

T E S I S

E L P A C T O C O M I S O R I O

Precedido por un estudio sobre la rescisión y resolución
de los contratos

JUAN MARIA FARINA

La responsabilidad por las doctrinas jurídicas sostenidas en esta tesis corresponde exclusivamente a su autor.

T E S I S

E L P A C T O C O M I S O R I O

Precedido por un estudio sobre la rescisión y resolución
de los contratos

JUAN MARIA FARINA

I N D I C E

I

INTRODUCCION

| | | | |
|---|----------------------------|------|---|
| 1 | - A manera de prólogo..... | pág. | 1 |
| 2 | - Plan de estudio ... | " | 2 |
| 3 | - Ex nunc y ex tunc ... | " | 3 |

II

RESCISION

| | | | |
|----|---|---|----|
| 4 | - Definición | " | 6 |
| 5 | - Generalidades | " | 6 |
| 6 | - Cómo puede producirse la rescisión (mutuo disenso) | " | 6 |
| 7 | - Mutuo disenso: definición, concepto y caracterización jurídica | " | 7 |
| 8 | - Forma de manifestarse la rescisión | " | 8 |
| 9 | - Caso en que la sentencia rechaza la demanda y la reconvencción por resolución | " | 9 |
| 10 | - Consecuencias de la rescisión unilateral | " | 13 |
| 11 | - Casos en que procede la rescisión unilateral.. | " | 13 |
| 12 | - Casos especiales de rescisión unilateral | " | 14 |
| 13 | - Diferencia entre rescisión unilateral y otras figuras | " | 16 |
| | a) con la anulabilidad y la nulidad | " | 17 |
| | b) con la resolución | " | 19 |
| | c) con el pacto comisorio | " | 19 |
| 14 | - Efectos de la rescisión | " | 20 |

III

RESOLUCION

| | | | |
|----|--|---|----|
| 15 | - Concepto | " | 22 |
| 16 | - Diferencia entre la resolución y otras figuras | " | 22 |
| 17 | - Caracteres de la resolución | " | 23 |
| 18 | - Condición resolutoria | " | 24 |
| 19 | - Producción a los efectos de la condición resolutoria | " | 25 |
| 20 | - Pérdida de la cosa pendiente la condición | " | 25 |
| | a) Pérdida parcial | " | 26 |
| | b) Pérdida por culpa del acreedor condicional. | " | 27 |
| | c) Deterioro culpable | " | 27 |
| 21 | - Pacto de retroventa | " | 27 |

IV

PACTO COMISORIO

| | | | |
|----|--|---|----|
| 22 | - Concepto | " | 29 |
| 23 | - Antecedentes históricos | " | 29 |
| 24 | - Definición | " | 30 |
| 25 | - Caracterización jurídica | " | 30 |
| 26 | - Diferencias con la condición resolutoria | " | 31 |
| 27 | - Pacto comisorio y acción redhibitoria | " | 32 |
| 28 | - Pacto comisorio y nulidad | " | 33 |
| 29 | - Pacto comisorio y reivindicación | " | 33 |
| 30 | - Pacto comisorio expreso y pacto comisorio tácito | " | 34 |
| 31 | - Prescripción de la acción resolutoria | " | 35 |

V

PACTO COMISORIO EXPRESO

| | | |
|--|------|----|
| 32 - Concepto | pág. | 36 |
| 33 - Importancia | " | 36 |
| 34 - Forma de estipularse | " | 36 |
| 35 - Modos de estipularse | " | 37 |
| 36 - Compraventa de muebles | " | 38 |
| 37 - Los efectos del pacto comisorio expreso, según la forma de estipularse | " | 38 |
| 38 - a) Las partes se limitan a establecer que en caso de incumplimiento se podrá demandar la resolución del contrato | " | 39 |
| 39 - b) Cláusula que establece que en caso de incumplimiento, el contrato será resuelto | " | 41 |
| 40 - c) Cláusula por la cual el contrato será resuelto de pleno derecho, si una de las partes no cumple con sus obligaciones | " | 41 |
| 41 - 1° El acreedor debe hacer una manifestación de voluntad | " | 42 |
| 42 - 2° Puede el deudor detener la resolución cumpliendo ? | " | 43 |
| 43 - 3° Cómo debe enunciarse esta cláusula | " | 43 |
| 44 - d) Cláusula por la cual se estipula que la resolución tendrá lugar de pleno derecho, sin necesidad de colocar en mora o sin requerimiento previo..... | " | 44 |
| 45 - El pacto comisorio tácito y el pacto comisorio expreso | " | 46 |
| 46 - El pacto comisorio expreso en el contrato de compraventa civil | " | 47 |

VI

PACTO COMISORIO TACITO

| | | |
|--|---|----|
| 47 - Concepto | " | 51 |
| 48 - Antecedentes históricos | " | 51 |
| 49 - Fundamento del pacto comisorio tácito | " | 52 |
| 50 - El pacto comisorio tácito en el código civil argentino | " | 54 |
| 51 - Crítica al artículo 1204 del código civil | " | 55 |
| 52 - Alcance del artículo 1204 | " | 56 |
| 53 - El pacto comisorio tácito en el Código de Comercio | " | 57 |
| 54 - Diferencia entre el pacto comisorio tácito y la condición resolutoria | " | 59 |
| 55 - Diferencias entre rescisión y pacto comisorio tácito | " | 60 |
| 56 - La señal o arras.- La cláusula "como seña y a cuenta de precio" | " | 61 |
| 57 - La señal o arras en el Código de Comercio | " | 64 |
| 58 - Resolución por autoridad del acreedor : Intimación a cumplir | " | 65 |
| 59 - Resolución por excesiva onerosidad sobreviniente: cláusula "Rebus sic Stantibus" | " | 66 |

VII

CONDICIONES DE EJERCICIO DEL PACTO COMISORIO TACITO

| | | | |
|------|---|------|----|
| 60 - | Noción | pág. | 68 |
| 61 - | Cuándo existe incumplimiento | " | 68 |
| 62 - | Solución en el Código Civil Argentino | " | 69 |
| 63 - | Mora del deudor | " | 69 |
| 64 - | Inejecución parcial | " | 70 |
| 65 - | Inejecución por caso fortuito o fuerza mayor | " | 72 |
| 66 - | Incumplimiento por culpa del acreedor | " | 75 |
| 67 - | Culpa de ambas partes | " | 75 |
| 68 - | Imposibilidad temporaria | " | 75 |
| 69 - | Imposibilidad sobreviviente en el contrato que constituye un derecho real sobre una cosa ajena... | " | 76 |
| 70 - | Imposibilidad sobreviniente en los contratos que tienen por objeto una cosa designada por su género | " | 76 |
| 71 - | La imposibilidad en los contratos plurilaterales.. | " | 77 |
| 72 - | El pacto comisorio tácito en los contratos unilaterales | " | 77 |
| 73 - | Contratos aleatorios | " | 79 |
| 74 - | Claúsula principal y cláusula accesoria | " | 79 |
| 75 - | Obstáculo a la resolución | " | 80 |

VIII

COMO OPERA EL PACTO COMISORIO TACITO

| | | | |
|------|--|---|----|
| 76 - | Derecho de opción | " | 81 |
| 77 - | Necesidad de demandar judicialmente | " | 82 |
| 78 - | Críticas a esta solución | " | 83 |
| 79 - | Juez competente | " | 85 |
| 80 - | Excepción a la regla que impone demandar judicialmente la resolución | " | 85 |
| 81 - | Es necesario colocar previamente en mora al deudor | " | 86 |
| 82 - | Indivisibilidad de la acción de resolución | " | 86 |
| 83 - | La acción de resolución es personal | " | 86 |
| 84 - | Puede el deudor ejecutar su obligación hasta que la resolución sea pronunciada ? | " | 87 |
| 85 - | El acreedor puede renunciar al derecho de exigir la resolución | " | 88 |
| 86 - | El acreedor que opta por un derecho, renuncia al ejercicio del otro ? | " | 89 |
| 87 - | Daños y perjuicios | " | 92 |

IX

EL PACTO COMISORIO TACITO EN LOS DISTINTOS CONTRATOS

| | | |
|-------|---|---------|
| 88 - | Concepto general | pág. 93 |
| 89 - | <u>Contrato de compraventa</u> | " 93 |
| 90 - | Compraventa de muebles | " 93 |
| 91 - | Compraventa de inmuebles | " 94 |
| 92 - | Incumplimiento del vendedor | " 96 |
| 93 - | Incumplimiento del comprador | " 96 |
| 94 - | La resolución de los boletos de compraventa de inmuebles | " 97 |
| | a) Aplicación de las normas sobre las obligaciones de hacer | " 99 |
| | b) Aplicación de las reglas referentes al contrato de compraventa | " 101 |
| | c) El camino que consideramos acertado | " 102 |
| 95 - | Requisitos para demandar la resolución del boleto.. | " 104 |
| 96 - | Compraventa de inmuebles en mensualidades | " 105 |
| 97 - | Ley 14.005 | " 106 |
| 98 - | La Ley 14.005 es de orden público' | " 109 |
| 99 - | Compraventa comercial | " 109 |
| 100 - | Venta judicial | " 109 |
| 101 - | <u>Contrato de permuta</u> | " 110 |

X

EL PACTO COMISORIO TACITO EN LOS DISTINTOS CONTRATOS

(Continuación)

| | | |
|-------|--|-------|
| 102 - | <u>Contrato de locación</u> | " 111 |
| 103 - | Locación de cosas | " 111 |
| 104 - | Resolución pedida por el locatario | " 112 |
| 105 - | Casos en que la resolución puede ser solicitada por el locador | " 114 |
| 106 - | Locación de servicios | " 118 |
| 107 - | Locación de obra | " 119 |
| | a) Obligación de realizar los trabajos con actividad conveniente | " 119 |
| | b) Retardo en el comienzo de la obra | " 122 |
| | c) Incumplimiento por parte del locatario | " 122 |
| 108 - | Contrato de obra pública | " 123 |
| 109 - | <u>Contrato de edición</u> | " 124 |
| 110 - | <u>Contrato de sociedad</u> | " 125 |
| | a) Sociedades civiles | " 125 |
| | b) Sociedades comerciales | " 126 |
| 111 - | <u>Renta vitalicia</u> | " 127 |
| 112 - | CONCLUSION | " 130 |

INDICE BIBLIOGRAFICO

- AUBRY C. et RAU, C. - "Cours de droit civil français"
- BAUDRY - LACANTINERIE, G. et BARDE, L. - "Dez Obligations"
- BIBILONI - "Anteproyecto de Reformas al Código Civil Argentino"
- BUSSO, E.B. - "Código Civil Anotado" t.3.
- CAPITANT, H. - "Cause"
- COLIN, A. et CAPITANT, H. - "Curso elemental de derecho civil"
Trad.esp.Madrid 1925, t.IV.
- COLOMBO, L. - "La rescisión de los boletos de compraventa de inmuebles...", en La Ley, t. 38, pág.95.
- DEMOGUE, R. - "Traité del Obligations en général" t.2.
- DEMOLOMBE, G. - "Cours de Code Napoléon" 4a. ed. t. XXV.
- GARO, F. - "Tratado de las compraventas mercantiles" t.1
- LAFAILLE, H. - "Curso de Contratos" t.II
- LAFAILLE, H. - "Curso de Obligaciones" t.II
- LAFAILLE, H. - "Curso de Derechos Reales" t.I
- LAURENT, F. - "Principes de droit civil francais" 5a.ed. t.17 y 18.-
- LLERENA, B. - "Concordancias y Comentarios del Código Civil Argentino" t.5
- MACHADO, J.O. - "Exposición y comentario del Código Civil Argentino"t.4
- MALAGARRIGA, G.- "Tratado Elemental de Derecho Comercial", t.II
- MASSE, M.G. - "Droit Comercial" t.III
- MESSINEO, F.- "Doctrina General del Contrato" trad.esp.de Fontanarrosa, Sentis Melendo y Volterra.
- NEPPI, V. - "Adiciones" a la obra de F. Messineo "Doctrina General del Contrato" trad. esp. de Fontanarrosa, Sentís Melendo y Volterra.-
- PLANIOL, M.- "Traité élémentaire de droit civil" t.II
- PLANIOL, M. y RIPERT, G. - "Traité pratique de droit civil Français!"
ed. 1930 t.VI
- POTHIER - "Vente"

POTHIER - "Des Obligations"
REZZONICO, L.M. - "Estudio de los Contratos" - Compraventa.-
SALVAT, R. - "Derechos Reales", 4a. ed. t.II
SALVAT, R. - "Fuentes de las Obligaciones" ed.1950-54 t.I y III
SALVAT, R. - "Obligaciones en General"
SEGOVIA, L. - "Explicación y crítica del nuevo Código de Comercio
de la República Argentina" t.I.
SIBURU, J.B. - "Comentario del Código de Comercio Argentino" tomo 4.
SPOTA, A.C. - "Tratado de Locación de Obra" 2a. ed.-

I N T R O D U C C I O N

1 - Es imperativo de la Justicia defender la moral y las buenas costumbres, salvaguardando la buena fe que debe presidir los actos de los hombres y fugando toda torpeza y toda acción que tienda a desequilibrar las relaciones humanas.-

El pacto comisorio, aparece en el régimen de los contratos, como institución destinada a defender al contratante de buena fe, cuando la otra parte no cumple las obligaciones a su cargo, o se sabe que cumplirá tarde y mal, en cuyo caso el perjuicio será mayor.-

La ley procura evitar, a quien contrata para cumplir, los perjuicios derivados de esta conducta irregular de la otra parte, dándole el medio: el PACTO COMISORIO.-

Institución propia del derecho privado, tiene enorme repercusión en la vida social, pues afianza y facilita las // transacciones, evita la proliferación de pleitos y permite poner fin en forma práctica a las cuestiones derivadas del incumplimiento de los contratos.-

