

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El Nuevo Artículo 1204 Código Civil: Pacto Comisorio
Héctor CÁMARA

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

SUMARIO

I. Introducción. - II. Observaciones generales al nuevo texto. - III. Normas vigentes para las diversas formas de resolución. - IV. Cláusula resolutoria legal. - V. Pacto comisorio expreso. - VI. Resolución judicial. - VII. Efectos de la resolución.

I. INTRODUCCIÓN

La reforma de la ley 17711 sobre el pacto comisorio (art. 1204 Código Civil) importa una novedad trascendental en nuestro derecho civil, no sólo porque abandona una postura anacrónica superada hace tiempo, sino también porque incorpora una solución mucho más justa para los casos en que una de las partes incurra en incumplimiento del contrato.

Por otra parte, reproduciendo *ped ad literam* el art. 216 Cód. Comercial, acaba con una discrepancia entre ambas ramas del *ius privatum* carente de justificación (1)(776), abriendo el camino para llegar a la unificación de las obligaciones civiles y comerciales, aspiración lograda en varios países extranjeros y sobre lo cual tanto se ha bregado entre nosotros en múltiples declaraciones (2)(777), que hasta la fecha han resultado meramente académicas y que pudo concretarse en esta ocasión donde estaban en revisión ambos códigos.

Dejamos de lado una postura arcaica, ya que la vieja fórmula del art. 1204 Cód. Civil negando el pacto comisorio legal (3),(778) inspirada en Freitas (art. 1960), sólo contaba como antecedente a la sazón el Código de Austria - hoy reformado (4) (779)- y el Código de Parma (art. 1159) (5)(780). La vieja legislación hispana (6)(781), a igual que todas las codificaciones contemporáneas, recepta la tesis contraria, como ser el Código Civil alemán (arts. 325 y sigs.), suizo (arts. 107 - 9), italiano (arts. 1453 - 8), recordando entre los más recientes el de Portugal (art. 795), Hungría (arts. 300 y sigs.) y el de Polonia (arts. 491 - 4). Otro tanto ocurre en nuestro continente: Venezuela (art. 1137), Perú (art. 1341), Colombia (art. 1546), Brasil (art. 1902) (7)(782), Uruguay (art. 1405), Méjico (artículo 1949), Bolivia (art. 764), Ecuador (art. 1429), Chile (art. 1489), Guatemala (art. 1457), etc.

Sin embargo, Vélez Sársfield en los diversos contratos civiles - compraventa, locación de cosas, locación de obra, sociedad, etc. - consagró la cláusula resolutoria en tal cantidad (8)(783) que se llegó a afirmar que la regla del art. 1204 constituye una norma excepcional (9)(784). Además, algún autor con aguda argumentación entendió que el art. 1204 autorizando la *lex commissoria* no proscribía el llamado pacto comisorio implícito o tácito (10)(785).

También manifestamos que la antigua solución era injusta e inconveniente para el supuesto que uno de los contratantes no atienda su compromiso, porque la agilidad de la vida comercial y la fluidez del tráfico económico imponen un procedimiento rápido y expeditivo. Como destacó el Informe de la Comisión Reformadora del Código de Comercio

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

del año 1889, la acción acordada a una de las partes para exigir de la otra el cumplimiento de la prestación prometida o el resarcimiento de los daños y perjuicios no es siempre suficiente y eficaz ni su resultado equivalente en un todo a la justicia correspondiente a cada uno. La demora, las lentitudes, los gastos y los perjuicios inevitables en los pleitos, la pérdida de tiempo, la inmovilización de los objetos litigiosos: todo ello constituye un cúmulo de inconvenientes incompatibles con la velocidad y seguridad que la ley debe dar a las operaciones comerciales (11)(786).

Tan era así, que la jurisprudencia patria tenía resuelto frente al régimen anterior: "La falta de pacto comisorio no es obstáculo para que pueda pedirse la rescisión de un boleto de compraventa si existe incumplimiento de una de las partes en el plazo estipulado, para lo cual deberá previamente constituirse en mora a la otra parte" (12)(787). "Procede la resolución aun cuando no hay pacto comisorio, si su ejecución forzada no podrá obtenerse sin violencia en la persona del deudor" (13)(788) "o media imposibilidad manifiesta de cumplir el contrato" (14)(789), etc.

Lo lógico y equitativo es que ante la inejecución del contrato la parte inocente pueda a su arbitrio optar entre requerir la resolución o el cumplimiento, con los daños y perjuicios consiguientes.

II. OBSERVACIONES GENERALES AL NUEVO TEXTO

El nuevo texto reproduce el art. 216 Cód. Comercial (15)(790), en la formulación dada por el decreto - ley 4777/63, que mejoró el anterior al introducir la resolución por "autoridad del acreedor" en el pacto comisorio legis como convencional (16)(791), siguiendo en general las huellas del Código Civil italiano (17)(792) inspirado en el derecho germano, aunque con modificaciones (18)(793).

Esta posición fue propugnada por Bibiloni en su Anteproyecto de reformas al Código Civil argentino (19)(794) como por el Proyecto de reformas del Código Civil, del año 1936, donde se reglamenta prolijamente el tema en sus varios aspectos (20)(795). También la sostuvo Isidro Satanowsky en una fundada ponencia al Primer Congreso Nacional de Derecho Comercial (21)(796) y contó con el apoyo de la Segunda Jornada de Derecho Civil celebrada el año 1963 en Santa Fe (22)(797).

Antes de entrar al análisis del nuevo dispositivo legal, sobre cuya trascendencia práctica huelga cualquier comentario, expresaremos algunas reflexiones generales que sugiere, varias de las cuales anotáramos cuando se sancionó el decreto - ley 4777/63 (23)(798).

a) Que es demasiado extenso comprendiendo cuatro apartados, lo cual conspira contra su clara inteligencia.

El texto aglutina, no siempre con felicidad, varios artículos del Código Civil italiano (arts. 1453, 1455, 1456 y 1458) que contemplan distintos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

problemas, por lo cual Fontanarrosa en el Anteproyecto de reformas al Código de Comercio lo divide en cinco textos (arts. 26 a 30) (24)(799). (Continuación de nota)(800)

No se arguya en contrario con la alteración de la numeración del Código, que la reforma con buen criterio ha cuidado (25)(801), porque pudo suprimirse el art. 1203, carente de razón para subsistir - como luego señalamos -, y usarse de los artículos "bis" como en otros casos.

b) Que la construcción es desordenada, ya que después de asentar el principio general sobre la resolución de los contratos trata sus efectos en algunos; en todo caso, los efectos de la resolución debieron figurar al final del tema, como lo hace el Código Civil italiano (art. 1458) (26)(802). Así lo enseña la lógica y el buen sentido.

c) Que omite problemas de importancia, como lo han puesto de relieve los comentaristas del art. 216 Cód. Comercial (27)(803). Verbigracia, la resolución por vía judicial a la cual alude de soslayo el último apartado; los efectos de la resolución entre partes y frente a terceros; el supuesto del contrato con plazo esencial (28)(804), etc., previstos por el modelo italiano.

d) Que la redacción es poco correcta, lo cual no resulta difícil demostrar. El encabezamiento expresa "que en los contratos con prestaciones recíprocas se entiende implícita la facultad de resolver las obligaciones en caso que uno de los contratantes no cumpliera su compromiso". No son las "obligaciones" las que se resuelven sino el "contrato" y por ende caen aquéllas. Así lo consigna la ley italiana: Cuando uno de los contratantes no cumpliera su obligación, el otro podrá a su elección pedir el cumplimiento o la resolución del contrato, sin perjuicio en todo caso del resarcimiento del daño (art. 1453).

