reconocimiento del legislador de que el incumplimiento malicioso de los contratos es punible por vía criminal"*.⁴¹⁹

El citado autor expresa que es erróneo considerar como estafa esta situación, siendo un error de técnica. Como desacertado es no extender el mismo efecto de sanción penal a los demás contratos "que el Código Civil define y reconoce, y que son tan dignos de protección penal como los antedichos, sin que gocen de su privilegiada situación jurídica".

Es lo que se llama *incumplimiento criminal de un contrato civil*, con substantividad propia, que algunos tratadistas llaman delito civil, término lamentablemente ambiguo.

La *jurisprudencia española* ha extendido tal efecto criminal a otros contratos que los específicamente considerados en la ley; como el de compraventa y el de transporte.

Se ha intentado jurisprudencialmente incluir tal incumplimiento malicioso en los casos de estafas del art. 523 del Código español, equivalente a nuestro art. 470.

Para ello se ha reunido el perjuicio o defraudación con el engaño de aparentar dinero, con lo cual se integran las dos notas que componen el delito de estafa.

El engaño en estos casos, se dice, se supone, y consiste en el fingimiento de bienes que en realidad no existen.

Con todo, se ha comentado que no hace falta forzar la técnica penal para llevar a la sanción criminal estos casos, como si fueran estafas genéricas. En efecto, "se consigue un perfeccionamiento técnico evidente, evitándose forzosas y anticlientíficas interpretaciones", si se adopta el criterio más acertado de perseguir con todo

⁴¹⁹ *Incumplimiento de obligaciones civiles sancionado criminalmente*, en Revista de Derecho Privado, XXVIII, pág. 729, Madrid, 1944. El mismo Quintano Ripollés, años más tarde, publicó un artículo en que amplía su tesis, invocando más bibliografía y clarificando cuestiones (*licitud civil y penal: el problema en su tipificación*, en Revista Jurídica de Cataluña, Nº 3, pág. 207, Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, mayo-junio 1957).

esto la protección eficaz de un bien tan digno de protección penal como la *'fe comercial'* o *'fe pública comercial'*".⁴²⁰

19. MENOR GRAVEDAD PENAL DEL INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO

Siendo ambos actos punibles, tanto los delitos de estafa específica o genérica como los delitos de incumplimiento manifiesto de contrato, según lo planteado anteriormente, es preciso reconocer que estos últimos son menos graves.

"En la estafa típica, el autor prepara su engaño habilidosamente con una serie de actos previos que presupone una más acendrada voluntad criminal y, por ende, mayor peligrosidad. En cambio, en el incumplimiento manifiesto de contrato, sea de depósito, de servicios o de compraventa, el que lo comete sólo pone una parte mínima de actividad criminosa en la omisión del pago".⁴²¹

20. NECESIDAD DE DISIPAR TODA DUDA MEDIANTE UN TEXTO EXPRESO DE LEY QUE CASTIGUE EL INCUMPLIMIENTO MALICIOSO DE CONTRATO

Ante las dudas inevitables, en que el planteamiento doctrinal se haga de un modo u otro, y en circunstancias que en el hecho se producen absurdos evidentes,⁴²² se hace necesario y se aspira a la agregación, debidamente tipificada, de una "modalidad propia de incumplimiento malicioso de contrato civilmente válido, aunque para ello se precisase una previa declaración de mala fe en los tribunales civiles, que, al fallar los pleitos respectivos, pasarían el tanto de culpa a los del crimen".

Termina el citado QUINTANO RIPOLLÉS este punto, y juntamente su interesante y sugestivo artículo, con la siguiente idea:

⁴²⁰ Antonio Quintano Ripollés, *Incumplimiento de obligaciones civiles sancionado criminalmente*, en Revista de Derecho Privado, tomo XXVIII, pág. 731, Madrid, 1944. Ver el segundo artículo de Quintano Ripollés, ya citado.

⁴²¹ Antonio Quintano Ripollés, obra citada, pág. 731. Ver el segundo artículo de Quintano Ripollés, ya citado.

⁴²² Como el ejemplo que da Quintano Ripollés: si es delincuente el que por carecer de dinero come en un restaurante y no paga, y por ello se le procesa y condena, ¿por qué razón el que compra ese mismo restaurante entero y no satisface su precio solamente puede ser demandado civilmente? Ver el segundo artículo de Quintano Ripollés, ya citado.