Dentro de nuestro derecho positivo, el estudio del pacto comisorio, y en especial del pacto comisorio tácito, reviste gran importancia, ante la disposición terminante del artículo 1204 del código civil, por el cual pareciera que no cabe en nuestro ordenamiento civil el pacto resolutorio tácito.- Ello ha motivado una elaboración lenta pero firme de nuestra jurisprudencia y de nuestra doctrina, que ha llegado a hacer triunfar sobre la intención aparente de la letra de la ley, los principios fundamentales de equidad y buena fe, pilares de nuestro régimen jurídico.-

Basada en estos mismos principios, la Jurisprudencia del país, ha llegado, en dirección inversa, a desconocer la vali-

dez de los pactos comisorios expresos, no obstante la clara disposición del artículo 1197, cuando puedan vulnerar los principios referentes al orden público, a la moral y a las buenas costumbres.-

Podríamos asegurar que el pacto comisorio, como un guardián del contratante de buena fe, se halla presente en todos los contratos del derecho privado.- Esta defensa basada en la equidad, hace que lleve al individuo la seguridad de su derecho, pudiendo liberarse de una convención a la que está atado y de la que no puede ya esperar mas que perjuicios.- Otorga al hombre la facultad de elegir entre la resolución o la compulsión, de modo que en el juego de las relaciones privadas, el que ha actuado de buena fe, tiene libertad de elección en la mejor defensa de sus intereses.-

El hombre es el sujeto y el destinatario / del Derecho.- Por eso, en las instituciones del Derecho Privado se halla el germen del ordenamiento jurídico total y el Derecho Público debe tener como misión, desenvolver y ordenar las instituciones que permitan y aseguren al / individuo el normal desenvolvimiento de sus relaciones privadas.-

El pacto comisorio, al facilitar el desarrollo de las convenciones, tiene repercusión social, pues se basa precisamente en la libertad del hombre desenvuelta dentro de los principios rectores de moral, buenas costumbres y buena fe.-

2 - PLAN DE ESTUDIO - El estudio del pacto comisorio, requiere el análisis / previo de dos cuestiones fundamentales a este respecto: la rescisión y la / resolución de los contratos.-

Comúnmente se confunden dos términos que /

tienen sin embargo distinto significado: resolución y rescisión.- Corresponde distinguir ambas cuestiones, dando sus caracteres propios y diferenciales, para entrar luego al estudio del pacto comisorio, ya que éste constituye uno de los medios que puede motivar la resolución de los contratos.-

Atento a lo expuesto, he seguido en esta / obra el siguiente plan: RESCISION, RESOLUCION y PACTO COMISORIO.-

Entiendo de este modo llegar a la caracterización precisa de cada instituto, estudiando con particular detenimiento, el problema central de este trabajo: el PACTO COMISORIO.-

3 - Ex nunc y ex tunc - Constituye problema de importancia, íntimamente vinculado al estudio del pacto comisorio, el referente a los distintos efectos de la rescisión y de la resolución.- Esto nos lleva a la consideración previa de dos locuciones latinas clásicas, - Ex nunc y ex tunc - a fin de poder formar luego una idea concreta de las consecuencias derivadas de una y otra.-

EX NUNC: es una expresión latina que significa: desde ahora, de hoy más, de hoy en adelante, desde este día.- En derecho se emplea esta locución para / referirse a los efectos de la disolución de los contratos y de la revocación del dominio.-

EX TUNC: significa en latín: desde entonces.- En derecho se emplea esta locución cuando la revocación del dominio o la disolución del contrato produce / efecto retroactivo; empleándose la locución ex nunc, cuando dicho efecto no es retroactivo.-

En la disolución de los contratos, la reso

lución produce sus efectos ex tunc.- La rescisión en cambio, los produce ex nunc.-

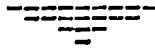
En materia inmobiliaria, la revocación ex tunc entraña, en virtud de la máxima "resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis", la resolución de todos los derechos reales constituidos por / aquél cuya propiedad le es revocada.- El anterior propietario a quien retorna el dominio está, en consecuencia, autorizado a retomar su inmueble libre de todas las cargas, servidumbres e hipotecas con que lo había gravado el / propietario a quien se revocó el dominio.- Pero tiene que respetar los actos de administración de este último.-

La revocación ex tunc, como hemos dicho, actúa sobre el pasado, y, en consecuencia da lugar a la extinción de los derechos reales establecidos por aquél a quien se le revoca el dominio: pero la ley hace una distinción según se trate de cosas inmuebles o muebles.- En cuanto a los primeros, la ley hace una nueva distinción según sean actos de disposición o actos de administración (art.2670).- Con respecto a los actos de disposición hemos visto, que extinguido el derecho de propiedad, los derechos reales constituidos por el propietario a quien se le revoca el dominio, se extinguen.- En cuanto a los actos de administración, éstos deben / ser respetados.-

Referente a las cosas muebles, como la posesión vale título, la revocación no tiene efecto contra terceros, salvo el caso de mala fe de parte de éstos.- (art. 2671).-

La revocación ex nunc, es decir aquella que por excepción, se opera sin retroactividad con respecto a terceros, deja sub

sistente las enajenaciones efectuadas, así como las servidumbres e hipotecas que pueda haber constituido el propietario a que se le revoca el dominio.- Este caso está legislado en el art. 2672 del código civil.-



II

R E S C I S I O N

4 - Definición: La rescisión actúa como causa de extinción de los contratos, deshaciendo un vínculo contractual existente y válido.-

Rescindir. (del latín "rescindere" de "re" y "scindere" rasgar) significa en términos comunes, deshacer un contrato.-

5 - Generalidades: La rescisión presenta bajo este aspecto, alguna similitud con la resolución y también con la nulidad.- Por este motivo, en nuestro código civil, lo mismo que en la legislación extranjera, se utiliza a veces impropriamente la palabra rescisión en el sentido de resolución y también de nulidad.-

El código civil por ejemplo, en el art. // 1559 dice que el locador puede demandar la rescisión del arrendamiento, en lugar de decir resolución.-

Los arts. 858 a 861, 2022 y 3536 de dicho código, en cambio, emplean la palabra rescisión, en el concepto estricto de nulidad.-

Encontramos este error asimismo frecuentemente en la doctrina y en la jurisprudencia de nuestro país.- Se trata no obstante, de figuras jurídicas netamente diferenciales, conforme lo veremos a través del presente estudio.- Para ello analizaremos la rescisión, y luego la resolución, pues así se destacarán los caracteres que diferencian a ambas.-

6 - Cómo puede producirse la rescisión (Mutuo disenso): Para que proceda / la rescisión del contrato la ley exige, en principio el consentimiento de las partes: "Las partes pueden por mutuo consentimiento extinguir las obligaciones creadas por los contratos, y retirar los derechos reales que se /

hubiesen transferido" (art.1200, Ia.parte del C.Civil) - (1)

Nuestro Código utiliza la frase mutuo consentimiento aunque en doctrina se considera mas adecuada la expresión mutuus dissensus o contrarius consensus, aludiéndose en el primer caso al efecto que se provoca en el contrato; y en el segundo, al medio que se utiliza para eliminar los efectos ulteriores del mismo.- (2)

Se funda el mutuo disenso, en el principio de que lo que el contrato produce, el distracto puede dejar sin efecto, por la recíproca conveniencia de las partes debida a motivos sobrevinientes.-

7 - Mutuo Disenso: definición, concepto y caracterización jurídica: El mutuo disenso (3) constituye la retractación bilateral de un contrato, mediante un nuevo contrato, de contenido igual y contrario y celebrado entre las mismas partes, debiendo revestir para su validez, igual forma que la exigida para el contrato originario.- (4)

En principio, todos los contratos son susceptibles de mutuo disenso, incluso los contratos reales. (arts.1141 del cód.civil), siempre que en éstos se efectúe en el acto, la devolución del bien mueble que fué entregado para la constitución del contrato originario.-

(1) El art.1200 del c.civil considera sólo la rescisión por mutuo consentimiento.--

(2) F.Messíneo, "Doctrina General del Contrato", Trad.Esp.de Fontanarrosa, Sentís Melendo y Volterra, T.11 pág.333.- Según este autor, "mutuo consentimiento", es una expresión pleonástica o, de todos modos, imprecisa, porque mutuo consentimiento quiere significar en efecto, voluntad recíproca.--

(3) "Distracto", equivalente a la doble remisión del art.877 del C.Civil.

(4) Messíneo, ibid p.334.-

La rescisión por mutuo disenso, exige para su validez el consentimiento regido por las mismas reglas aplicables para / la formación del contrato, en lo referente a su manifestación, capacidad y vicios que pueden motivar la nulidad.-

Nuestro Código, a diferencia del derecho romano y otras legislaciones, no autoriza a las partes revocar el contrato, sino extinguir las obligaciones creadas por ellos, o retirar los derechos reales que se hubiesen transferido, respetando siempre los derechos adquiridos por terceros.- (5)

La rescisión por mutuo disenso no constituye una renuncia, diferenciándose así de la remisión de la deuda (6) y se produce sin necesidad de pronunciamiento judicial, por la sola voluntad de las / partes.-

8 - Forma de manifestarse la rescisión: La rescisión de los contratos por mutuo disenso, puede ser expresa o tácita.- Como la palabra lo indica, la rescisión es expresa, cuando así lo determinan las partes en forma fehaciente y por signos inequívocos.-

La rescisión se produce tácitamente, por ejemplo, cuando el comprador se niega a recibir la mercadería por mal estado y el vendedor procede posteriormente a retirarla.- Este comportamiento de ambas partes hace presumir que han consentido la rescisión del contrato. (7)

(5) R.Salvat, "Fuente de las Oblig." Ed.1950, t.Iº, pág.205.

(6) Barassi, "La Teoría, etc.", págs. 956/57.

(7) En contra Cám.Com.Cap.Fed. 31/5/50, La Ley t.59, pág.221: La expresión tácita de voluntad tiene únicamente eficacia jurídica cuando resulta de una presunción de la ley, en los casos en que expresamente lo disponga. (art.920)

Si ambas partes reclaman -dice un fallo- la resolución de un contrato de / compraventa, discrepando sólo en cuanto a la culpabilidad, la sentencia debe declararlo rescindido y analizar la responsabilidad en el incumplimiento.(8)

9 - Caso en que la sentencia rechaza la demanda y la reconvencción por resolución - En un fallo de la Cámara Civil Ia. de la Capital Federal, se ha resuelto este problema sentando que la demanda de resolución del boleto de compraventa y la reconvencción tendiente al mismo fin, en ejercicio del pacto comisorio, habiendo sido ambas desestimadas en un juicio anterior, importan un acuerdo de voluntad acerca de la rescisión, que surte los efectos del mutuo disenso previsto en el artículo 1200 del cód. civil.- Ello impide hacer valer en un nuevo juicio el mismo boleto, en procura de su cumplimiento.--(9)

Como hemos dicho, el código civil en el artículo 1200 contempla la rescisión de los contratos por mutuo o recíproco / consentimiento.- Este mutuo consentimiento de las partes puede ser expreso o tácito, conforme a lo preceptuado en el artículo 1145 del código citado y, por consiguiente, los hechos o actos que se invoquen por las partes para justificar ese mutuo consentimiento, quedan librados a la apreciación del Juez.-

En el juicio que motiva el fallo comentado, el comprador se había presentado en otro pleito anterior demandando a la vendedora por resolución del boleto, fundado en la imposibilidad de entregar la cosa dentro del término estipulado, más el pago de los daños y perjuicios su-

(8) Cám. Civil 2a. de la Cap. Fed.; La Ley 57-256; Cám. Civ. 2a. de la Cap. Fed.; La Ley t. 12, pág. 513; La Ley t. 43 pág. 495; La Ley t. 27, p. 229.-

(9) La Ley, t. 55 pág. 487, del voto del Dr. Barraquero.-

fridos.- La demandada respondió en aquel juicio solicitando el rechazo de la demanda y reconvino pidiendo la resolución del boleto por culpa del comprador.- La sentencia definitiva recaída en dichos autos, rechazó la demanda y la reconvención.-

El comprador entabla luego este nuevo pleito, -y esto es lo novedoso del caso- pidiendo ahora la escrituración, basado en el mismo boleto.- La cámara considera que en aquel otro juicio concurrió un mutuo consentimiento, pues ambas partes pidieron la disolución del boleto de compraventa.- Además, esa "coincidencia de voluntades" ha mediado no sólo con relación a la parte principal del objeto en litigio / -la rescisión- sino también sobre la finalidad o causa de la rescisión, desde que, en principio, las partes litigantes han imputado una culpa recíproca, que admitida o rechazada por la sentencia, cualquiera sea su naturaleza, no desvirtúa la esencia del recíproco consentimiento: la rescisión del boleto de compraventa.-

Se ha criticado esta conclusión, diciéndose que el código civil al establecer en el artículo 1200 la extinción de las obligaciones por mutuo consentimiento, no permite a los jueces declarar esa extinción con posterioridad a la sentencia absolutoria dictada en un juicio anterior, fundándose en las manifestaciones que hayan formulado durante su tramitación: Obtenida esa sentencia, quedan destruidos los efectos de la demanda.-

Pero el Tribunal basa el pronunciamiento / que nos ocupa, en el contrato judicial (10) El contrato judicial -definen Planiol y Ripert- es el celebrado en el curso de un pleito, por ante el /

(10) Se habla de contrato judicial, haciendo referencia a los acuerdos entre litigantes que se manifiestan delante del juez, por ej.: por las conclusiones concordantes sobre un punto determinado del debate o sobre la totalidad del mismo.- Conf. Demogue "Tratado" t.2, págs. 335 y 337.-

juez que lo certifica que puede, por ejemplo, referirse al reconocimiento de determinado hecho, el que quedaría prácticamente, separado de la discusión y de la misma sentencia.- (11)

Existiendo en un juicio anterior el acuerdo de voluntad acerca de la rescisión del contrato, cumple sólo interpretar si existe ese contrato judicial y en su caso, cuál es el alcance de sus efectos, que, a estar al régimen legal analizado, funciona con independencia del juicio terminado. (12)