El segundo apartado referido al pacto comisorio legis, establece que no satisfecha la prestación por el incumplidor en el plazo conferido queda resuelto el contrato, "con derecho para el acreedor al resarcimiento de los daños y perjuicios". Otro tanto en el último párrafo, cuando se exige el cumplimiento se hará con más los daños y perjuicios.

Sin embargo, en el pacto comisorio expreso guarda silencio sobre los "daños y perjuicios", lo cual podría hacer pensar su improcedencia en dicho supuesto, solución carente de todo fundamento.

e) Que correspondía adecuar el nuevo texto con otros del mismo cuerpo legal, autorizando el pacto comisorio en diversos contratos, según apuntamos, los cuales lo contrarían (29)(805).

Verbigracia, el art. 1375, inc. 3º, dispone en el contrato de compraventa: "Puede el vendedor a su arbitrio demandar la resolución de la venta o exigir el pago del precio. Si prefiriese este último expediente, no podrá en adelante demandar la resolución del contrato". Esta conclusión choca con el art. 1204 vigente que declara al revés: "La resolución podrá

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

pedirse aunque se hubiese demandado el cumplimiento".

El art. 1374 Cód. Civil manifiesta equivocadamente que "la venta con pacto comisorio se reputará hecha bajo una condición resolutoria" (30)(806). Ello desarmoniza con la primera parte del art. 1204 que entiende constituye una "facultad" la de resolver el contrato en caso que uno de los contratantes no cumpliera su compromiso.

Otro tanto con el art. 1375 inc. 4º, según el cual "si vencido el plazo del pago, el vendedor recibiere solamente una parte del precio, sin reserva del derecho de resolver la venta, se juzgará que ha renunciado a este derecho". Dicha solución no se compadece con la nueva estructura del art. 1204, porque conforme las circunstancias procederá o no la resolución.

El ejercicio del derecho de resolución de acuerdo al nuevo dispositivo legal tampoco concuerda con los previstos en otros casos (arts. 1519, 1520, 1611, 1579, 1643, etc.).

f) Que reglamentando el nuevo texto el pacto comisorio convencional resulta redundante el art. 1203 consintiéndolo; por otra parte, importa aplicar lisa y llanamente el art. 1197 Cód. Civil.

La salvedad prohibiendo el pacto comisorio en el contrato de prenda también es superflua, desde que corre en el art. 3223 Cód. Civil.

g) Que el art. 1204 actual Cód. Civil torna innecesario el art. 216 Cód. Comercial reproduciendo su contenido; aquél es aplicable a los contratos comerciales por imperio del art. I del título preliminar y art. 207 Cód. Comercial.

III. NORMAS VIGENTES PARA LAS DIVERSAS FORMAS DE RESOLUCIÓN

Como no pretendemos coordinar el nuevo texto con las demás disposiciones aisladas y dispersas del cuerpo legal - tarea bastante intrincada -, nos ceñiremos a mostrar la mecánica del pacto comisorio a la luz del art. 1204 Cód. Civil.

La ley contempla dos formas de resolución de los contratos por incumplimiento, en las cuales la extinción no se opera de pleno derecho sino que es menester la declaración de una de las partes o la sentencia del tribunal: la resolución "judicial" y la "extrajudicial".

Esta última, llamada resolución "por autoridad del acreedor", donde no es menester acudir a los tribunales (31)(807), tiene un procedimiento diferente según se haya o no estipulado el pacto comisorio.

Previamente nos ocupamos de algunos problemas comunes a las distintas formas de resolución porque, como manifiesta Messineo, la nueva disciplina - que ha modificado notablemente la precedente - tiene en cuenta una cantidad de elementos que el Código abrogado había desatendido y que sirven para configurar la resolución como un instrumento singularmente flexible, según la variedad de las circunstancias, si bien queda firme su común criterio inspirador

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

(32)(808).

¿En qué contratos juega el art. 1204 Cód. Civil?

El viejo Código de Comercio, como en general las legislaciones del siglo pasado que seguían al Code Civil, mencionaba los contratos bilaterales o sinalagmáticos, aunque en Francia la jurisprudencia pronunció sin dificultad la resolución de los contratos bilaterales imperfectos así como también de algunos contratos unilaterales, cuya solución aplauden los Mazeaud (33)(809).

El nuevo dispositivo legal habla de "contratos con prestaciones recíprocas", a imagen del derecho italiano - prestazioni corrispettive -, en los cuales hay interdependencia entre las prestaciones, poniendo el acento en la corrispettività tomada no en el sentido económico de equivalencia, sino de relaciones con recíprocas atribuciones, funcionando la una como justificación de la otra, ampliando la zona de eficacia de la condición resolutoria tácita (34)(810).

En una palabra, la resolución se aplica a los contratos conmutativos ciertos, esto es, a todos aquellos en los que haya intercambio de deberes recíprocos, según pensamiento de Manenti (35)(811); por ende, comprende, amén de los bilaterales - noción que pertenece al pasado y carece de vigencia (36)(812) -, sino también el mutuo, la donación en los supuestos que nuestra ley habla de revocación por ingratitud del donatario (artículo 1858 Cód. Civil), los contratos innominados (37)(813), etc.

No obstante el mayor ámbito de la resolución, conviene prestar alguna atención a ciertos casos:

a) La norma no rige en los contratos plurilaterales, a pesar que el art. 1204 calla separándose de su antecedente que establece: "En los contratos plurilaterales el incumplimiento de una de las partes no importa la resolución del contrato respecto de las otras, salvo que la prestación incumplida haya de considerarse, de acuerdo con las circunstancias, como esencial" (art. 1459 Cód. Civil italiano) (38)(814).

Los arts. 1735 Cód. Civil y 419 Cód. Comercial admiten la exclusión de un socio subsistiendo el vínculo jurídico entre los demás, sin mengua del sujeto de derecho que continúa su vida de relación. Como tenemos expresado, la resolución parcial consiste en el procedimiento encaminado a no romper el contrato plurilateral entre todos los otorgantes, limitando su acción a extraer el socio culpable o desventurado, continuando válido y eficaz entre quienes no lo conculcaron (39)(815).

b) Igual afirmación corresponde respecto del contrato de seguro, donde el legislador establece un sistema especial de caducidad sin efecto retroactivo en los casos de incumplimiento de las obligaciones y cargas de los contratantes, atendiendo las características de esta actividad.

c) En el contrato de prenda perdura la prohibición del pacto comisorio del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

art. 1203 in fine Cód. Civil, corroborado por el art. 3223, a pesar de la generalidad del art. 1204.

Las razones que en tiempo de Constantino impusieron esta limitación mantienen frescura, como señala Josserand: Con ello quiere proteger al deudor contra los acreedores sin piedad, contra los usureros feroces; no se quiere que un prestamista pueda subordinar el préstamo que va a conceder a condiciones draconianas; no conviene, decía Berlier, que la miseria sea explotada por la codicia (40)(816).