"Con ello se haría un buen servicio a la técnica del Derecho y, lo que es más importante, a la justicia misma, poniendo un firme valladar de la ley penal a tantos y tantos individuos 'esaprensivos, que a fuerza de habilidades leguleyescas no arriesgan ahora, en el mejor de los casos, más que una eventual imposición de costas'".⁴²³

En mi concepto, estamos frente a un problema de *política legislativa* que resolverá sobre la conveniencia o inconveniencia de extender legislativamente los tipos penales nacidos de incumplimiento contractual. La fijación de algunos en torno a ciertos y determinados contratos, que ya se citaron, hace pensar que son éstos y no otros más que se quisiera agregar.

La admisión de una *figura atípica de criminalidad* en el incumplimiento contractual parece ser imposible. Aunque podría ocurrir en la práctica que en algunos casos el elemento engaño, u otro, de carácter penal, influyera fuertemente en la formación del tipo penal consagrado legislativamente, por lo que nacería el delito; pero en caso alguno como consecuencia del contrato incumplido. Este último sería sólo el entorno dentro del cual nació un auténtico delito.

Con todo, la excelente Memoria de Prueba de ROBERTO CUÉLLAR BERNAL, *Ensayo de aplicación de las teorías monistas del ilícito al incumplimiento*,⁴²⁴ crea una duda sobre los razonamientos míos en atención a fundamentos de cierto peso que señala. En el mismo sentido un segundo artículo del ya citado Antonio Quintano Ripollés, de 1957, que he mencionado recientemente.

21. INCUMPLIMIENTO: DEL DEBER DE PRESTACION AL DEBER DE RESPONSABILIDAD

Estas mismas fases que se hicieron presentes al estudiarse la relación jurídica de obligación, como fases lógica y cronológica, cabe ahora recordarlas una vez más.

El deber de prestación, que debió actuar voluntaria y espontáneamente, bajo la fuerza moral que ejerce sobre el obligado, sin contar otros factores coadyuvantes al mismo fin del cumplimiento, ha dejado de operar.

Entra en juego, pues, un factor que permanecía en potencia, inactivo por el momento. Que pudo permanecer así hasta el término de la relación, casi sin advertirse siquiera su presencia. Pero el

⁴²³ Antonio Quintano Ripollés, obra citada, pág. 732. Ver el segundo artículo de Quintano Ripollés, ya citado.

⁴²⁴ Universidad de Chile, Escuela de Derecho, Santiago de Chile, 1968.

deudor se ha rebelado. No ha cumplido debidamente. Luego, entra a operar el deber de responsabilidad.

¿Y qué es la responsabilidad? MESSINEO nos lo dice con sencillez y claridad: "*Es el efecto de la inobservancia de un deber*".⁴²⁵ Es su sentido amplio.

Aquí está referida, sin embargo, a lo patrimonial. En consecuencia, la responsabilidad patrimonial indica que el sujeto obligado a una prestación tiene sus bienes afectos a la satisfacción, eventualmente forzosa, del derecho del acreedor: "La responsabilidad patrimonial es, por consecuencia, un fenómeno que tiene, como término de referencia, los bienes del deudor".⁴²⁶

La agresión es al patrimonio; la relación que era fundamentalmente de persona a persona, lo es ahora de acreedor a patrimonio del obligado.

La voluntad del sujeto obligado queda prácticamente descartada, porque la agresión se hará al patrimonio, prescindiendo fundamentalmente del sujeto.

22. LA EJECUCION FORZADA Y LA INDEMNIZACION

El deber de responsabilidad recién referido se va a traducir en la obtención de la prestación en especie, o bien, en subsidio, en una prestación equivalente, con la medida común de valores que es el dinero, que se confiere a título de indemnización.

Más adelante veremos la forma en que juegan ambas posibilidades en cuanto al orden en que pueden hacerse valer, para lo cual se hará la consiguiente distinción de obligaciones de dar, hacer y no hacer.

⁴²⁵ *Manual de Derecho Civil y Comercial*, traducción de la 8ª edición italiana, tomo IV, pág. 49, Editorial Ejea, Buenos Aires, 1955.

⁴²⁶ Misma cita anterior.