Es indudable que las manifestaciones de voluntad entre los litigantes, deben ser recíprocas y de perfecta conformidad con el objeto esencial sobre el que concurre el consentimiento.--(art. 1144) del código civil.-

Si en el pleito, a la demanda de resolución deducida por el comprador, adhirió la vendedora al reconvenir, a su vez, la resolución del mismo contrato, resulta que hay una mutua voluntad de / dar por concluida la operación, sin que se desvirtúen las diferentes causas alegadas por las partes.- Existe así el consentimiento, necesario pa-

(11) Planiol y Ripert, "Tratado de Derecho Civil Francés", trad. Cruz, t.6, pág.152.- El contrato judicial en su carácter de acto voluntario, en cuanto a su forma exterior, es solemne, pues las manifestaciones de voluntad de las partes litigantes, deben contenerse necesariamente en los escritos judiciales o actas judiciales que guardarán la forma prescripta por el código procesal, civil, comercial o criminal: artículos 913, 916, 973, 975 y 977 del c.civil.-- Además debe reunir los elementos intrínsecos esenciales acerca de la capacidad de las partes litigantes, del objeto lícito y del consentimiento libre de vicios.- Conf. Demogue, op.cit. pág.355.-

(12) Voto del Dr. A. Barraquero in re "Falasco M.c/ Anchorena de Paz, E (suc.)" Cám. Civ. Ia. de C. Fed., La Ley t.55 pág.487 y sgtos.-

ra dar origen al contrato por el que se rescinde uno anterior.- (13)

Hallamos en el proceso dos partes: una // principal, que es la rescisión del boleto, sobre la cual no hay controversia; y una accesoria, que es sobre quien recae la culpa de dicha rescisión y sobre la cual discrepan las partes.--

Si la sentencia rechaza la demanda y la / reconvención, no puede restar la eficacia legal del consentimiento mu-/tuo sobre la "parte principal del objeto en litigio": la rescisión del contrato, desde que está amparada por la disposición del artículo 1200 del código civil.- De modo que una parte del objeto en litigio queda / resuelta por la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, y la o-tra queda reglada por el acuerdo judicial concertado por los litigantes.-

La sentencia absolutoria no alcanza a des-truir los hechos o actos jurídicos que las partes producen durante el / proceso, pues éstos no pueden tener sólo subsistencia durante el pleito.- El contrato judicial al fijar la extensión de sus efectos, no existe sino sobre el punto preciso que ha tenido por objeto y esta convención, compro-bada, es en adelante definitiva; no lo afectaría ni la perención de ins-tancia, porque a pesar de ello la convención quedaría en pie, cayendo solo en el caso de nulidad del juicio.- (14)

(13) Los escritos judiciales y los actos producidos en el procedimiento que contienen las manifestaciones de voluntad de los litigantes, son actos auténticos, que hacen plena fe y por consiguiente, cuando ocurre entre los litigantes un acuerdo sobre parte del objeto en litigio, queda separado de la discusión y de la misma sentencia, te-niendo en adelante su fuerza probatoria, cualquiera sea la senten-cia que se dicte.-

(14) Demogue, "Des Obligations" T.2, págs. 354, 366 y 368.-

10 - Consecuencias de la rescisión unilateral: Hemos visto que la rescisión debe efectuarse por el consentimiento de ambos contratantes.- Si / una de las partes declara rescindido el contrato en forma unilateral, su comportamiento equivale al incumplimiento y por ello la contraparte puede reclamar directamente el resarcimiento de los daños causados por esa declaración con la sola demostración de su arbitrariedad, sin necesidad de reclamar a su vez, resolución por culpa del co-contratante.- (15)

Aun cuando se haya establecido el pacto / comisorio en un contrato bilateral, ello no confiere al contratante que se siente víctima del incumplimiento del otro, la facultad discrecional de rescindirlo a su arbitrio: la parte perjudicada debe demandar judicialmente la resolución, pero nunca rescindirlo por sí.- (16)

11 - Casos en que procede la rescisión unilateral: El principio general de que es necesario el mutuo consentimiento para la rescisión de los contratos, admite excepciones en ciertos casos, en los que procede por voluntad de una sola de las partes.-

a) En la locación de obra, el contrato puede disolverse por la sola voluntad del locatario, o, en ciertos casos, de cualquiera de las partes: "El dueño de la obra puede desistir por su sola voluntad de la construcción de ella, aunque se haya empezado, indemnizando al constructor todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener por el contrato".-

(15) C.N. Com. (Sala B.) de la Cap.Fed., 5 - VIII - 53, La Ley 72-480.

(16) Si una parte reclama indemnización de daños y perjuicios derivados de la rescisión unilateral del contrato por la otra parte, y ésta al contestar la demanda acepta esta situación de derecho, aduciendo que el contrato estaba rescindido en perfecta forma, si el demandante demuestra que esa rescisión es arbitraria, debe obtener la justa compensación de los perjuicios sufridos.- (CN. Com. Sala B.L.L. 72-480)

(art. 1638 del c.civil).- A su vez el artículo 1639, si bien utiliza la palabra "resolverse" plantea un caso de rescisión por voluntad unilateral: "Cuando la obra fué ajustada por pieza o medida, sin designación del número de piezas, o de la medida total, el contrato puede / resolverse por una y otra parte, concluidas que sean las partes designadas, pagándose la parte concluída".-

b) El contrato de sociedad puede disolverse por voluntad de una sola de las partes, en los siguientes supuestos: "La sociedad, -dice el art. 1759 del c.civil,- puede disolverse oxigiéndolo alguno de los socios, si muere el administrador nombrado por el contrato, o el socio que pone su industria, o alguno de los socios que tuviese tal importancia personal, que su falta hiciera probable que la sociedad no pueda continuar con / buen éxito".-

El otro caso lo prevé el artículo 1767 / del c.civil: "La sociedad contraída por término ilimitado se concluye cuando lo exija cualquiera de los socios, y no quieran los otros continuar en la sociedad".-

c) El contrato de trabajo, lo mismo que la locación de servicios puede ser rescindido por una u otra parte en cualquier momento, pero con la obligación de indemnizar a la otra parte.-

d) El contrato de depósito civil sin tiempo determinado, puede ser rescindido por cualquiera de las partes en cualquier momento.- (Art. 2226 inc.I° del cód.civil).-

12 - Casos especiales de rescisión unilateral: La legislación extranjera se ocupa de dos casos especiales de rescisión, que constituyen para dichos ordenamientos legales, la rescisión por antonomasia: Resci -/

ción de contratos concluidos en estado de necesidad y de contratos en / que existe lesión.- (17)

La ley argentina no admite rescisión por / lesión en ningún caso.- (18) Se ocupa en cambio del estado de necesi- dad, habiéndoselo asimilado como vicio del consentimiento que hace anu- lable el contrato.-

El nuevo código civil italiano considera / que la lesión es susceptible de hacer rescindir el contrato cuando éste ha sido concluido en estado de peligro y en condiciones iníquas habiénd- dose celebrado para salvarse a sí mismo o salvar a otro del peligro ac- tual de un daño a la persona, siendo la obligación asumida, contraria a la equidad.- (19)

En nuestro derecho el código de comercio se ocupa del estado de necesidad en el artículo 1310 (caso de transac- ción sobre asistencia o salvamento), y los supuestos de arribada forzo- sa, (arts. 1274 a 1277 del código de comercio); arribada por naufragio (art.1921 del c.de comercio); depósito necesario (art.2227 del c.civil); depósito en hoteles (art.2227 del cód.civil).-

(17) Cód.Civil Francés; Cod.Civil Italiano, etc.--

(18) Véase nota del codificador al final del Cap.III, Tít.I.,Secc.II, Libro II del código civil.-

(19) Messineo, t.II,pág.290 dice: "consiste prácticamente en la obliga- ción de efectuar a otro una prestación (casi siempre pecuniaria) en compensación de la obra prestada (facere) en favor del obligado (o de otra persona) en peligro: prestación que es desproporcionada al valor de la contraprestación (ejemplo; cirujano que, un caso en que hubiera sido requerida con urgencia su intervención, la subor- dinara a la promesa de un honorario excesivo) El juez, aun pronun- ciando la rescisión, puede, en vista de las circunstancias, asignar a la otra parte, una compensación equitativa por la obra que ha // prestado".-

La lesión es causa de rescisión de contratos en varias legislaciones y tiene sus orígenes en el derecho romano.- La consagran el código civil francés, el alemán, el moderno código italiano, entre otros.-

Para el código italiano, la lesión consiste en la desproporción entre la prestación que ha ejecutado o prometido y la que debe recibir; esta desproporción depende del estado de necesidad en que se hallaba el obligado y que fué para él el motivo del contrato del que ha sacado ventaja la contraparte.- Es decir que se requiere un elemento objetivo (la lesión), un estado del sujeto lesionado y la ventaja obtenida concientemente por la contraparte en el momento de la conclusión del contrato.- (20)

El código civil alemán declara nulo en general el acto jurídico que afecta a las buenas costumbres y en particular cuando alguien, explotando la necesidad, la ligereza o inexperiencia de otro, obtiene para él o para un tercero, ventajas patrimoniales desproporcionadas al valor de la prestación que le entrega.-

El código francés, fiel a la tradición romanista, mantiene la lesión como susceptible de hacer rescindible una venta, cuando se trata de inmuebles y se conviene un precio inferior a los cinco doceavos de su valor. (art.1674).-

13 - Diferencia entre la rescisión unilateral y otras figuras: La rescisión unilateral no presenta problemas en los supuestos en que la ley admite la producción de sus efectos con la sola declaración de voluntad de una de las partes; pero las dificultades surgen en el caso de rescisión por lesión o por haberse concluido el contrato en estado de necesi-

(20) Messineo, T.II, pág.291.-

dad que admiten varios códigos extranjeros, ya que en estos supuestos es necesario accionar judicialmente para obtener la disolución del contrato.- Si bien este problema no se plantea en nuestro derecho positivo, cabe efectuar un análisis pues pueden un día ser incluidas estas figuras en // nuestra legislación, con los alcances que le reconocen las leyes mencionadas.-

a) Con la anulabilidad y la nulidad: El derecho francés, como hemos visto, admite la rescisión por lesión; pero el código Napoleón emplea a veces el término rescisión, como sinónimo de acción de nulidad y otras lo utiliza en su verdadera acepción.- La doctrina se ha visto abocada a la necesidad de distinguir la nulidad de la rescisión, considerando este último término en su exacto sentido.- (21)

Con la anulabilidad, la rescisión presenta un rasgo común: en ambos casos se requiere la acción del interesado; / pero la rescisión no actúa para subsanar un vicio de la voluntad de una parte (violencia), a pesar de que el peligro o la necesidad hayan actuado como motivo determinante.- La lesión no es un vicio de la voluntad, porque no está vinculada a ella sino a la desproporción entre las prestaciones. (22).-

(21) Dice Laurent, t.XVIII, pág.535, que en el código la acción de rescisión tiene dos significados: en general, es sinónimo de acción de nulidad cuando se dirige la acción demandando la anulación por una causa cualquiera, excepto la lesión.- En un sentimiento restringido, se emplea para designar exclusivamente la acción fundada en la lesión.-

(22) "El estado psíquico del contratante -dice Messineo, t.II, pág.305, comentando el cód.civil italiano actual- es uno de los coeficientes que han de tomarse en consideración; pero hay que recordar también que no es el único, ya que en un caso (estado de necesidad), es preciso la iniquidad de las condiciones de contratación y en el otro, (lesión) la desproporción entre las prestaciones, o sea, en ambos, un peculiar elemento objetivo que separe la rescisión del grupo de las acciones por vicio de la voluntad".-

Podemos decir que la acción de rescisión difiere de la acción de nulidad bajo dos aspectos; en lo que concierne a la prueba a rendir por el actor; y en lo que concierne a los derechos del demandado.-

Todo actor debe probar el fundamento de su demanda.- Sobre qué se funda la acción de nulidad? El actor sostiene que el acto es nulo porque no reúne todas las condiciones necesarias para su validez.- Debe entonces probar que una condición, prescripta bajo pena de nulidad, falta.- Cuando ha acreditado este extremo, el Juez debe anular el acto.- El actor no debe probar que la nulidad le causa una lesión cualquiera; el acto no puede subsistir, porque la ley no lo permite, y no puede reconocer efectos a un acto que viola sus disposiciones.-

En la rescisión por lesión en cambio, la lesión, el perjuicio, es el fundamento de la demanda; por tanto el actor debe probar que ha sido lesionado.-

Hay una segunda diferencia entre la acción de nulidad y la de rescisión por causa de lesión.- Cuando el lesionado pide la rescisión por haber sufrido un perjuicio, el adquirente puede detener el curso de la acción ofreciendo al actor el suplemento para llegar al justo precio.- (artículos 891 y 1681 del c.civil francés.) (23)

Además la nulidad actúa ope legis y puede oponerse por vía de excepción, en tanto que la rescisión debe ejercitarse por vía de acción.- (24)

(23) Laurent, op.cit., t.XVIII, pág.535.-

(24) Messineo, t.II, pág.304.-

Las diferencias que existen entre la acción de nulidad y la acción de rescisión por causa de lesión, tienen consecuencias prácticas: No se puede en la apelación convertir una demanda de nulidad en una de rescisión ni viceversa, porque sería una demanda nueva.-

Otra consecuencia: Si se demanda la nulidad de un contrato fundado en vicio de consentimiento, (error, violencia, dolo) y se pierde el juicio, puede intentarse una acción por causa de lesión? Laurent entiende que sí, por cuanto la causa de la segunda demanda no es la misma y no se puede hablar de cosa juzgada.- (25)

b) Con la resolución: La resolución actúa al producirse la condición que las partes, expresa o tacitamente, convinieren al celebrar el contrato, de modo que la vida del mismo estaba sujeto desde un comienzo al cumplimiento o no, del hecho previsto, ajeno a la voluntad de los contratantes.-

c) Con el pacto comisorio: Con respecto al pacto comisorio, éste constituye un medio otorgado al contratante de buena fe, contra el contratante que no cumple con su obligación.-

La rescisión unilateral por lesión procede en cambio -en las legislaciones que la admiten- como remedio autónomo/ al perjuicio sufrido por una de las partes, debido al desequilibrio entre las prestaciones.- (26)

(25) Laurent, op. cit., t. XVIII, pág. 536.