Lo dicho vale para el contrato de prenda con registro (art. 36 decreto - ley 15348/46) (41)(817), anticresis (art. 3252 Cód. Civil) e hipoteca según lo entiende la doctrina y jurisprudencia patria (42)(818).

d) ¿El art. 1204 deroga el art. 1374 Cód. Civil que prohíbe el pacto comisorio en la compraventa de cosas muebles?

El último texto, tomado de Freitas, carece de justificación, contrariando no sólo el art. 216 Cód. Comercial sino también los arts. 1413, 1420, 1421 y 1430 Cód. Civil. Ha provocado graves controversias en su inteligencia, por lo cual los juristas, violentando el precepto, han morigerado sus efectos (43)(819), a pesar de que, según Rezzónico, no da pábulo para interpretaciones (44)(820).

Por ello, sostenemos que el art. 1204 en su generalidad deroga el artículo referido en lo relativo al pacto comisorio.

e) ¿El nuevo dispositivo legal modifica el art. 8° de la ley 14005, que niega eficacia al pacto comisorio en la venta por mensualidades de terrenos provenientes de loteos (45)(821), cuando el adquirente haya abonado el veinticinco por ciento del precio o realizado construcciones equivalentes al cincuenta por ciento del precio de venta? (46)(822).

Atento el carácter de orden público de esta legislación, no corre el pacto comisorio expreso, ni menos el legal introducido por el art. 1204 Cód. Civil en los supuestos referidos.

¿Cuáles son los presupuestos para la resolución del contrato?

Ellos son varios, a saber:

a) Que haya un contrato válido con prestaciones recíprocas, ya que de lo contrario no correspondería la resolución sino la declaración de nulidad, etc.

b) Que el titular de la pretensión pueda restituir los bienes recibidos, ya que en su defecto la resolución carecería de efectividad, como dispone el Código Civil alemán (arts. 351 - 2 - 3) (47)(823).

Enneccerus distingue según que el perecimiento o menoscabo sea por caso fortuito o por circunstancias imputables al titular del derecho de resolución; en el primer caso procede la resolución restituyendo el objeto menoscabado o si hubiera conseguido una indemnización o pretensión de indemnización, tiene como es natural que entregar aquélla o transferir ésta; en el segundo caso se extingue el derecho (48)(824). Tal distinción carece de respaldo en nuestro derecho.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

c) Que se haya incurrido en incumplimiento por parte de alguno de los contratantes, y que el mismo esté en acción: no es tal cuando hubiera sido sanado o hubiera perdido importancia, como apunta Messineo (49)(825).

¿Cuándo hay incumplimiento contractual?

Respondemos con Puig Peña: aquella situación antijurídica que se produce cuando por la actuación culpable del obligado a realizar la prestación no queda satisfecha la relación jurídica en el mismo tenor que se contrajo (50)(826). Comprende la falta de ejecución y también la mora en el cumplimiento, desde que en ambos casos el nexo jurídico no es atendido conforme lo estipulado; por otra parte, abarca las prestaciones de dar, hacer y no hacer, como cuando se viola una obligación negativa - cláusula de no restablecimiento en la transferencia de un establecimiento mercantil -

Este tema - incumplimiento - plantea algunas cuestiones que pasamos a elucidar.

¿Hay que esperar el vencimiento del contrato para la resolución?

En principio sí, porque de lo contrario no podría hablarse de incumplimiento.

Sin embargo, la doctrina extranjera admite la resolución anticipada en supuestos de excepción; v. gr., cuando el otro contratante ha manifestado concretamente que no atenderá su compromiso oportunamente o lo ha hecho imposible - por ejemplo, enajenando a un tercero el inmueble prometido en venta -. Vale decir, en la terminología inglesa cuando haya provocado la imposibilidad de cumplir, dice Mosco (51)(827).

Esta conclusión la recepta la Convención Internacional de La Haya del año 1964, sobre venta de objetos muebles corporales (art. 76) (52)(828). También la propugna la Corte de Casación de Italia en fallo de 8/10/63: El rechazo de parte del deudor, de cumplir la prestación antes del vencimiento de la obligación, equivale a incumplimiento y da lugar a la resolución del contrato de acuerdo al art. 1453 Cód. Civil (53)(829).

¿Debe constituirse en mora al incumplidor antes de la resolución?

El problema frente al derecho anterior no era discutido, distinguiendo según hubiera pacto comisorio expreso o implícito.

En el primer caso resultaba innecesaria la constitución en mora, por imperio del art. 1375 inc. 1º Cód. Civil (54)(830) La venta con pacto comisorio tendrá los efectos siguientes: 1º) Si hubo plazo determinado para el pago del precio, el vendedor podrá demandar la resolución del contrato, desde el vencimiento del plazo, si en ese día no fuere pagado el precio (55)(831).

En cambio, faltando la *lex commissoria* se entendía debía intimarse previamente al incumplidor, por cuanto sin mora no se patentiza la voluntad de no cumplir (art. 509 Cód. Civil). Este fue el parecer de un fallo plenario: La falta de pacto comisorio no es obstáculo para que pueda pedirse la rescisión de un boleto de compraventa si existe

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

incumplimiento de una de las partes en el plazo convenido, para lo cual deberá previamente constituirse en mora a la otra parte (56)(832).

¿Cuál es la situación en el sistema actual?

Si bien en la doctrina italiana no hay uniformidad de pareceres (57)(833), a nuestro juicio la solución es simple. No es necesaria la constitución en mora en la hipótesis de pacto comisorio convencional o de resolución judicial (58)(834), ya que el art. 1204 sólo exige la intimación previa en el llamado pacto comisorio implícito o tácito, según veremos; por otra parte, apoya esta postura la redacción del nuevo art. 509 Cód. Civil (59)(835).

¿Procede la resolución cuando el incumplimiento se debe a caso fortuito o fuerza mayor?

En la definición de "incumplimiento" hablamos de una conducta "culpable" del inejecutante (60)(836), por lo cual en esa hipótesis el contrato se resolverá por la imposibilidad de satisfacer la prestación (art. 888 Código Civil), extinguiéndose para ambas partes (art. 895 Cód. Civil). Sin embargo, cuando la obligación fuese de entregar cosas inciertas no fungibles determinadas sólo por su especie (art. 894 Cód. Civil) o la entrega de una cosa incierta determinada entre un número de cosas ciertas de la misma especie (art. 893 Cód. Civil) la obligación no se extingue aunque se deba a caso fortuito o fuerza mayor, por lo cual en dicho supuesto resulta viable el pacto comisorio ante el incumplimiento, como enseña Siburu (61)(837).

Esto es lo que prueba la tradición histórica y el razonamiento - acotan Ripert y Boulanger -. Todos los textos antiguos suponen que la parte contra la cual se demanda la resolución se encuentra en falta y que esa resolución sería imposible si existiera un obstáculo independiente de su voluntad. Esta teoría fue comprendida siempre de esta manera en nuestro derecho antiguo - Pothier, Obligations, N° 672 -. Finalmente, no hay razón para imponer con una pena a una parte la resolución del contrato cuando no hay nada que reprocharle (62)(838).

Naturalmente que la parte fiel al contrato no necesita acreditar la culpa o dolo de la contraria, bastándole con probar el hecho objetivo del incumplimiento; en su caso, competirá a la otra la irresponsabilidad en la inejecución.

¿El incumplimiento parcial o de una prestación accesoria, resulta idóneo para la resolución del contrato?

La ley nacional elude el problema, a igual que el régimen del viejo art. 216 Cód. Comercial. Sólo exige que "uno de los contratantes no cumpla su compromiso" sin discriminar entre inejecución total o parcial, a diferencia del Código Civil italiano que dispone: "No se podrá resolver el contrato si el incumplimiento de una de las partes tuviera escasa importancia, habida cuenta del interés de la otra" (art. 1455) (63)(839).

Empero, la solución es idéntica atendiendo a la buena fe y lealtad contractual, consagrado por el nuevo art. 1198 Cód. Civil (64)(840), que siempre latió en la interpretación del derecho argentino (65)(841). En ese orden de ideas tenía dicho un fallo: "En la inejecución parcial sólo funciona la resolución cuando aquélla reviste determinada importancia;

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cuando no es así, no se puede demandar la resolución sino el cumplimiento y los daños y perjuicios" (66)(842).

¿Cómo se determina la gravedad o tenuidad del incumplimiento?

La doctrina italiana ha pretendido fijar algunas pautas para guiar al juzgador: "hay que estar a la entidad del incumplimiento considerado objetivamente, mirando la repercusión sobre el equilibrio de las prestaciones"; "corresponde decidir según su prudente arbitrio sobre la trascendencia del incumplimiento; una solución equitativa que parece mejor responder a la finalidad del instituto"; "que la determinación de la medida de la importancia del incumplimiento resulta muy elástica, debiendo ser examinada caso por caso"; etc.

En definitiva, no cabe un standard rígido por lo cual la solución queda librada al arbitrio del tribunal según las circunstancias del caso (67)(843), creyendo ilustrativo reproducir el pensamiento de Mosco: salvo que las partes hayan estipulado una cláusula resolutoria expresa o pactado un término esencial, la adopción del criterio subjetivo, esto es, fundado en la presumible voluntad de las partes, es absurdo, porque tal voluntad no existe. La resolución deriva de la voluntad legal y las normas que la regulan, como todas las que integran la disciplina de un negocio o de una categoría de ellos, no consiente referencias a una pretendida voluntad privada. Por lo tanto, el criterio de valoración será necesariamente objetivo (68)(844).

¿A qué momento habrá que atender para justipreciar la gravedad del incumplimiento ?

Hay que estar al tiempo en que se produjo el incumplimiento y no al momento de la estipulación o de la resolución, ya que la acción tiende a amparar el interés insatisfecho, como afirma Auletta (69)(845).

Lo dicho vale para el incumplimiento de las prestaciones accesorias, cuando disminuyan para el acreedor la utilidad de la prestación principal, presupuesto inexcusable para el cumplimiento de ésta, conforme la opinión de Siburu (70)(846).

Remarcamos que este principio rige para todas las formas de resolución, porque Casá opina que el tribunal en caso de oposición no puede entrar a merituar la escasa importancia del incumplimiento (71)(847); parecer carente de éxito por la ubicación del art. 1455 Cód. Civil italiano el cual tampoco discrimina.

¿Quién tiene derecho para reclamar la resolución?

Hemos dicho que la resolución nunca opera automáticamente - ope legis - sino a iniciativa de parte interesada; "sólo podrá resolverse por la parte no culpada y no por la otra que dejó de cumplirlo", estatuye el art. 1203 Cód. Civil, conforme las enseñanzas del derecho romano, donde el pacto comisorio producía efecto cuando lo quisiera el vendedor: Ita accipitur inemptus esse fundus, si venditor inemptum cum esse velit, quia id venditoris causa cavetur (72)(848).

No hay discrepancias al respecto; la facultas agendi compete exclusivamente a la parte que cumplió el contrato o que ofrece cumplirlo (73)(849). Nunca a la parte incumplidora quien no puede alegar su propia

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

torpeza: *propriam turpitudinem allegans non est audiendus*.

Como derivación, no funciona cuando media incumplimiento de ambos contratantes, de acuerdo al art. 510 Cód. Civil (74)(850).

Cuando hay varios contratantes por una parte, sea porque así se constituyó originariamente la relación jurídica o por sucesión en caso de muerte del primitivo contratante, ¿la resolución deben requerirla todos conjuntamente, o puede hacerlo alguno o algunos?

La ley ignora el problema, no obstante que el Proyecto de reformas del Código Civil del año 1936 - a imagen del derecho germano - contemplaba la pluralidad: "Si los contratantes fueren varios por cada parte, la resolución sólo podrá ser exigida por todos o respecto de todos. Extinguido el derecho de efectuarlo para uno de los titulares caducará para los demás" (art. 837).

La conclusión es similar en el derecho vigente por la indivisibilidad del derecho: si los varios integrantes no se ponen de acuerdo para solicitar la resolución resulta improcedente. En esa hipótesis cada uno podría demandar el cumplimiento por su parte si la prestación es divisible - v. gr., pago del precio -.

Lo expresado, en consonancia con el Proyecto referido, rige para el supuesto que varios sujetos compongan la parte incumplidora.

¿Hasta cuándo puede solicitarse la resolución judicial o resolverse el contrato por autoridad del acreedor?

Mientras el contrato no se haya ejecutado y esté vigente procede la resolución; esto es, hasta que se haya prescripto la acción. El hecho que haya transcurrido un lapso prolongado desde el vencimiento no obsta para ello, desde que no puede presumirse que la parte inocente haya renunciado a esta facultad y los actos que induzcan a probarla deben ser restrictivos (art. 874 Cód. Civil) (75)(851).

¿No podría hacerse cesar el estado de incertidumbre intimando a la parte fiel para que opte?

Nada prevé nuestro derecho, a pesar que el Proyecto de Código Civil del año 1936 disponía en ese supuesto: "Cuando el titular no tuviere plazo para exigir la resolución, la otra parte podrá fijarle uno conveniente. El derecho para resolver quedará extinguido cuando no se ejerciere dentro de este término" (art. 839) (76)(852).

Estimamos equitativa esta postura legal para terminar con el estado de incertidumbre, perjudicial en la actividad económica y que se presta a especulaciones nocivas.

¿Los contratantes podrán estipular un plazo para ejercer el derecho de resolución, en su caso?

No hay inconveniente para ello, en aras de la estabilidad de los derechos y el principio de la libertad de las convenciones (art. 1197 Código Civil) .

¿El incumplidor puede satisfacer tardíamente su prestación cuando la otra parte es remisa para obtener la resolución?

No obstante que el problema de la *purgatio morae* es objeto de vivas controversias doctrinarias (77)(853), contestamos afirmativamente el interrogante del epígrafe porque el contrato mantiene eficacia y produce

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sus efectos mientras no haya sido resuelto por autoridad del acreedor; luego nos referimos a la resolución judicial.

Dejamos de lado el contrato con plazo esencial, pues en dicha hipótesis se supone que la prestación ha perdido interés para el otro contratante.

Con estos conceptos generales pasamos a examinar las varias formas de resolución.

IV. CLÁUSULA RESOLUTORIA LEGAL

En primer lugar nos referimos a la resolución por autoridad del acreedor - solución ya receptada por el derecho romano (78)(854) - cuando en el contrato no se ha estipulado la *lex commissoria*; el llamado pacto comisorio implícito o tácito, consagrado legislativamente por primera vez en el art. 1184 del Código Civil francés siguiendo las costumbres de dicho país (79)(855), y sobre cuyo fundamento la doctrina luce pluralidad de soluciones (80)(856). Para Mosco esta facultad radica en que, aun siendo útil el cumplimiento, esta utilidad desaparece al transcurrir un determinado lapso de tiempo más o menos breve. Así se comprende cómo el legislador ha considerado conciliables los contrapuestos intereses de acreedor y deudor, negando al primero la facultad de instar una resolución inmediata en el momento mismo de la declaración, y al segundo la posibilidad de purgar la mora después del término fijado para la desconfianza (81)(857).