"Como ocurre respecto de la nulidad -dice Messineo, t. II, pág. 304- así también respecto de la anulabilidad, la rescisión se distingue por la diversidad de los efectos frente a los terceros".- Conforme Barassi, "Teoría della ratifica del contrato, etc.," Milán 1898, págs. 174 y sgtes.-

(26) Messineo, T. II, pág. 305.-

14 - Efectos de la rescisión: En todos los casos la extinción de las obligaciones y el retiro de los derechos reales que el contrato rescindido había hecho nacer, no actúan retroactivamente sino solo para el futuro.- (Ex - nunc) (27)

Como resultado, tratándose de un contrato de ejecución continuada o periódica, la rescisión no perjudica lo que ha sido ejecutado.-

Por otra parte, los derechos del tercero subadquirente, adquiridos antes, quedan inalterados; los efectos del contrato ya realizados entre las partes (y, por lo tanto, el derecho de / disposición del causante del tercero) no son afectados por la rescisión.- (28).-

Cuando la rescisión del contrato de compraventa es la consecuencia del mutuo consentimiento de las partes, para que pueda "generar" una acción por daños y perjuicios, es menester que / se haya dejado expresa constancia de tal reserva.- (29). No habiendo ocurrido así, la pretensión de cualesquiera de las partes debe rechazarse.-

La acción por daños y perjuicios provenientes de la rescisión de un contrato de compraventa comercial, prescribe a los cuatro años.- (30)

El vendedor debe restituir la suma recibida a cuenta de precio si la operación se rescinde por culpa de ambas /

(27) La resolución en cambio, actúa retroactivamente. (Ex - tunc)

(28) Messineo, t. II, pág. 305.- Debemos aclarar que para este autor el mutuo disenso es un caso de resolución, en tanto que nosotros consideramos que constituye la rescisión por esencia.-

(29) Garo, "Tratado de las compraventas mercantiles". T. I, págs. 477 y 478.

(30) CN. Com. Sala A. de Cap. Fed., La Ley, t. 63, pág. 164.-

partes, pero sin intereses.- Estos últimos deben ser abonados cuando /
se rescinde exclusivamente por culpa suya.- (31)

Si se trata de la rescisión de la venta
de un inmueble, el comprador que hubiera entrado en posesión del mismo,
debe restituirlo desocupado al vendedor.- (32)

(31) Cám.Com.Cap.Fed. 3/3/50, La Ley, t.59,pág.793.-

(32) Cám.Paz Letrada de Cap.Fed., La Ley, t.58,pág.473.-

III

R E S O L U C I O N

15 - Concepto: Resolución, del latín "resolvere", de "re" y "solvere": soltar, desatar; es la extinción de un contrato en virtud de una estipulación expresa o implícita contenida en el mismo: la condición resolutoria. (arts.528 y 553 del código civil); el pacto comisorio, (art.1201 // del código civil y art.216 del cód. de comercio); el pacto de retroventa, (art. 1366 del cód.civil).

16 - Diferencia entre la resolución y otras figuras. (nulidad, anulabilidad y rescisión): La resolución se diferencia netamente de la nulidad, // anulabilidad y rescisión.- De las primeras, porque éstas se originan en hechos anteriores o contemporáneos a la formación del contrato y tienen su fundamento en la existencia de vicios que lo hacen inválido ab initio. Esta observación es aplicable a la rescisión por lesión que consagra la // legislación de varios países.- Se diferencia de la rescisión por mutuo disenso, por cuanto éste es el medio por el cual las partes de común acuerdo ponen fin a un contrato existente y válido.- (1)

Las cláusulas resolutorias, en principio, producen sus efectos ex tunc, es decir, como si la resolución se // produjese inmediatamente de otorgado el acto; pero en ciertos casos sus efectos se producen ex nunc.- (2) Es una cuestión que debe analizarse

(1) "Varias son las razones por las que un contrato puede resolverse, es decir, disolverse.- O interviene la voluntad concordante de las partes, o bien se tiene un incumplimiento voluntario o involuntario // (por imposibilidad sobreviniente de la prestación), o finalmente, // existe una dificultad de cumplimiento a causa de una excesiva onerosidad (sobrevenida)": Messineo, op.cit., t.II, pág.333 (2)

(a) Este autor se refiere en el último párrafo a la cláusula rebus sic stantibus que para nuestro derecho no es causa de resolución del contrato.- Del mismo modo el mutuo disenso para Messineo, es un caso de resolución, en tanto que nosotros consideramos que // constituye rescisión, en su verdadero sentido.-

en cada caso.- Pero podemos afirmar que el efecto retroactivo es la regla general.-

17 - Caracteres de la resolución: Los caracteres de la resolución son / los siguientes:

1º) La resolución depende del contrato mismo, en el sentido de que // constituye una cláusula expresa o implícita de él.- La resolución se diferencia en ésto de la rescisión por mutuo disenso y de la revocación, / en cuanto estas últimas tienen su base en un acto de voluntad de las // partes, posterior a la formación del contrato la primera, o en una disposición legal que otorga tal facultad, independiente de toda estipulación contractual, en la segunda.-

2º) La voluntad individual de cada uno de los contratantes no puede, / después de formado el contrato, modificar la cláusula resolutoria establecida en el mismo; pero las partes pueden, de común acuerdo, hacerlo.-

3º) La voluntad de las partes funciona libremente para estipular la / cláusula resolutoria y establecer sus condiciones, con la salvedad de / que ella no puede contener disposición alguna contraria al orden público o a las buenas costumbres.-

4º) La resolución produce efecto con relación a las partes y a terceros como si el contrato no hubiera existido nunca, y se hubiese desvanecido con todas sus consecuencias.- Es el efecto de la condición resolutoria, (art. 555 del cód. civil).-

5º) La resolución supone siempre que las partes han dado al contrato

(2) Caso de los contratos de ejecución o cumplimiento continuado.-

un consentimiento condicional, en vista de una eventualidad determinada.-

Si esta eventualidad se realiza, el contrato será resuelto.- (3)

18 - Condición Resolutoria: Condición resolutoria es la cláusula de los / actos jurídicos por la cual las partes subordinan a un hecho incierto y futuro, la extinción de un derecho adquirido.-

El acreedor, bajo condición resolutoria puede ejercer pendiente la condición, todos los derechos y acciones que / le competen, como si la obligación fuera pura y simple.- Puede ejercer todas las acciones posesorias y petitorias relativas al inmueble por él adquirido y oponerse a la demanda de terceros.-

Si la condición resolutoria se extingue, la obligación es considerada pura y simple, como si no hubiera sido sometida desde el principio a ninguna eventualidad o resolución.-

Si la condición resolutoria se cumple, opera ipso jure la resolución de la obligación así como del derecho co-/ rrespondiente; y ello, de una manera retroactiva (ex tunc) volviendo las partes al mismo estado en que se encontraban cuando se formó la obliga-/ ción.- Resulta así que aquél cuyo derecho se ha resuelto, está obligado a restituir la cosa que había recibido bajo esta condición, con los acre-/ cimientos que haya recibido pendente conditione, pero también sin obliga-/ ción a indemnizar los detrimentos sufridos por la cosa sin su culpa.-

Como consecuencia del efecto retroactivo del cumplimiento de la condición, todos los derechos reales establecidos o concedidos por aquél a quien se había transferido la propiedad bajo con-/ dición resolutoria, se extinguen, a menos que la misma ley establezca al-

•

(3) Planiol, "Traité Élémentaire de Droit Civil", T.II, pág.430,Nº1302.-

guna excepción, (arts.2670 a 2672 y arts., 549 y 550 del código civil).

El efecto retroactivo no afecta los actos administrativos del acreedor condicional, tales como los alquileres o arrendamientos que hubiese hecho.-

19 - Producción de los efectos de la condición resolutoria: La condición resolutoria obra de pleno derecho.- Es decir que la resolución del derecho modal se produce por el cumplimiento mismo de la condición, sin depender en principio de la voluntad o del conocimiento de los interesados, ni de sentencia judicial.- (4) En esto se diferencia del pacto comisorio ya que para que éste opere sus efectos, es necesario recurrir a la vía judicial.-

"En general, y salvo lo que se dirá sobre el pacto comisorio, la condición resolutoria opera de pleno derecho, desde el instante que se halla cumplida, sin que sea necesario hacer pronunciar la resolución en justicia.- No importa, a este efecto, que la condición sea casual, mixta o potestativa".- (5)

20 - Pérdida de la cosa pendiente la condición: Dice el artículo 556 del código civil: "Si la cosa objeto de la obligación ha perecido, las partes nada podrán demandarse".-

El codificador entendió dirimir en el artículo una antigua controversia que, planteada en el derecho romano, subsistió entre los comentaristas del código Napoleón.- Interpretando un texto de Ulpiano (Dig.Ley 2 1 De in Diem Addictione), Bufnoir y la /

(4) Busso, op.cit., t.3,pág.530; Salvat,Oblig.Nº 733; Ennecerus, Parte Gen.39, II 187, pág. 349.-

(5) Aubry et Rau, t.IV,pág.82.-

menor parte de la doctrina francesa entienden que la pérdida de la cosa pendiente la condición resolutoria, gravita sobre el transmitente; en tanto que Vernet y otros comentaristas franceses, partiendo de una definición de Paulo, consideran que ella perjudica al adquirente.- Nuestro / código, como vemos, resuelve la cuestión en el sentido de que, al resultar imposible la restitución de la cosa, el adquirente tampoco podrá exigir la restitución del precio que hubiese pagado.-

El artículo 556 ha sido objeto de severas críticas.- Se lo ha calificado de innecesario (porque el caso está previsto en el art.578) y de deficiente porque no distingue los casos de pérdida total y de pérdida parcial; de fuerza mayor y de culpa; ni de cosa entregada o a entregarse.-

Analizaremos los distintos casos que pueden presentarse:

a) PERDIDA PARCIAL; Si la cosa hubiere sido deteriorada o sufrido pérdida parcial mientras se hallaba en poder del adquirente bajo condición resolutoria, ese riesgo será a cargo de dicho adquirente y el anterior / propietario, en caso de cumplirse la condición, podrá optar entre retener el precio sin reclamar la cosa o reclamarla, restituyendo el precio disminuído.- Tal solución se apoya en el carácter de propietario que reviste el adquirente bajo condición resolutoria. (arg.del art.1371 inc.2º,2a. parte).- (6)

Los sostenedores de la tesis contraria, niegan la adquisición de la propiedad y sostienen que se trata de resti-

(6) Lafaille, Oblig.II N° 85 - Ver Aubry et Rau, 5a.ed.,302, pág.122 texto y nota 71; Laurent, t.XVII N° 111.-

tuir la cosa a su dueño, por cuyo motivo obligan al primitivo titular a recibir la cosa en el estado en que se halla, sin indemnización alguna.- (artículo 586) - (7)

b) PERDIDA POR CULPA DEL ACREEDOR CONDICIONAL - Por aplicación de / los artículos 579 y 585, cumplida la condición resolutoria, si la cosa se pierde por culpa del acreedor condicional (deudor de su restitución), éste será responsable por su equivalente, más los daños y perjuicios.-

c) DETERIORO CULPABLE - Por aplicación de los artículos 581 y 587, si la cosa se pierde parcialmente o se deteriora por culpa del obligado a restituirla, el acreedor de la restitución puede optar entre recibir la cosa en el estado en que se halle u otra equivalente, con indemnización de daños y perjuicios en ambos casos.-

21 - Pacto de Retroventa - El código civil define este pacto diciendo / que es la cláusula inserta en el contrato de compraventa, por la que el vendedor puede, "recuperar la cosa vendida, entregada al comprador, restituyendo a éste el precio recibido, con exceso o disminución" (art. / 1366).-

El pacto de retroventa funciona como / condición resolutoria, consistiendo la condición, en la restitución del precio, con el aumento o disminución estipulado: si el precio se restituye, la condición se cumple y la venta queda resuelta; si el precio no se restituye, la condición falta y el comprador queda propietario irrevocable de la cosa vendida.- (art. 1382)

Si vencido el plazo para la restitución del precio, -nunca puede ser mayor de tres años- el vendedor no ha hecho uso de su derecho, el adquirente queda propietario irrevocable.- / (art. 1382 in fine).-

(7) Salvat, Oblig. N° 739 in fine y N° 359 a 362 b.