El art. 1204 actual del Código Civil, apartándose del derecho francés donde la resolución en este caso obra por la sentencia judicial (82)(858), la cual todavía puede conceder un plazo al incumplidor para atender su compromiso (83)(859), establece el derecho de impugnación o agresión - *Eingriffsrechte* -, conforme el procedimiento previsto en su segundo apartado,

¿Cuál es el trámite para lograr esta resolución?

Según la ley, "no ejecutada la prestación el acreedor podrá requerir al incumplidor el cumplimiento de su obligación en un plazo no inferior a quince días, salvo que los usos o un pacto expreso establecieran uno menor, con los daños y perjuicios por la demora".

En consecuencia, la parte que haya cumplido u ofreciere cumplir el contrato - el acreedor, dice el precepto legal - debe formular un requerimiento a la contraparte, negocio jurídico recepticio que manifiesta la voluntad de resolver el contrato con prestaciones recíprocas siempre que no se verifique el cumplimiento de la prestación dentro del lapso fijado.

¿En qué forma debe efectuarse esta intimación?

La ley no exige la forma escrita como el derecho italiano, ni tampoco "forma fehaciente" según lo prescripto para el pacto comisorio expreso, aunque no atisbamos la razón de la diferencia. Por tanto, puede hacerse de cualquier manera - verbalmente, por escrito privado, telegrama colacionado, acta notarial, etc. -, resultando conveniente premunirse de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

la prueba correspondiente para el supuesto que luego fuere negada, como también para precisar con exactitud el momento de la resolución, en su caso.

¿Quién efectuará el requerimiento?

Debe hacerlo personalmente el contratante inocente o su mandatario, pues la jurisprudencia patria negó eficacia al emplazamiento efectuado por un escribano (84)(860).

¿Cuándo debe hacerse la intimación?

Salvo los casos de excepción apuntados - manifestación expresa del co-contratante de no cumplir el compromiso al vencimiento o haberlo hecho imposible -, el emplazamiento se efectuará después de la inejecución del contrato - no ejecutada la prestación, dice el texto legal -. No corresponde la intimación preventiva, como piensa Halperín de acuerdo a la doctrina germana (85)(861).

¿Es menester la conminación para cumplir dentro de un lapso determinado cuando la contraparte haya manifestado expresamente su voluntad en contrario o haya hecho imposible la prestación?

Sí, porque la ley no distingue, a diferencia de otra legislación (86)(862); sólo prevé la reducción del plazo de quince días en ciertos casos.

¿Qué debe contener el requerimiento?

La ley se pronuncia in terminis: la intimación para cumplir, el plazo para ello y la conminación por daños y perjuicios.

a) En primer término, por el carácter intimidatorio, de hacer una cosa con fuerza para ser obedecido tiene que demandar concretamente la prestación o prestaciones insatisfechas; no otras ni aquellas con distintas modalidades.

No basta una simple invitación a cumplir; v. gr., si le place atender su compromiso o si estaría dispuesto a ello.

b) Debe fijar plazo para el cumplimiento, ya sea hasta tal fecha - v. gr., 1º de enero de 1969 - o determinando concretamente el número de días - v. gr., dentro de veinte días-, que en principio no podrá ser inferior a quince días, los cuales se computan corridos de acuerdo al art. 27 Cód. Civil a partir desde que llegó al destinatario la intimación.

No podrá remitirse al plazo legal, porque el art. 1204 sólo establece un tope mínimo, ni a un término "útil", fórmula ambigua que crea incertidumbre sobre el momento de la resolución, rechazada por nuestro derecho (87)(863). Tampoco puede dejarse librado a la voluntad del incumplidor.

Excepcionalmente, dicho lapso puede reducirse cuando "los usos o un pacto expreso establecieren uno menor" (88)(864). No creemos corriente estipular plazo menor, porque en dicho supuesto convendrán el pacto comisorio expreso, pero sí puede darse la hipótesis que los usos impongan reducir el plazo de quince días, cuando éste resulte inconveniente o inútil; v. gr., si se hubieren adquirido artículos de carnaval y los quince días vencieren después de esa fecha o si se hubiera realizado el contrato en vista de un acontecimiento determinado -

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

v. gr., un casamiento -, careciendo de sentido la prestación ulterior.

¿Qué efectos producirá la violación del plazo legal mínimo?

La intimación será inoperante a los fines de la resolución.

Cuando se requirió el cumplimiento dentro de un plazo de treinta días, ¿podría luego limitarse por el intimante a veinte o quince días?

No, porque no puede variar unilateralmente dicho lapso en detrimento de la otra parte que a lo mejor ha preparado las cosas para satisfacer la prestación en el término originario.

A la inversa, ¿está facultado para ampliar el plazo otorgado en la intimación?

No hay inconveniente alguno desde que esa solución no puede afectar a la otra parte, quien tiene derecho para satisfacer su prestación en cualquier momento dentro del plazo conferido.

¿El incumplidor puede solicitar ampliación del plazo fijado por el contratante fiel, sosteniendo que no es razonable o conveniente?

La doctrina germana se pronuncia afirmativamente porque el artículo 326 de su Código Civil habla de plazo prudente (89)(865), sin establecer tope mínimo. Dicha conclusión carece de respaldo legal en el país; por otra parte, hay que tener en cuenta que el incumplidor debió atender su prestación en el plazo convenido y que éste es un término suplementario o de gracia.

c) Finalmente, la intimación contendrá el reclamo de los daños y perjuicios derivados de la mora, aplicación de los principios generales de la materia (art. 508 Cód. Civil).

Estos son los elementos del requerimiento según la ley argentina, que apartándose de su modelo omite la sanción en caso de no cumplir el intimado la prestación (90)(866), el cual expresa "bajo apercibimiento de que transcurrido inútilmente dicho término, el contrato se entenderá sin más resuelto" (art. 1454, 1ª parte, in fine).

No estará de más que la intimación consigne el apercibimiento, para no dejar lugar a dudas, aunque tal constituye la única sanción legal.

¿Importa alguna variación el texto nacional en cuanto no requiere se consigne la sanción?

No, porque la ley declara que vencido dicho plazo sin que se cumpla la prestación el contrato queda resuelto indefectiblemente. No hay entonces opción entre exigir el cumplimiento o rescisión del contrato (91)(867), a diferencia del Anteproyecto de Bibiloni que explícitamente disponía en ese supuesto: "Si no se ejecuta la prestación en el plazo señalado, el acreedor podrá a su elección demandar el cumplimiento del contrato, si fuese posible, con daños e intereses, o declarar resuelto, haciéndolo saber a la otra parte si en la declaración anterior no hubiera manifestado esa determinación (art. 1336).

¿Cuáles son los efectos de la intimación para ambos contratantes?

El envío de la intimación es muy importante para la parte inocente, porque usa de la opción legal - resolución o cumplimiento -. La suerte del contrato pasa a manos del incumplidor, quien podrá satisfacer su prestación en el plazo fijado o que sea resuelto si así lo desea, para lo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cual le basta con guardar silencio. Vale decir, que mientras dure el plazo acordado por el intimante no podrá demandar la resolución ni pedir su cumplimiento judicial.

En cuanto a la parte incumplidora, la intimación le permite atender su compromiso dentro del lapso establecido, con los daños y perjuicios por la mora, so pena de resolución del contrato al vencimiento de dicho plazo. Como dice la ley, "transcurrido el plazo sin que la prestación haya sido cumplida, quedarán resueltas, sin más, las obligaciones emergentes del contrato con derecho para el acreedor al resarcimiento de los daños y perjuicios (art. 1204, 2ª parte).

Como corolario, al vencimiento del término fijado sin atender las prestaciones reclamadas, el contrato queda resuelto indefectiblemente.

La parte a quien se requirió el cumplimiento ¿podría rechazar la intimación arguyendo que quien no ha cumplido es la contraparte u otra razón similar?

No, la ley es expresa al declarar que transcurrido el plazo fijado el contrato queda resuelto "sin más" siempre que el intimado no cumpla su compromiso (92)(868), por lo cual dicha protesta no puede enervar la resolución. De lo contrario, esta resolución extrajudicial resultaría letra muerta en la práctica (93)(869).

Sin embargo, como el contratante intimado puede tener razón en su pretensión, a pesar que el contrato queda resuelto sin más al fenecer el plazo conferido, le queda expedita la acción judicial a los efectos que el tribunal declare mal operada la resolución (94)(870). La sentencia del tribunal solamente podrá decidir sobre la ineficacia de la resolución, cuando el impugnante demuestre que no reunía los presupuestos legales: v. gr., incumplimiento de quien logró la resolución, contrato nulo, etc.

Concluyendo con el tema nos interrogamos: ¿puede renunciarse en el contrato ejercitar el pacto comisorio implícito?

Hallándose en juego el interés privado de las partes no hay inconveniente para ello (art. 19 Cód. Civil). Esta renuncia no debe mirarse como dispensa del dolo, porque ello no importa renunciar a la vez a la acción de cumplimiento y a la indemnización de daños y perjuicios (95)(871), a pesar que la jurisprudencia francesa no comparte esta postura (96)(872).

V. PACTO COMISORIO EXPRESO

Hay contrato con *lex commissoria* cuando las partes pactaren "expresamente que la resolución se produce en caso de que alguna obligación no sea cumplida con las modalidades convenidas" (art. 1204, 3ª parte, Cód. Civil) (97)(873).

Se trata de un poder que compete a la parte a quien se ha faltado en el caso de incumplimiento de determinada obligación por la contraria (98)(874), cuyo fundamento radica en la voluntad de los estipulantes, y el procedimiento para lograr su objetivo es diverso al anterior, más expeditivo y eficaz.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

¿Cómo debe convenirse la cláusula resolutoria?

En la práctica del derecho anterior se usaban varias fórmulas, siendo la interpretación jurisprudencial bastante liberal en algunos supuestos, donde se resolvió constituye pacto comisorio la siguiente cláusula: "Las partes se obligan a concurrir al llamado del escribano para escriturar; en caso contrario se harán pasibles de los daños y perjuicios que ocasionaren a la otra parte" (99)(875).

Este pacto no requiere términos sacramentales, pero debe prever no sólo la resolución del contrato sino también la situación o situaciones idóneas para provocarla: "el incumplimiento de alguna obligación con las modalidades convenidas" reza el precepto legal. Debe tener un contenido "específico" con referencia a la inejecución de una o más obligaciones exactamente individualizadas, como sostienen los tribunales italianos; la cláusula de estilo, en términos generales, sólo valdrá como cláusula resolutoria tácita (100)(876).

En el supuesto que el incumplimiento de la modalidad estipulada sea insignificante, ¿corresponde la resolución?

En general sí, pero conforme lo hemos dicho, cuando el pacto aparezca contrario al principio de la buena fe, el juez deberá declarar su nulidad produciendo la transformación del contrato como sin dicha cláusula, resolviéndose según la norma del art. 1453 Cód. Civil italiano (art. 1204, segunda parte, Cód. Civil argentino), a menos que resulte que las partes no habrían firmado el contrato sin ella (101)(877).

La lex commissoria puede establecerse a favor de ambos contratantes como de uno solo, pero únicamente lo ejercerá la parte inocente, en su caso (102)(878).

¿Cuándo se produce la resolución?

Como lo expresamos, la resolución nunca obra de pleno derecho sino que requiere la declaración de quien hace valer la cláusula, por lo cual se produce en el momento que la parte cumplidora - la parte interesada, dice la ley - comunique a la incumplidora su voluntad de resolver el contrato; mejor dicho, cuando ésta tiene noticia de la decisión de la otra parte.

Se trata de una declaración de voluntad del acreedor meramente recepticia que obra per sé sin necesidad de la conformidad de la contraria (103)(879); es irrevocable y no puede estar sujeta a condición.

Sin embargo, destacamos que algunas sentencias del Tribunal Supremo de Italia han afirmado que la resolución se verifica en el mismo instante del incumplimiento y que la declaración de querer valer de la cláusula retrotrae sus efectos al tiempo en que aquél se ha verificado, postura que justificadamente censura Mosco (104)(880).

¿En qué forme debe exteriorizar su voluntad la parte interesada?

A diferencia de la legislación italiana exige nuestro derecho "forma fehaciente", que haga fe en juicio; no impone fórmula sacramental, debiendo la voluntad manifestarse con claridad, sin ambigüedades.

La parte a quien se hizo conocer la opción de resolver el contrato, ¿podrá impugnarla?

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

A igual que en la cláusula resolutoria tácita, la otra parte dispone del derecho de oposición judicial contra la eficacia de ese acto cuando le asistan razones para ello.

No obstante haberse estipulado el pacto comisorio, ¿podría el interesado usar del procedimiento previsto para la cláusula resolutoria implícita?

La respuesta afirmativa se impone, desde que se halla en sus manos renunciar al pacto comisorio expreso.

Este es el procedimiento para obtener la resolución del contrato que lleva la *lex commissoria*, aunque la formulación legal es defectuosa al expresar que "en este supuesto la resolución se producirá de pleno derecho", por lo cual el interesado ya no podría pedir el cumplimiento. Luego añade que la resolución "surtirá efectos desde que la parte interesada comunique a la incumplidora su voluntad de resolver", lo que importa una incongruencia: el contrato estaría resuelto de pleno derecho por el incumplimiento, pero sin efectos de tal, lo que es absurdo.

Ello contrasta con la claridad del texto italiano: "En este caso la resolución se produce de derecho cuando la parte interesada declare a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria" (art. 1456, 2ª parte, Cód. Civil).

VI. RESOLUCIÓN JUDICIAL

Amén la resolución del contrato incumplido por "autoridad del acreedor" también puede lograrse mediante sentencia judicial, cuando la parte no quiere usar aquélla o le resulte inconveniente; lo último puede ocurrir en el supuesto de que ante la falta de pacto comisorio expreso no tenga interés en la prestación tardía o si se tratare de un contrato complejo donde no es fácil determinar el incumplidor o la entidad cualitativa o cuantitativa de la inejecución.