Si por el contrario, el vendedor usa de su derecho dentro del término, la venta queda resuelta y las partes deben restituirse recíprocamente lo que habían percibido en razón del contrato.-

Este pacto no puede establecerse en los contratos de compraventa de muebles.- (art.1380 del c.civil)

IV

P A C T O C O M I S O R I O

22 - Concepto - En principio, los contratos se hacen para ser cumplidos. Así, en la compraventa el vendedor se obliga a entregar la cosa // convenida y el comprador a abonar el precio en las condiciones estipuladas.- Pero puede ocurrir que el comprador no pague el precio o el vendedor no entregue la cosa.- En este caso, la parte no culpable en vez de exigir a la otra el cumplimiento de su obligación -que ya no cumplirá o si cumple lo haría tardíamente- para evitarse sus perjuicios puede pedir la resolución del contrato.- (1) Es lo que se entiende por pacto comisorio.-

23 - Antecedentes históricos - El pacto comisorio existía en el derecho romano, admitiéndoselo especialmente para el contrato de compraventa; pero debía ser expreso y la cláusula era conocida con el nombre de Lex comisoria.- El pacto comisorio tácito no era admitido en el derecho romano, excepto en el contrato de locación, seguramente por cuanto el carácter sucesivo de las prestaciones hacía más sensible la correlación de las obligaciones.- (2)

En los contratos innominados, la parte que habiendo cumplido su prestación no obtenía la contraprestación, tenía una acción de restitución.- (3) Pero no era técnicamente una resolución//

(1) "Para el contrato con prestaciones recíprocas -dice Messineo, t.II, pág.336- se ha preparado el remedio de la resolución a demanda y en beneficio de aquélla de las partes respecto de la cual el contrato -a causa del comportamiento de la contraparte o por otra razón objetiva- viene a ser un motivo de sacrificio patrimonial soportado sin retribución o bien sin retribución adecuada, en lugar de ser el instrumento para la consecución del fin que la parte se había propuesto".-

(2) Planiol y Ripert, "Traité Practique de Droit Civil Francais" ed. 1930, t.VI, pág.587.-

(3) "Conditio causa data causa non secuta".-

del contrato: la "conditio" fué establecida para sancionar un enriquecimiento sin causa.- (4)

El pacto comisorio tácito fué admitido por el derecho canónico, teniendo por fundamento asegurar el respeto de la fe dada y partiendo de la base que no se puede obligar a una parte a respetar su promesa cuando la otra desconoce la suya.- (5)

Del derecho canónico la regla pasó al / derecho consuetudinario francés y admitida por las prácticas judiciales, se convirtió en una institución del antiguo derecho francés.-

Al sancionarse el código Napoleón, el / artículo 1184 consagró la regla general por la cual se establece que la condición resolutoria por incumplimiento se halla sobreentendida en todos los contratos sinalagnáticos.-

24 - Definición - Pacto comisorio es la cláusula por la cual cualquiera de las partes contratantes, o una de ellas, pueden optar por la resolución del contrato si el otro contratante no cumple la obligación u obligaciones que contrajo.- (art.1203 del Cód.Civil).

El pacto comisorio puede ser expreso o / implícito.-

25 - Caracterización jurídica - La doctrina considera uniformemente // que el pacto comisorio implica jurídicamente una condición resolutoria; la inejecución del contrato por una de las partes autoriza a la otra a / su vez a no cumplir su obligación, quedando el contrato sin efecto, es decir, resuelto.- El artículo 1374 del cód.civil así lo expresa: "Si la /

(4) Capitant, "Cause" N° 148

(5) Capitant, "Cause" N° 149

venta fuese con pacto comisorio, se reputará hecha bajo condición resolutoria".

El pacto comisorio, tiene en consecuencia los efectos señalados en los artículos 553 a 557 del código civil.-
26 -- Diferencias con la condición resolutoria - "Condición resolutoria" es la cláusula de los actos jurídicos por la cual las partes subordinan a un hecho incierto y futuro la extinción de un derecho adquirido.-

Como hemos visto, el pacto comisorio implica una "condición resolutoria".- Pero tal asimilación no es total o absoluta.- Como lo expresa el codificador en la nota al artículo 555, / "en la condición resolutoria, desde que ésta se cumple, la obligación / queda para ambas partes como no sucedida; lo contrario sucede en el pacto comisorio.- A pesar del cumplimiento de la condición prevista, la obligación no se resuelve mientras no lo quiera la parte que ha estipulado esa condición especial y se conservará si quiere mantenerla, no obstante la voluntad contraria de la otra parte".-

Aunque el efecto esencial del pacto comisorio es el mismo de la condición resolutoria, (ambos resuelven el contrato), como lo hemos destacado, tiene con ésta, variadas diferencias:

- a) El pacto comisorio sólo puede invocarse por la parte no culpada.-
- b) Necesita una manifestación expresa de voluntad de la parte autorizada para invocarlo, pues éste puede elegir entre resolver el contrato o pedir su ejecución.-
- c) Sólo produce su efecto en virtud de la sentencia que declara resuelto el contrato, mientras que la condición resolutoria resuelve el contrato por el sólo cumplimiento de la condición.- (6) La condición resolutoria opera de pleno derecho desde el instante que se halla cumplida, sin/

(6) Machado, t.4, pág.106.-

que sea necesario hacer pronunciar la resolución en justicia, pues el efecto se produce por el cumplimiento mismo de la condición sin depender en principio, de la voluntad o del conocimiento de los interesados, ni de sentencia judicial.-- (7)

La última característica enunciada, (la condición resolutoria produce su efecto de pleno derecho) importa una diferencia fundamental con el pacto comisorio, tanto cuando éste emana de la ley, como cuando se origina en la convención, pues la resolución no se opera de pleno derecho ya que el beneficiario puede optar entre la resolución o el cumplimiento forzado.- (8)

27 - Pacto comisorio y acción redhibitoria - La acción redhibitoria es / igualmente una acción de resolución, pero a diferencia del pacto comisorio tiene por finalidad específica, defender al adquirente de los vicios de la cosa que le privan de una cualidad expresamente pactada o que la / hagan inidónea para el uso a que fué destinada o disminuyan su valor de modo apreciable y no sean fácilmente reconocibles.- (9)

(7) Busso, t.3,pág.530; Salvat,Oblig.Nº 733; Enneccorus, Part.Gen.39-II 187, pág.349

(8) Busso, "Cód.Civil Anotado" t.III,pág.530.- "La resolución judicial del contrato por incumplimiento -dice Vittorio Neppi, en Messineo, op,cit.t.II,pág.404,Adición X-, no puede concebirse como el efecto de una condición resolutoria; además de los motivos aducidos por él (se refiere a Messineo), pensamos que podría agregarse otro de gran importancia, esto es, el de estar constituida la condición en sentido técnico por un hecho absolutamente extraño a la substancia de la convención, lo que no puede afirmarse del hecho del incumplimiento.- Erróneamente a nuestro entender, la resolución judicial prevista por el artículo 216 del cód.com.argentino,se asimila a una condición resolutoria tácita".-

(9) Messineo, op. cit., t.II, pág. 362.-

Es decir que con el pacto comisorio existen las siguientes diferencias:

a) El "pacto comisorio" es un remedio general contra el contratante / incumpliente y para que funcione se requiere que haya falta de cumplimiento o retardo en el cumplimiento.- La "acción redhibitoria", es en cambio de carácter particular y se refiere al cumplimiento inexacto desde el punto de vista de la consistencia del objeto.- (10)

b) La falta de calidad en la cosa puede dar lugar al ejercicio del / pacto comisorio; pero en este caso dicha falta de calidad debe hacer de la cosa algo notablemente distinto de lo que pensaba el adquirente.- / (11). La acción redhibitoria, en cambio, tiene lugar cuando el vicio / de la cosa es menos grave, pues no la hace clasificar en un género diferente, sino que la hace inepta para el uso a que fué destinada.- (12)

c) El pacto comisorio funciona en toda clase de contratos, sean de hacer, no hacer o dar.- La acción redhibitoria no se presenta sino en los contratos que tienen por objeto una obligación de dar.-

28 - Pacto comisorio y nulidad - La nulidad actúa en razón de existir un vicio originario del contrato que lo hace inválido ab-initio.- El pacto comisorio, en cambio, actúa en razón de presentarse un hecho nuevo; el incumplimiento.-

29 - Pacto comisorio y reivindicación - El pacto comisorio, al resolver el contrato, otorga al actor un título para exigir la restitución de la cosa poseída por la contraparte; pero se diferencia de la reivindicación en que ésta tiene como presupuesto la posesión o tenencia de cosas

(10) Messineo, op. cit., tomo y págs. citos.

(11) "Un genus" diferente", dice Messineo, pág. 362.-

(12) "Un caballo de una raza distinta de la pactada -dice Messineo, t. II, pág. 363- es una cosa que presenta una falta de calidad; un caballo sujeto a enfurecerse fácilmente es una cosa afectada de un vicio"

sin título.- Además la acción de reivindicación es real, en tanto que el pacto comisorio otorga una acción personal.- (13)

30 - Pacto comisorio expreso y pacto comisorio tácito - El pacto comisorio puede ser expreso o tacito, según que se estipule en el contrato; o que ante el silencio de las partes la ley faculte demandar la resolución al contratante no culpable.-

En el derecho romano no se admitía el / pacto comisorio tácito; pero la práctica empleaba una cláusula expresa, utilizada solamente a favor del vendedor, por la cual se resolvía la operación ante la falta de pago del precio al término convenido: lex commisorias.-

En realidad, fué en el derecho canónico que se aceptó el pacto comisorio tácito el que, adoptado luego por el derecho consuetudinario francés, fué admitido en la práctica judicial en / forma constante.- Al dictarse el código de Napoleón, el pacto comisorio tácito fué expresamente establecido en el artículo 1184.- (14)

Debemos hacer constar que en gran parte de las legislaciones y doctrinas extranjeras, el término pacto comisorio se reserva para el expreso; el pacto comisorio tácito en cambio, es denominado condición resolutoria implícita o tácita.- La doctrina extranjera habla de "resolución judicial por incumplimiento". (15) "resolución / por inejecución" (16), etc.-

Nosotros, siguiendo a la mayoría de la / doctrina nacional, distinguimos entre "pacto comisorio expreso" y "pacto

(13) Messineo, t.II, pág. 364.-

(14) Planiol y Ripert, t.VI, pág.587 y sgtes.-

(15) Messineo, t.II, pág.336.-

(16) Planiol y Ripert, t.VI, pág.587.-

comisorio tácito", comprendiendo a ambos bajo la denominación genérica de pacto comisorio.-

En principio nuestro código civil no admite el pacto comisorio tácito (art.1204), en tanto que el código de comercio lo consagra terminantemente.- (art.216) - (17)

31 - Prescripción de la acción resolutoria - La acción resolutoria emergente del pacto comisorio prescribe a los diez años; y declarada // prescripta dicha acción, el contrato queda en pie.- (18)

(17) J.B.Siburu, "Comentario del cód.de Com.Arg." t,4,pág.71.

(18) "Declarada prescripta la acción de rescisión (a), de un contrato privado de compraventa de un inmueble en mensualidades -dice la Cám.Apel.Rosario-, el contrato queda en pie y el vendedor puede exigir su cumplimiento, pero no la restitución del inmueble por vía de la acción reivindicatoria" Juris 2-312.

(a) En nuestro entender debería decir resolución.

V

P A C T O C O M I S O R I O E X P R E S O

32 -- Concepto: Pacto comisorio expreso es la cláusula por la que se estipula que cualquiera de las partes contratantes, o una de ellas, pueden optar por la resolución del contrato si el otro contratante no cumple / la obligación u obligaciones que contrajo. (art. 1203 del c. civil).-

Los autores franceses reservan para el expreso la denominación de pacto comisorio, denominando "condición resolutoria implícita" al que nosotros llamamos pacto comisorio tácito.-(1)

33 - Importancia - El pacto comisorio se estipula frecuentemente.- Si bien en la mayoría de los contratos se halla implícito (a pesar de la declaración general del artículo 1204 del cód. civil), las partes, frente a este artículo y para evitar que el derecho del contratante de buena fe quede sujeto al arbitrio de la interpretación judicial, insertan en los contratos la cláusula de resolución expresa que conocemos bajo / la denominación de pacto comisorio.-

Se evita de este modo la inseguridad que siempre representa la interpretación judicial.-

En países cuya legislación consagra expresamente el pacto comisorio tácito, ocurre este mismo hecho.- (2)

34 - Forma de estipularse - El pacto comisorio expreso no exige términos sacramentales.- Así, nuestra jurisprudencia ha resuelto que si se esti-

(1) Entre nuestros autores, Malagarriga denomina "condición resolutoria implícita" el pacto comisorio tácito: Ver su "Tratado Elemental de Der. Com.", t. II, pág.48.-

(2) Dice Laurent, t.17, pág.170, N° 156: "En nuestro derecho moderno es inútil estipular la resolución para el caso en que una de las partes no satisficiera sus obligaciones, pues la condición está sobreentendida en virtud de la ley.- Sin embargo, nada es más frecuente que esta cláusula, la que conserva el nombre de pacto comisorio".-

puló que "el incumplimiento a los pagos anulará la obligación de escriturar", esa cláusula implica una condición resolutoria a favor del vendedor que constituye el pacto comisorio.- (3) Pero la fijación de un / plazo para escriturar en un boleto privado de compraventa, no equivale al pacto comisorio expreso, de modo que su caducidad no produce la resolución de las obligaciones pactadas.- (4)

35 - Modos de estipularse - El pacto comisorio puede estipularse a favor de ambas partes o de una sola de ellas.- En el caso particular del contrato de compraventa, por ejemplo; puede convenirse:

1º) A favor del vendedor: si el comprador no pagare el precio o no cumpliera alguna otra obligación a su cargo.-

2º) A favor del comprador: si el vendedor no entregare la cosa vendida en el tiempo y lugar convenidos o no cumpliera otra obligación a su cargo.-

3º) A favor del vendedor y del comprador: para el caso que no cumplieren las obligaciones respectivas.-

Los artículos 1375 y 1376 del cód.civil, se ocupan de los efectos del pacto comisorio expreso en la compraventa, / establecido a favor del vendedor; pero ello no significa que no se pueda estipular, como lo dejamos expuesto, tanto a favor de una de las partes contratantes, como de ambas.- No significa tampoco que pueda pactarse / sólo en la compraventa, sino que es aplicable a cualquier contrato susceptible de resolución.- Por ello tiene dicho nuestra jurisprudencia //

(3) J.A. t.19, pag.759.-

(4) Cám.3a.Civ.y Com.de Rosario, 17-VI-52, Juris 1-216.- El solo vencimiento del plazo fijado para escriturar -dice un fallo de la Cám.3a. Civ.y Com.de Rosario- no tiene mas efecto y consecuencia que marcar el momento a partir del cual se puede exigir el cumplimiento de la obligación, o bien la resolución del contrato, si hubiere estipulado pacto comisorio.- (Juris 2-110).-

que "el derecho a resolver el contrato que confiere el pacto comisorio, puede ser establecido en favor de ambas partes, mas su ejercicio sólo / corresponde a la no culpada de incumplimiento y no a la que dejó de ejecutarlo".- (5)