El art. 1204 Cód. Civil, difiriendo del Código Civil italiano, contempla deficientemente este problema, disponiendo su cuarto apartado: "La parte que haya cumplido podrá optar por exigir a la incumplidora la ejecución de sus obligaciones con daños y perjuicios. La resolución podrá pedirse aunque se hubiera demandado el cumplimiento del contrato; pero no podrá solicitarse el cumplimiento cuando se hubiese demandado la resolución".

Al respecto anotamos:

a) Que la resolución judicial debe plantearse concretamente, no pudiendo considerarse implícita al demandar los daños y perjuicios derivados del incumplimiento (105)(881).

b) Que se trata de una acción constitutiva tendiente a crear un estado jurídico: La extinción del vínculo que liga los contratantes.

c) Que la resolución judicial del contrato se opera por la sentencia definitiva, la cual tendrá efecto a la fecha de la promoción de la acción o de la excepción, cuando se usare esa vía (106)(882).

Subrayamos este aspecto, porque en un interesante estudio reciente se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sostiene que la resolución no obra ope iudicis sino por la demanda de resolución (107)(883), con buenos argumentos en base al derecho italiano vigente y sus antecedentes que no concuerdan exactamente con el nuestro.

d) Que como corolario, entablada la acción de resolución la parte incumplidora no puede satisfacer tardíamente su prestación (108)(884), como lo consagra la ley italiana: "Desde la fecha de la demanda de resolución, el incumplidor ya no podrá cumplir su obligación" (art. 1453, 3ª parte, Cód. Civil) (109)(885), aunque hay divergencias en la inteligencia del texto (110)(886).

No obstante que nuestro sistema legal guarda silencio (111)(887), así lo entendemos porque desde el instante que el cuasicontrato de la *littis - contestatio* ha producido sus efectos las partes no pueden dejarlo sin ejecución. Además, ello implicaría dar a la parte que no ha cumplido facultades absolutas en perjuicio de la contraria de buena fe (112)(888). Zavala Rodríguez confirma esta opinión: el contratante demandado - en el caso de acto comisorio implícito - por resolución, no puede durante la secuela del juicio ejecutar el contrato pagando daños y perjuicios (113)(889).

¿Es suficiente la "demanda" de resolución para privar a la otra parte del derecho de ejecutar el contrato?

Conforme nuestras normas procesales respondemos negativamente. No basta la presentación del escrito inicial, debiendo tal reclamo ser notificado a la contraparte.

e) Que el nuevo texto pone punto final a una vexata quaestio de nuestra doctrina sobre la posibilidad de cambio de la acción (114)(890).

Ante el silencio del viejo art. 216 Cód. Comercial, algunos autores sostenían que era procedente el *ius variandi* de la acción de resolución por la de cumplimiento o viceversa mientras no hubiera cosa juzgada, desistiendo de la primera (115)(891); para otros la mutación sólo correspondía antes de trabarse la *litis contestatio* (116)(892).

La tesis contraria también era defendida por voces no menos autorizadas, apoyándose en el art. 1375, inc. 3º, Cód. Civil: "Puede el acreedor a su arbitrio demandar la resolución de la venta o exigir el pago del precio. Si prefiriese este último expediente, no podrá en adelante demandar la resolución del contrato". También echaban mano del viejo adagio *electa una vía, non datur recursus ad alteram* (117)(893).

La solución actual no es dudosa, porque siguiendo las enseñanzas de Vivante la ley se pronuncia: "La resolución podrá pedirse aunque se hubiera demandado el cumplimiento del contrato, pero no podrá solicitarse el cumplimiento cuando se hubiera demandado por resolución".

La opción de la resolución cierra irrevocablemente la acción de cumplimiento - efecto preclusivo -, ya que el contratante pueda con razón dar otro destino a los bienes que tenía preparados para su prestación, ante la actitud asumida por la contraria, como dice la *Relazione del Codice Civile*: "Al demandarse por la resolución el contratante declara

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

implícitamente que ya no tiene interés en el contrato y el deudor no debe en lo sucesivo estar dispuesto a ejecutar la prestación". Además, se arguye que la solución opuesta podría prestarse a maniobras de la parte inocente en caso de modificación ulterior de los precios (118)(894).

Por el contrario, exigido el cumplimiento nada obsta para cambiar de vía, en especial, cuando condenado el incumplidor resiste la sentencia judicial, lo cual podría llevar a un callejón sin salida; además, el incumplimiento perdura post - sentencia (119)(895).

Esta razón justifica el ejercicio de la acción de cumplimiento y subsidiariamente - no conjuntamente por su incompatibilidad - la de resolución para el supuesto que aquélla no pudiera ejecutarse. La primera petición - dice Bolaffio - no contraría ni excluye la segunda; convergen ambas en el resultado idéntico; que los pactos sean observados y que el inobservante, constreñido al respeto del contrato, o a sufrir su disolución, sea condenado a reparar los efectos del propio culpable incumplimiento (120)(896).

Asimismo, si el incumplidor no acata la sentencia ordenando la ejecución puede usarse la vía extrajudicial para la resolución.

f) Que el plazo de prescripción de la acción de resolución es el ordinario del art. 4023 Cód. Civil, ya que carece de un término especial; vale decir, diez años desde la fecha en que debió ejecutarse el contrato.

VII. EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN

Concluyendo, nos referimos a los efectos de la resolución, cualquiera sea la vía usada para obtenerla; uno de los problemas más complejos, pues las soluciones distan de ser homogéneas y, por otra parte, la doctrina hace gala en ese ámbito de una incertidumbre raramente igualada, que se traduce, sea por la contradicción entre los autores, sea por la sobriedad significativa de algunos de ellos, en la exposición de esta parte de nuestro derecho (121)(897).

Como lo manifestamos, la ley no regula el tema en general sino referido a ciertos contratos: "en los que se hubiese cumplido parte de las prestaciones, las que se hayan cumplido quedarán firmes y producirán en cuanto a ellas los efectos correspondientes" (art. 1204, 1ª parte, in fine) (122)(898). Tampoco mira los efectos de la resolución frente a terceros, todo ello separándose de la legislación italiana (art. 1458).

En consecuencia, debemos discriminar los efectos de la resolución entre las partes y con respecto a los terceros; a su vez, entre las partes distinguimos la diversa situación en los contratos de ejecución instantánea y los de ejecución sucesiva.

a) Entre las partes, la resolución del contrato de ejecución instantánea por incumplimiento de una de ellas desata el nexo jurídico retroactivamente: *ut utorque resolutio emtione nihil amplius consequatur, quam non habeset si venditio ficta non esset* (123)(899). La situación es similar a la declaración de nulidad del contrato, aunque no hay ecuación

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

entre la resolución y la nulidad como reconoce la doctrina uniformemente (124)(900).

Las cosas retornan al estado anterior al contrato, por lo cual:

1°) Si ninguno de los contratantes cumplió sus prestaciones - hipótesis más simple - quedan liberados, pudiendo disponer de los bienes comprometidos a voluntad.

2°) Si una de las partes había satisfecho sus obligaciones - v. gr., entrega de la cosa, pago del precio, etc. - la otra deberá restituir lo recibido (arts. 543, 1420, 895 Cód. Civil) con las derivaciones inherentes respecto de los frutos percibidos medio tempore (125)(901).

3°) En el supuesto que ambos contratantes habían cumplido en alguna medida sus compromisos, como la restitución opera retroactivamente corresponde restablecer la situación anterior, para lo cual se reintegrarán las prestaciones mutuamente.