36 - Compraventa de muebles - El pacto comisorio no puede estipularse / en la compraventa civil de cosas muebles.- El artículo 1374 lo prohíbe expresamente.- La razón no se advierte claramente, pues por otro lado admite el pacto comisorio tácito en estas convenciones: artículos 1412, 1413, 1418, 1428.-

Para el código de comercio, en cambio, / el pacto comisorio comprende la compraventa de muebles.-

37 - Los efectos del pacto comisorio expreso, según la forma de estipularse - No hallándose interesado el orden público y las buenas costumbres, las partes pueden estipular libremente el pacto comisorio; pero / las diversas formas en que puede convenirse pueden sintetizarse así:

1º) Las partes se limitan a estipular la resolución a falta de cumplimiento.-

2º) La cláusula por la cual una de las partes se reserva la facultad de resolver el contrato ante la falta de ejecución en el plazo fijado.-

3º) La cláusula por la cual la resolución tendrá lugar de pleno derecho ante el incumplimiento de la otra parte.-

Los efectos del pacto comisorio son distintos en cada caso, por lo que estudiaremos los distintos supuestos.-

Sin embargo, no siempre surge clara la / voluntad de las partes, siendo necesario conocer la intención de los // contratantes, para lo cual hace falta ver en qué términos el pacto co-

(5) Cám. Civil. 2a. de la Cap. Fed. J.A. 950 - II fallo 11683.-

misorio está concebido.- (6) En nuestros tribunales se ha coincidido / en no aplicar ciegamente el referido pacto sino que se contemplan especialmente las características que cada caso ofrece.- (7)

38 - a) Las partes se limitan a establecer que en caso de incumplimiento se podrá demandar la resolución del contrato.- En este supuesto el contratante de buena fé deberá demandar ante la justicia la resolución del contrato (8) en la misma forma que cuando la ley admite el ejercicio del pacto comisorio por hallarse implícito en el contrato.- (por // ej., art.216 del código de comercio).-

La doctrina general de los autores franceses considera que el pacto comisorio establecido en estos términos, / tiene los mismos alcances que el pacto comisorio tácito y que su inserción en los documentos se debe a la costumbre, ya que el artículo 1184 del código Napoleón, que consagra el pacto comisorio tácito por incumplimiento, hace innecesaria tal manifestación.- (9)

En nuestro derecho civil, ante la disposición terminante del artículo 1204, el estudio que nos plantea una // cláusula de esta naturaleza, reviste especial importancia.- Pero como veremos al estudiar el pacto comisorio tácito, el código civil consagra esta institución en casi todos los contratos, de modo que el artículo/ 1204 resulta una disposición de excepción.- Consideramos por ello aplicable en nuestro derecho civil -y por sobreentendido que también en el

(6) Laurent, t.17, N° 156, pág.171

(7) La Ley, t.77, pág.77

(8) Planiol y Ripert, t.VI. Ia.parte,pág.604

(9) Laurent, t.17,pág.171,N° 157; Aubry et Rau. IV,302 nota 83, Baudry Lacantinerie et Barde, II n° 957; Planiol et Ripert, VI,pág.604.-

derecho comercial en virtud del art. 216- las conclusiones de los autores franceses.-

Para que proceda, por tanto la resolución del contrato, será necesario demandarlo en justicia.- Cuál es el fundamento de esta tesis?

Si asimilamos este tipo de pacto comisorio a una condición resolutoria, resultará que el contrato quedaría resuelto de pleno derecho por el solo incumplimiento, de modo que el contratante de buena fe, quedaría sujeto a la voluntad del de mala fe.- / Puede ocurrir que ante la inejecución, al contratante perjudicado, le convenga más pedir el cumplimiento de la resolución.- Si admitimos la tesis contraria, esta opción desaparecería y nos hallaríamos ante la / situación absurda de suponer que un contratante ha consentido que el // cumplimiento o resolución del contrato dependa de la voluntad del otro.- (10)

Por ley, un contratante siempre puede exigir al otro, -excepto los casos especialmente previstos- el cumplimiento de sus obligaciones.- La estipulación del pacto comisorio en / la forma que comentamos, otorga a las partes una facultad más y nunca puede entenderse, a falta de convención expresa, que signifique la renuncia de un derecho conferido por la ley.-

Previamente al ejercicio de la acción, el acreedor deberá colocar en mora al deudor, si ésta no está pactada.-

(10) Laurent, t.17, págs.172/173.- Dice este autor: "Estipulando el derecho de demandar la resolución, el acreedor no renuncia al derecho de exigir la ejecución.- Dado que tiene la elección entre dos derechos, es necesario que manifieste su voluntad declarando cuál derecho entiende ejercer.- Por ello el contrato no puede ser resuelto de pleno derecho".-

39 - b) Cláusula que establece que en caso de incumplimiento, el contrato será resuelto - Ofrece esta cláusula una variante de la anterior y / en doctrina se discrepa si sus efectos son los mismos de la cláusula examinada anteriormente.-

Para varios autores se trata del mismo caso que el anterior, regido por los principios que gobiernan el pacto comisorio tácito.- (11)

Otros autores, entre ellos Laurent, (12), consideran que el caso es distinto pues aquí, al decir que el contrato/ será resuelto, no hablan las partes de una demanda; por consiguiente habrá resolución sin necesidad de demandar, teniendo los mismos efectos de la condición resolutoria.-

A nuestro entender en este supuesto, dentro de nuestro ordenamiento legal, es necesario demandar la resolución/ por vía judicial, debiéndose colocar en mora previamente al deudor.-

40 - c) Cláusula por la cual el contrato será resuelto de pleno derecho si una de las partes no cumple con sus obligaciones - Por esta cláusula se manifiesta la voluntad de las partes de no concurrir a los tribunales para resolver el contrato y por tanto, producido el incumplimiento, el/ contrato se resuelve sin necesidad de demandar ante la justicia.- Pero la doctrina estima que para que se produzca tal efecto, es necesario colocar en mora al deudor mediante una intimación, a menos que se haya estipulado la mora convencional.- (13)

(11) Colmet de Santerre, t.V.pág.172, N° 105 bis; Demolombe, t.XXV,pág. 518, N° 549; Planiol et Ripert, t.VI,pág.604.-

(12) Laurent, t.17, pág.177.

(13) Conf., Aubry et Rau, IV,302, nota 85; Baudry Lacantinerie et Barde, II, N° 957.-

Siguiendo este criterio, la jurisprudencia francesa ha expresado que en el caso de la venta de un inmueble en la que se había estipulado la resolución de pleno derecho a falta de pago del precio al término convenido el comprador puede, hasta tanto no / sea intimado, pagar válidamente el precio.- (14) Veamos los requisitos necesarios, para que esta cláusula opere sus efectos:

41 - I°) El acreedor debe hacer una manifestación de voluntad - Laurent, (15), sostiene que en este caso es necesario asimismo una declaración / de voluntad de la parte acreedora en este sentido pues, dice, él tiene además del derecho de exigir la resolución, el de demandar la ejecución del acto; estipulando la resolución de pleno derecho, no ha renunciado al derecho esencial que tiene emergente de dicho contrato.- Teniendo dos derechos, debe elegir; por tanto, la elección exige una manifestación de voluntad (16).- Se distingue así de la condición resolutoria por la cual se produce la resolución del contrato de una manera absoluta; toda persona interesada puede prevalerse de la resolución.- / En cambio el pacto comisorio sólo puede ser invocado por el interesado, es decir por el acreedor a quien no le ha sido cumplido el contrato.- El deudor no puede prevalerse de su incumplimiento para renunciar la / resolución.-

Por consiguiente, a pesar de la inejecución, el contrato subsiste y el acreedor conserva el derecho de elegir

(14) Req.15 V.1928, S.1928, 1, 272.-

(15) Laurent, t.17, N° 162, pág.179.

(16) "Es necesario, -dice Laurent- que el acreedor diga qué quiere: Si quiere la resolución o perseguir la ejecución forzada de la convención.- He aquí una diferencia entre el pacto comisorio y la / condición resolutoria expresa, la que resulta de la naturaleza misma del pacto comisorio".- Conf., Colmet de Santerre, V.N° 105 bis II; Demolombe, XXV, pág.522, N° 533.-

entre forzar al deudor al cumplimiento, o demandar la resolución.--(17)

Si opta por la resolución debe demandarlo; pero no debe recurrir a la justicia como en otros supuestos, sino / que basta una declaración de voluntad en este sentido, sin necesidad de intimación previa.-- (18) Si el deudor contesta negándose a aceptar la resolución, el acreedor deberá probar que hay inejecución del contrato, rindiendo la prueba de acuerdo al derecho común, pero no es necesario / que constate la inejecución por un requerimiento.-- Sin duda el requerimiento es el medio mas facil de probar que el deudor no había cumplido su obligación, pero otra cosa es saber lo que la prudencia aconseja hacer al acreedor, y otra cosa es saber lo que la ley obliga hacer.--(19)

42 - 2º) Puede el deudor detener la resolución, cumpliendo? Ahora // bien, puede el deudor detener la resolución ejecutando sus obligaciones antes que el acreedor haya manifestado la voluntad de resolver el contrato? Nos parece que la negativa es evidente: En el caso del / pacto comisorio tácito es el juez quien pronuncia la resolución y por / tanto el acreedor sólo tiene derecho a demandar dicha resolución.-- En el supuesto que nos ocupa, en cambio, el contrato se resuelve de pleno derecho.-- Y estando resuelto, el acreedor no podrá ejecutar un contrato que no existe mas.-- (20).--

43 - 3º) Cómo debe enunciarse esta cláusula - Esta cláusula no exige // fórmulas sacramentales y por ello debe investigarse la intención de las partes.-- Así la Corte de Bruselas ha sostenido en un fallo que la cláu

(17) Laurent, t.17,pág.179; Aubry et Rau,IV,pág.35,nota 88, 302.--

(18) "La colocación en mora -dice Laurent, t.17,pág.180- es necesaria para constatar que el acreedor tiene derecho a los daños e intereses, en razón de la inejecución del contrato".--

(19) Laurent, t.17, pag.180.--

(20) Aubry et Rau,IV,pág.85,nota 87;Laurent, t.17,p.182,Nº 164.--

sula por la cual se establece que la falta de pago en la forma y plazos convenidos autoriza a la otra parte a rescindir el contrato sin necesidad de recurrir a los tribunales, equivale a aquélla por la cual se estipula la resolución de pleno derecho, pues esta última no tiene otro / significado que evitarle al acreedor la necesidad de demandar la resolución en justicia.- (21)

44 - d) Cláusula por la cual se estipula que la resolución tendrá lugar de pleno derecho sin necesidad de colocar en mora o sin requerimiento / previo - Esta cláusula produce los mismos efectos de la condición resolutoria.- La resolución se produce en virtud de la voluntad de las partes, escrita en el contrato y sin que el acreedor deba manifestar la / voluntad de usar el derecho de resolución; pero también pierde el derecho que le confería el contrato de forzar al deudor el cumplimiento.- El acreedor ha renunciado a este derecho estipulando el pacto comisorio bajo forma de condición resolutoria expresa; y como se hallan en juego intereses puramente privados, es libre de renunciar a aquello que la // ley establece en su favor.- (22)

La renuncia es siempre la interpretación restrictiva, por cuyo motivo no se puede admitir que el acreedor haya renunciado a la facultad de exigir el cumplimiento si ello no surge claramente del contrato; Pero esto no significa que los términos de-

(21) Citado por Laurent, t.17,pág.185, N° 167.-

"Dada la forma como se pactó la resolución -el vendedor tendrá por rescindido el presente convenio de pleno derecho y sin previo requerimiento alguno" -va de suyo- dice un fallo de la C.N.Civ.(Sala C) de la Cap.Fed. -que la actora no puede negar validez a la / resolución operada por la sola declaración del vendedor" (La Ley/ 69.-389) Ver Salvat "Contratos" t.1, pág.137; Machado t.3 p.539 y Lafaille "Contratos" t.2 pág.115.-

(22) Laurent, t.17,pág.186, N° 168.-

ban ser solemnes (23).- Así se ha resuelto que la cláusula inserta en el boleto de compraventa de un terreno por mensualidades, por la cual la operación quedaría sin efecto si el comprador dejara de abonar tres cuotas consecutivas "sin necesidad de declaración judicial ni intervención de autoridad alguna", produce la resolución del contrato de pleno derecho y sin necesidad de interpelación judicial o extrajudicial.--(24) Generalmente esta cláusula se estipula expresando que "el contrato quedará resuelto de pleno derecho por el solo vencimiento del plazo, sin necesidad de requerimiento judicial alguno, ni de recurrir a la vía judicial".-

La Cám. Civ. Ia. de Rosario se ha ocupado de este problema en un caso interesante: El comprador de un inmueble demanda al vendedor por incumplimiento.- El vendedor responde que la demanda debe rechazarse pues en el boleto se hallaba pactada la resolución automática para el caso de que "el precio no se abonara en los plazos / convenidos".- Decide la Cámara que dicha cláusula es inoperante y no / rige por tratarse de una venta al contado y no a plazos (la cláusula aparece impresa en el formulario), élla se refiere específicamente al pago del precio, obligación que el comprador debía cumplir en el acto de / la escrituración. En el boleto se fijaba un plazo de noventa días para la escrituración pero no se establecía ni la mora ni el pacto comisorio

(23) Demolombe, t. XXV, pág. 528, N° 558.- Nuestra jurisprudencia ha dicho que en el caso que el boleto de compraventa expresa que "si el comprador dejare de abonar tres cuotas mensuales en cualquier tiempo, será considerado como desistiendo de la compra y abandono de lo pagado, sin que para ese abandono y pérdida de derechos, sea necesaria la intervención judicial, renunciando desde ya a todo reclamo judicial o extrajudicial contra el vendedor", la resolución se opera de pleno derecho, no existiendo un derecho de opción a favor del vendedor de exigir el cumplimiento del contrato o la ejecución del pacto comisorio" (C.N. Paz C. Fed., La Ley 77-368)

(24) C.N. Civil (Sala C.) de la Cap. Fed., 29-V-53, La Ley 71-289.

como consecuencia de ésta.- Además, las causas que demoraron el otorgamiento de la escritura, fueron las dificultades que tuvo el escribano / en la realización de los trámites pertinentes.- (25)

45 - El pacto comisorio tácito y el pacto comisorio expreso: La ley civil admite en varios contratos el pacto comisorio tácito y el código de comercio en todos.- Si las partes han estipulado además el pacto comisorio en forma expresa en alguno de los modos analizados precedentemente, resulta que el acreedor puede demandar la resolución en virtud sea de la ley, sea del contrato.- Resulta de esto el siguiente interrogante: el ejercicio de uno, importa la renuncia del otro?