¿Cómo obra la retroactividad? ¿Tiene efecto obligatorio o real?

La doctrina germana, interpretando el art. 346 B. G. B, entiende que las partes sólo adquieren un derecho creditorio por el importe de las prestaciones, en tanto otros juristas defienden la retroactividad real, vale decir, la recuperación de la cosa transferida basándose en el antiguo título.

Ante la horfandad de nuestro sistema legal nos inclinamos por la retroactividad real, aplicando el art. 1052 Cód. Civil que manda a las partes "restituirse mutuamente lo que han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado". A ese efecto es necesario satisfacer las formalidades legales para que las cosas retornen al primitivo estado - v. gr., tradición, art. 577 Cód. Civil -.

Sin embargo, cuando hubiere imposibilidad de la reposición in natura - v. gr., por pérdida, consumo, transferencia a terceros, etc. - procede la restitución del equivalente en dinero, para lo cual hay que atender a su valor al tiempo de la resolución.

Conexo al tema se controvierte si el vendedor debe restituir el precio por el valor nominal, problema de importancia en épocas de inflación.

A nuestro juicio se impone la respuesta afirmativa porque se trata de una obligación dineraria y no de valor, pero como el incumplidor debe satisfacer los daños y perjuicios - según veremos -, allí podrá lograr reparación por la devaluación acreditando los extremos legales.

En los contratos de ejecución continuada o sucesiva los efectos de la resolución entre partes - mejor dicho, rescisión - carece de efectos retroactivos desde que no se extiende a las prestaciones ya cumplidas. Como señaló la Relazione del Codice Civile, en dichos contratos las prestaciones singulares tienen carácter autónomo. La autonomía se entiende en el sentido de que de tales contratos nacen cantidades de prestación y atribución que en sí están en relación económica de equivalencia, pudiendo económica y jurídicamente separarse de las prestaciones precedentes y sucesivas, sin perjuicio de la finalidad del contrato. Esto se expresa también afirmando que están en relación de causalidad recíproca, esto es, constituyen cada una la equivalente de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

otra (126)(902).

Así lo expresa el art. 1204, 1ª parte, in fine: "Mas, en los contratos en que se hubiese cumplido parte de las prestaciones, las que se hayan cumplido quedarán firmes y producirán, en cuanto a ellas, los efectos correspondientes", precepto similar al art. 1458 Cód. Civil italiano (127)(903).

Como lo reiteramos, dicho texto alude a los contratos de tracto sucesivo, donde resulta imposible o inútil el efecto retroactivo de la resolución - v. gr., contrato de suministro, de locación de cosas, de locación de servicios, etc.-. La resolución no opera ex - tunc sino ex - nunc porque, como se ha dicho, no cabe pasar la esponja sobre lo que se ha gozado, sobre lo que se ha trabajado, etc. (arts. 1519, 1520, 1524, 1563, 1566, etcétera, Código Civil).

También corresponde igual solución en aquellos contratos que por su naturaleza o estipulación expresa pueden ser divisibles; esto es, de cumplimiento parcial sin que se perjudique la finalidad del contrato.

Además de la resolución o rescisión del nexo jurídico según se trate de contratos de ejecución instantánea o sucesiva - que acabamos de contemplar -, la parte incumplidora debe soportar los daños y perjuicios emergentes de su conducta, que corresponden en todas las formas de resolución no obstante que la ley omite referirse a ellos en el caso de estipulación de la lex commissoria atento la ratio legis.

Este problema sugiere algunas reflexiones:

1º) Que la indemnización comprenderá el equivalente del sacrificio derivado de la desaparición del contrato, no el equivalente de la prestación fracasada; la utilidad del contrato no se agota totalmente en la prestación, pudiendo consistir en las utilidades consiguientes. Podría decirse en otra terminología que el resarcimiento del daño incluye no solamente el llamado daño contractual negativo sino además el daño contractual positivo (128)(904).

2º) Que la acción por daños y perjuicios se promoverá después de la resolución del contrato o en subsidio cuando se impetre aquélla por vía judicial. Mientras no haya resolución resulta improcedente esta pretensión.

3º) Que los daños y perjuicios ocasionados se fijarán a la fecha de la resolución (129)(905), aunque se ha sostenido debe atenderse al momento del incumplimiento, porque no deben recaer sobre el acreedor las consecuencias de su tolerancia y de los esfuerzos fallidos para que el deudor cumpla (130)(906).

4º) Que el monto de los daños y perjuicios deberán acreditarse en juicio (131)(907).

Sin embargo, cuando hay una cláusula penal u otra estipulación sobre los daños y perjuicios hay que estar a éstas (132)(908), a pesar que Barassi disiente con esta postura desde que el contrato se extinguió (133)(909).

5º) Que cuando la parte cumplidora no pueda demandar la resolución

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

por la imposibilidad de restituir la cosa en el estado que la recibió, creemos tendrá derecho para demandar los daños y perjuicios del incumplimiento como lo consagra el art. 80 de la Convención de La Haya sobre venta de bienes muebles corporales.

b) La ley no reglamenta expresamente los efectos de la resolución frente a terceros, cuestión de innegable trascendencia, abandonando el criterio del legislador italiano (art. 1458, 2ª parte) que establece: "La resolución aunque se hubiere pactado expresamente, no perjudica los derechos adquiridos por los terceros, salvo los efectos de la transcripción de la demanda de resolución" (134)(910).

¿Cuál es la situación en nuestro derecho?

No hay uniformidad de opiniones, ya que algunos sostienen por imperio del art. 1371 Cód. Civil y los correlativos 2670 y 2671 hay que distinguir entre cosas muebles e inmuebles. En las cosas muebles la revocación del dominio es inoperante contra terceros adquirentes de buena fe (art. 2412 Cód. Civil), pero en los inmuebles la revocación tiene efecto retroactivo, por lo cual el antiguo propietario está autorizado a tomarlo libre de todas las cargas, servidumbres o hipotecas con que los hubiera gravado el propietario desposeído o el tercer poseedor (art. 2670 Cód. Civil), jugando el viejo adagio *resolutio jure dantur, resolvitur jus accipientis* (135)(911).

En cambio, para Siburú el efecto retroactivo no afecta sino el derecho de las partes contratantes, no al derecho de los terceros, como ocurre en el derecho francés (136)(912), posición que comparte Segovia recurriendo a los principios de la nulidad (137)(913), a igual que Neppi quien afirma: según la ley argentina la resolución judicial del contrato no puede perjudicar los derechos de los terceros sub - adquirentes de una de las partes (art. 1065, 2ª parte, Cód. Civil) (138)(914).

Nos inclinamos por la última solución en base a los principios de la nulidad, cuyo nuevo art. 1051 Cód. Civil en aras de la seguridad jurídica y tutelando los adquirentes de buena fe y a título oneroso declara: "Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble que ha llegado a ser propietario en virtud del acto anulado, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual, salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso, sea el acto nulo o anulable" (139)(915).

Esta solución armoniza con el espíritu de la revisión del Código Civil, que en la materia ha puesto énfasis como se lee en la Exposición de Motivos: "Uno de los aspectos más importantes de la reforma proyectada es la protección de los terceros titulares de derechos adquiridos de buena fe y a título oneroso, frente a los vicios no manifiestos que pudieran tener los antecedentes de tales relaciones".