La doctrina sostiene que el pacto comisorio expreso y el pacto comisorio tácito, son dos derechos distintos y / que por tanto, el acreedor puede ejercer uno en defecto del otro.- (26) Demandar la resolución ante la justicia -dice un fallo del siglo pasado de la Corte de Bruselas- no significa reconocer que no se tiene el derecho de resolver el contrato en virtud del contrato, pues ello implicaría una renuncia y las renunciaciones no pueden suponerse fácilmente; se puede tener más de un motivo para hacer reconocer por el juez un derecho / que acuerda la convención.- (27) En el caso inverso, si se demanda la resolución fundado en el pacto comisorio expreso inserto en el contrato y el juez considera que no existe resolución convencional, nada impide / que el acreedor demande la resolución en virtud de la ley, porque la // ley constituye otra causa distinta; en consecuencia no existe cosa juz-

(25) Juris, t.1, pág.8

(26) Laurent, t.17, p.187, N° 169

(27) Citado por Laurent, t.17, N° 170, p.187.-

gada .--

Laurent, (28), en apoyo de esta tesis / nos presenta el siguiente caso: El juez ha decidido que el contrato no estaba resuelto de pleno derecho en virtud de un pacto comisorio / alegado por una de las partes y negado por la otra.-- Después de ello, se demanda nuevamente la resolución, pero ahora, en virtud del pacto co_misorio tácito, el debate es diferente; el juez no ha decidido en el / primer caso que la resolución no había tenido lugar; él ha decidido sólo que la resolución no había tenido lugar de pleno derecho; resta la / resolución por vía judicial que siempre puede ser demandada, puesto que lo establece la ley.--

46 - El pacto comisorio expreso en el contrato de compraventa civil - El código civil se ocupa del pacto comisorio expreso, referido al contrato de compraventa en el artículo 1375.-- Dado que el código civil / prohíbe por el artículo 1374 el pacto comisorio expreso en la compra- / venta de muebles (29), las citadas disposiciones se refieren a la compra-venta de inmuebles exclusivamente.--

Hemos visto que, pese a la prohibición del artículo 1374, el código civil acepta no obstante en la compraventa de muebles, el pacto comisorio tácito.--

Analizaremos los cuatro incisos del art. 1375.--

Iº) "Si hubo plazo determinado para el pago del precio, el vendedor / podrá demandar la resolución del contrato, desde el día del vencimiento

(28) Laurent, t.17, Nº 170, pág.187.

(29) Esta prohibición está inspirada en Freitas; en realidad no tiene justificativo alguno y por ello no existe en ningún código civil moderno.-- Bien podría ser derogada.--

del plazo, si ese día no fuese pagado el precio".-

La interpretación de este inciso, ha dividido la opinión de los autores;-

a) Según Lafaille, (30), Salvat (31), y Rezzonico (32), éste es uno / de los casos en que se deroga el principio general del artículo 509, de que no hay mora sin interpelación, pues estaría en la intención de las partes al establecer el pacto comisorio, que el simple retardo faculta al acreedor para demandar la disolución, y debe considerarse que la designación del tiempo para su cumplimiento fué motivo determinante del / comprador y vendedor.-

b) Según Machado (33) y Llerena (34), este inciso confirma la regla / general del artículo 509, pues exige la demanda de resolución, es decir la constitución en mora, que puede hacerse desde el día del vencimiento del plazo convenido.- En la opinión de estos autores, mientras por la demanda no se coloque en mora al obligado, el comprador puede pagar el precio y el vendedor está obligado a recibirlo y entregar la cosa, y por ende no puede disponer de ésta, sin haber previamente demandado la resolución de la venta.-

Pero todos coinciden en que las partes pueden estipular expresamente que la resolución tendrá lugar de pleno / derecho, es decir que la venta quedará disuelta por la sola expiración del término.-

(30) Lafaille, Contratos, t.2, pág.115.

(31) Salvat, Fuentes de las Obligaciones, t.1, pág.246.

(32) Estudio de los Contratos, t.1, pág.217 en nota.-

(33) Machado, t.4, pág.108.

(34) Llerena, t.5, pág.102.-

2º) "Si no hay plazo determinado para el pago del precio, el comprador no quedará constituido en mora del pago del precio, sino después de la interpelación judicial".- Rige en este caso el art.618 del código civil por tratarse de una "obligación sin plazo".-

3º) "Puede el vendedor, a su arbitrio, demandar la resolución de la / venta o exigir el pago del precio.- Si proferiese este último expediente, no podrá en adelante demandar la resolución del contrato".-

En realidad no vemos la justicia de esta solución, pues siendo que los contratos se hacen para ser cumplidos, lo lógico es que el vendedor así lo exija; y ante la inutilidad del reclamo, demanda entonces la resolución.- El inciso, no obstante, es terminante.- Segovia entiende que en cambio, se admite exigir el pago luego de haber demandado la resolución del contrato.- (35)

4º) "Si vencido el plazo del pago, el vendedor recibióse solamente una parte del precio, sin reserva del derecho a resolver la venta, se juzgará que ha renunciado a este derecho".- Es un caso de renuncia tácita quedando en esta situación al vendedor, sólo el derecho de exigir el pago del saldo del precio convenido.-

Tratándose de la venta de un inmueble cuyo pago se ha convenido en cuotas, la disposición precitada es inaplicable, pues cada cuota constituye una deuda independiente cuyo cobro no impide al acreedor demandar la resolución en razón de las aún no satisfechas. (36).-

(35) Segovia, t.1, pág.386, nota 75.-

(36) Sup. Corte Bs.As., 14-XI-50, La Ley 61-153; id.6/V/52, La Ley 66-572.

El pacto comisorio puede ser establecido también a favor del comprador, para el caso que el vendedor no le entregue la cosa en el lugar y épocas debidas, o de que no cumpla alguna otra obligación a su cargo.- Aplicando las reglas del artículo 1375,/ se producen las siguientes consecuencias:

a) Si hubo plazo determinado para la entrega de la cosa, el comprador podrá demandar la resolución de la venta si la cosa no fuera entregada en el plazo convenido.-

b) Si no hubiera plazo fijado para la entrega de la cosa, deberá recurrirse a la interpelación judicial para colocar en mora al vendedor.-

c) El comprador, -no cumpliendo en tiempo el vendedor- puede optar / entre demandar la resolución de la venta o exigir la entrega de la cosa.-

VI

P A C T O C O M I S O R I O T A C I T O

47 - Concepto: Hay pacto comisorio tácito cuando la ley, en silencio de toda estipulación al respecto, permite a la parte no culpable solicitar la resolución del contrato ante el incumplimiento de la otra.-

48 - Antecedentes históricos - El pacto comisorio tácito no existía en el derecho romano.- Para los contratos innominados, la parte que había cumplido tenía contra la otra una acción de restitución.- El Derecho / Canónico introdujo esta figura, basada en la equidad, la que fué tomada por el derecho consuetudinario francés observado antes de la sanción / del Código de Napoleón.- La costumbre y la jurisprudencia, según Pothier, seguían este temperamento obedeciendo a razones de equidad, porque muchas veces es inútil y oneroso exigir el cumplimiento de sus obligaciones a los deudores morosos.- (1)

Las Partidas, (Ley 58 tít.V, pág.V.), reproducida en el Ordenamiento de Alcalá (ley única tít.16) y en la Recopilación (ley 1, tít.1, libro 10), disponía que dicha condición se die- ra por establecida cuando uno de los contratantes no cumpliera con su / compromiso.- (2)

El código civil francés en el artículo / 1184, sienta como principio fundamental, que en todo contrato sinalag- mático se entiende implícita la condición resolutoria.-

Todos los códigos posteriores al francés han seguido sus huellas en este aspecto, estableciendo el pacto comiso- rio tácito o resolución implícita, o condición resolutoria tácita: Cód^ugo Suizo de las Obligaciones (art.107 y s^gtes.); Alemán, (arts.325 y //

(1) Pothier, Vente N° 476 y Oblig. N° 672

(2) Malagarriga, op.cit. t.II, pág.46.

326); Español, (art.1124); Brasileño, (art.1092).- El código austríaco cuyo artículo 919 reprodujo nuestro art.1204, ha sido modificado en 1917 por el art.918, que admite la resolución implícita.-

Gran parte de la doctrina, en especial / los autores franceses, llaman "condición resolutoria implícita", al pacto comisorio tácito.- Preferimos denominarlo de este último modo a fin de dejar bien diferenciadas ambas figuras jurídicas -pacto comisorio y condición resolutoria- cuya distinción hemos examinado anteriormente.-

49 - Fundamento del pacto comisorio tácito - Se ha dividido la opinión de la doctrina sobre las razones que justifican el pacto comisorio tácito:

a) La mayoría de los autores fundan el pacto comisorio tácito en la / equidad.- La ley, dicen los partidarios de esta tesis, interpretando la voluntad de las partes que concluyen un contrato sinalagmático, supone que han convenido tácitamente que si una no cumple su obligación, la otra tiene derecho de demandar la disolución.- Se evita así que el contratante de buena fe se vea obligado a perseguir deudores morosos, perdiendo tiempo y dinero, muchas veces inútilmente.- La resolución subsana estos inconvenientes y salva el derecho del contratante de buena / fe.- (3)

b) Autores modernos hallan el fundamento del pacto comisorio en razones estrictamente jurídicas, pretendiendo que está basado en la conditio causa non secuta, porque en los contratos bilaterales la obligación de / una parte tiene por causa la obligación asumida por la otra.- Si una //

(3) Pothier, Du contrat de Vente, N° 476; Demolombe, t.XXV, N° 489; / Huc, t. VII, N° 267.-

parte deja de cumplir su prestación, la obligación de la otra cesa porque desaparece la causa que le sirve de razón de ser.- (4) - (5)

Esta teoría ha sido criticada.- Todas // las obligaciones nacidas de un contrato, tienen por causa la voluntad de los contratantes, manifestada en el momento de la convención, y, -argumentan los opositores a esta teoría- esta causa subsiste a pesar de / la inejecución, lo que se prueba en el hecho de que la parte no culpable puede pedir la ejecución forzada del contrato, cumpliendo ella sus propias obligaciones.-

"Esto que se presenta como una razón de / derecho, dice Laurent, es siempre una consideración de equidad.-El vendedor no se obliga a entregar la cosa sino a condición de que el comprador le pague el precio.- Si éste no cumple con su obligación de pagar, la equidad exige que el vendedor quede desligado de la obligación que / ha asumido.- Puedo decirse que tal es la intención probable de las partes contratantes y que es por esa consideración que estipulan el pacto comisorio expreso.- Qué hace el legislador? Estipula por las partes, subentendiendo la condición resolutoria". (6)

(4) Baudry Lacantinerie et Barde, Obligations II, N° 902 y 903.-

(5) "En los contratos sinalagmáticos, dado que la razón de ser o el motivo de una prestación es causa o razón de la otra -dice un fallo del Supr. Trib. de E. Rios- resulta indudable que una de las partes no podrá demandar su cumplimiento si no prueba ella haberlo cumplido u ofreciese cumplirlo o que su obligación es a plazo. (art.1201 del c. civil)" La Ley 77-452.

(6) Laurent, t.XVII N° 122, pág.137 - La teoría de la causa.- Dicen Baudry Lacantinerie et Barde, "Obligations", Vol.2°, N° 900, nota (1) -es inútil y peligrosa.-

50 - El pacto comisorio tácito en el código civil argentino - El artículo 1204 sienta como norma general, que "si no hubiere pacto expreso que autorice a una de las partes a disolver el contrato si la otra no lo / cumpliere, el contrato no podrá disolverse y sólo podrá pedirse su cumplimiento".-

El principio general sentado por el art. 1204 tiene numerosas excepciones dentro del articulado del código, hasta tal punto que constituye una excepción.-

Esta norma debe ser armonizada con el resto del código civil e interpretado lógicamente.- Dice que no habiendo / pacto comisorio expreso, "no podrá disolverse y sólo podrá pedirse su / cumplimiento".- Pero, si exigido tal cumplimiento resultare imposible / por negativa del deudor o por pérdida de la cosa, debería asimismo demandarse tal cumplimiento? Entendemos que la ley debe ser interpretada dentro de la lógica y de la economía general del código.- Siendo imposible el cumplimiento, lo que queda probado con el requerimiento infructuoso del acreedor, éste no tiene otra vía que la resolución del contrato.- Así lo ha sentado nuestra jurisprudencia pues hubiese sido carente de sentido que frente a situaciones insolubles y por la sola razón de no haberse estipulado pacto comisorio, los jueces persistieran en ordenar el cumplimiento de contratos que no podrán cumplirse, sea por imposibilidad material o jurídica.- (7)

"Cuando se estudia e interpreta un sistema jurídico positivo, jamás debe detenerse en la letra de disposiciones/

(7) C.N.Civil Pleno de la Cap.Fed., 26/V/53 L.L.70-503. Conf.L.L. 53-574; J.A.947-IV-709; L.L. 34-642; J.A. 947-I-1167.-

aisladas que casi siempre están lejos de proporcionar el espíritu intrínseco del sistema, además de todas las fórmulas casi siempre breves y consiguientemente por sí solas falaces, existe la razón animadora del organismo lógico entero y a esta razón debe, sobre todo, atender el jurista, para comprender bien y aplicar rectamente el derecho vigente".- (8)

51 - Crítica al artículo 1204 del código civil - Indudablemente, lo preferible sería la modificación del artículo 1204, pues si bien cabe la interpretación que propugnamos, siempre resulta ambiguo y da lugar a soluciones equívocas, lo que constituye un grave inconveniente en las transacciones.- (9) Spota ha dicho: "Los inconvenientes que acarrea al comercio jurídico un precepto como el del art.1204, son evidentes; una de las partes si no ha previsto la facultad de resolver el contrato para el caso de que la otra no cumple, sólo le quedan estos dos caminos: u oponer la excepción de cumplimiento total o parcial ("exceptio non adimpleti contractus" o "exceptio non rite adimpleti contractus") que autoriza el artículo 1201 del cód.civil, o bien, exigir el cumplimiento forzoso, por sí o por tercero, o las indemnizaciones respectivas, (arts.505 y 1204).- En otros términos, en el segundo supuesto debe embarcarse en una acción de cumpli-

(8) Del voto del Dr. R.E.Chute en fallo mencionado precedentemente.-

(9) Dice Bibiloni, criticando el art.1204; "Aunque no se reciba la contraprestación, hay que cumplir la convención y perseguir en justicia la ejecución.- El deudor es insolvente, ha desaparecido, es desleal en el cumplimiento de sus contratos.- No importa.- Hay que exigir lo que ya se sabe que no se entregará, o se entregará tarde y mal, o cuando no se necesite.- Y, sobre todo, hay que empezar por cumplir las obligaciones propias, o estar listo con las cosas para la entrega, sin poder disponer de ellas; art.1201.- Es la ley de los contratos; pero como se ha visto, el Código no la observa".- (Ante proyecto de Reformas al Cód.Civ.Arg., t.2,pág.425).-

miento contractual contra quien con culpa o dolo, no ha ejecutado la / prestación prometida.- La parte no culpable pues, se halla forzosamente vinculada con quien puede ser insolvente, o ha demostrado su mala fe, o que sabe que no cumplirá con su obligación". (10)

Para subsanar estos graves inconvenientes, Bibiloni en su anteproyecto establece que el pacto comisorio tácito se entiende implícito en todos los contratos bilaterales, aunque no se hubiera estipulado expresamente.- La Comisión Reformadora en su art.289 establece la resolución "si hubiere imposibilidad de cumplir la prestación de uno de los contratantes, y así resultare de un hecho posterior al contrato no imputable a ninguna de ellos".- El artículo 834 de la Comisión agrega que, "no ejecutada la prestación, el acreedor podrá exigir se cumpla el contrato si fuere posible, y los daños y perjuicios; o bien darlo por resuelto con derecho al resarcimiento por la inejecución si hubiere lugar, haciéndolo saber al otro interesado".- (11)

52 - Alcance del artículo 1204 - Pese a lo establecido por este artículo, casi todos los contratos pueden resolverse sin necesidad de estipularlo expresamente, cuando una de las partes no cumple con las obligaciones a su cargo.- A través del articulado del código civil, se sienta el principio contrario a la pretendida regla general.- (12)

Los artículos 578, 605, 615, 627 y 895, disponen que la pérdida o deterioro de la cosa o la imposibilidad del he-

(10) Spota, J.A. t.69, pág.785.

(11) Dice la Comisión fundamentando el art. "Es la solución que más armoniza con la lealtad comercial y la buena fe."

(12) Comentando el art.1204, dice Llerena que "las excepciones que contiene nuestra legislación, la hacen casi igual a la francesa.- (t.4; / p.319).

cho disuelven la obligación, extinguiéndose no sólo para el deudor sino también para el acreedor a quien el deudor debe devolver todo lo que hubiese recibido por motivo de la obligación extinguida, (art.895).- Es lo que concretamente dispone el artículo 1328 y del que surge que no estando obligado a cumplir quien no puede recibir la contraprestación, implica que la cláusula resolutoria está sobreentendida.- (13)

Constituyen asimismo excepciones a la regla del art.1204, las disposiciones de los arts.1412 y 1420 (obligaciones del vendedor); 1430 (obligaciones del comprador); 1519, 1520,1524, / 1564, 1565, y 1579 (locación); 1639, 1640, 1642, 1643 y 1644, (locación de obras); 1708, 1709 y 1735 (sociedad); 1849, (donaciones); 2087 (renta vitalicia), que permiten disolver los contratos aunque no exista pacto comisorio expreso.- (14).- El codificador ha sido pues, inconsecuente al no mantener en los diversos contratos el principio absoluto que / sentó en el artículo 1204.- Esta contradicción se debe al hecho de que el art.1204, tiene como antecedente inmediato el art.1960, 2a.parte del Esboco de Freitas y art.919 del cód.civil austríaco; las restantes disposiciones, sobre todo las referentes a la compraventa se inspiran en / el Código Civil francés que acepta el pacto comisorio tácito en todos los contratos. (art.1184) (15)

53 - El pacto comisorio tácito en el Código de Comercio - Nuestro Código de Comercio, sentando un principio opuesto al artículo 1204 del Código//

(13) Dice un fallo del Supr.Trib.de E.Rios: "Este principio, (el del art. 1204) se encuentra rodeado de numerosas excepciones a través del cuerpo legal en las distintas figuras jurídicas".- (La Ley, t.77, / pág.452).-

(14) L.L. 70-503.-

(15) Roberto E.Chute, su voto en fallo de la C.N.Civ. en pleno, de la Cap.Fed. 26-V-53; L.L. 70-503.-

Civil, establece el pacto comisorio tácito en las transacciones comerciales.- (16)

El artículo 216 del código de comercio dice en su primera parte que "la condición resolutoria se entiende implícitamente comprendida en todos los contratos bilaterales o sinalagmáticos para el caso en que una de las partes no cumpla su compromiso".- Esta es la regla general.- El mismo artículo trae luego disposiciones / particulares y de aplicación, que estudiaremos oportunamente.-

Según el artículo 216, que comentamos, / el pacto comisorio tácito no resuelve ipso jure el contrato, pues debe reclamarse judicialmente.-

El art.216 establece que "la resolución debe reclamarse judicialmente"; es decir que no bastará una manifiesta- / ción de voluntad del contratante no culpable; sino que es necesario una demanda judicial para que el pacto comisorio tácito produzca sus efectos; Es la decisión judicial la que produce la resolución del contrato; éste subsiste mientras el fallo del juez no lo resuelva; pero producida la / sentencia y firme, la resolución tiene el efecto retroactivo que le es propio. (17)

(16) La venta de un fondo de comercio reviste carácter mercantil;siendo en tal caso tambien comercial la del inmueble en que aquél se halla instalado -dice un fallo de la C.Ia.C.C.de Mercedes- con abstrac- / ción del valor que tenga en relación al comercio y, en consecuen- / cia, funciona el derecho a resolver el contrato por incumplimiento de la contraparte, de acuerdo con el pacto comisorio tácito pres- / cripto por el art.216 del cód.de comercio. (La Ley, t.76,pág.466 y sgtes.)

(17) Nuestra jurisprudencia aplica invariablemente y sin excepciones lo dispuesto por el art.216 del cód.de com.en el sentido de que es ne- / cesaria la sentencia judicial para resolver un contrato comercial en el que no existe pacto comisorio expreso que admita la resolu- / ción ipso jure; Gac.For.t.150, pág.563; La Ley t.34,pág.119;La Ley t.53,pág.605; J.A.1956-III-519.-

Agrega el artículo en su parte final //

"que pueden los tribunales conceder un plazo al demandado".-

Procediendo en otra forma, es decir, dando por resuelto el contrato sin acudir a la justicia, y, en consecuencia, no cumpliéndolo por su parte, el que así lo haga puede incurrir a su vez en culpa justificativa de resolución.- (18) Pero la regla general adoptada por nuestros tribunales en la que exige, de acuerdo al texto legal, la demanda judicial de resolución.- (19)

54 - Diferencia entre el pacto comisorio tácito y la condición resolutoria. (20) Entre el pacto comisorio tácito y la condición resolutoria, existen importantes diferencias, entre las que debemos destacar:

1º) La disolución del contrato derivada de la condición resolutoria, se opera de pleno derecho, en cuanto se verifica el cumplimiento de la condición.- En cambio, la disolución proveniente del pacto comisorio tácito, resulta del pronunciamiento judicial.-

2º) La disolución del contrato en virtud del pacto comisorio tácito / está subordinada a la voluntad del acreedor, quien, si así le conviene puede renunciar a la resolución y exigir el cumplimiento.-

Tratándose de la condición resolutoria, la ejecución de la obligación queda subordinada al cumplimiento o no / del hecho a que han subordinado las partes el contrato.- Producido el /

(18) Malagarriga, Trat. Elem. de Der, Com., ed. 1951, t. II, pág. 49; Cám. Com. de la Cap. Fed, en Gac. del Foro, t. 167, pág. 563.-

(19) Cám. de Paz Letrada Cap. Fed. en Gac. de Paz, t. 60, pág. 221.-

(20) Laurent, Planiol et Ripert, como los demás autores franceses, llaman a la condición resolutoria "condición resolutoria expresa", en oposición a "condición resolutoria tácita", que es como denominan al pacto comisorio tácito.-

evento, el contrato queda resuelto y cada interesado puede invocar la resolución.

3º) La disolución que resulta de la condición resolutoria, no puede dar lugar a una acción de resarcimiento por daños y perjuicios a favor de la parte damnificada por la disolución, porque esa es la ley del / contrato; no puede imputarse a culpa de ninguna de las partes.- Por el contrario en la resolución derivada del pacto comisorio tácito, admite la acción de resarcimiento por daños y perjuicios.- (21)

55 - Diferencias entre rescisión y pacto comisorio tácito - La rescisión, conforme lo hemos visto, sólo puede tener lugar por el mutuo acuerdo de las partes que han formado el contrato, pues una sola voluntad no puede dejar sin efecto el producto de la concurrencia de dos o / más voluntades. De modo que un contratante no puede rescindir unilateralmente un contrato, pues tal declaración sería ineficaz y no haría más que revelar de dicha parte una negativa ilegal a cumplir con sus obligaciones.-

En la compraventa, por ejemplo, si el / comprador no paga el precio dentro del plazo convenido, el vendedor no puede rescindir el contrato por sí; ni exigir judicialmente la rescisión pues en nuestro derecho no cabe la rescisión sino por mutuo acuerdo de las partes.- El vendedor tiene en este caso en su auxilio el pacto comisorio tácito en virtud del cual presentará ante la justicia solicitando la resolución del contrato, por el incumplimiento del comprador.-

De modo que el pacto comisorio tácito es el medio que otorga la ley al contratante de buena fe para demandar judicialmente la resolución de un contrato ante el incumplimiento de la otra

(21) Baudry Lacantinerie et Barde, Olig., Vol.II. N° 930.

parte.- En tanto que la rescisión es la disolución de un contrato por / el mutuo acuerdo de las personas que han concurrido a formarlo.-

Hemos dicho que en la legislación comparada, se admite en ciertos casos demandar unilateralmente la rescisión de un contrato prescindiendo, y aun en contra, de la voluntad del otro contratante.- En estos supuestos, como ya dijimos, las diferencias son notables, pues mientras que el ejercicio del pacto comisorio requiere que haya incumplimiento, la rescisión se motiva en cuestiones de otro orden: lesión, estado de necesidad, etc.-

En algunos casos la ley admite la rescisión unilateral de los contratos: contrato de trabajo, locación de obra, depósito.- Claro está que en los contratos bilaterales la rescisión unilateral equivale al incumplimiento de mala fe, del que deriva / la obligación de indemnizar a la otra parte.-

56 - La señal o arras. La cláusula "como seña y a cuenta de precio" - Esta cláusula, contenida generalmente en los boletos de compraventa de inmuebles, mientras no haya un principio de ejecución del contrato, autoriza al arrepentimiento conforme con el artículo 1202 del código civil.- La primera parte del art.1202 del C.Civil, cuando habla de la señal para asegurar el contrato, se refiere al caso de contratos pendientes de forma, o a las simples promesas de contrato.- En los otros casos, el establecimiento de una señal o arras en un contrato, implica una excepción al principio de que a falta de pacto comisorio expreso, / las partes sólo pueden exigir el cumplimiento del convenio.- Existiendo señal o arras, las partes gozan del derecho de arrepentirse en las / condiciones de la ley, lo que importa prácticamente la resolución del / contrato sin una estipulación expresa del pacto comisorio.- (22)

///

La entrega de una señal o arras importa, por tanto, la constitución de un pacto comisorio tácito, mediante el / cual, la parte no culpada puede optar entre exigir el cumplimiento // -sin perjuicio de la facultad de arrepentirse expresamente que aun con- serva la otra parte- o pedir la resolución con daños y perjuicios, que tendrían su equivalente en el importe de la seña.- (arts.1189 y 1202 / del cód. civil.)

Por otra parte, y ésta es la función // más importante, la cláusula "como seña y a cuenta de precio" faculta tanto al vendedor como al comprador a arrepentirse de la operación con- certada en los términos del artículo 1202 del cód.civil, siempre que / no exista un principio de ejecución del contrato.- (23) Se considera que hay principio de ejecución del contrato y por tanto las partes no / pueden invocar en adelante la cláusula de arrepentimiento, cuando el / vendedor hubicra recibido del comprador una nueva suma a cuenta del / precio o si el adquirente hubiese sido puesto en posesión del inmueble.- Pero los actos meramente preparatorios de un contrato, no equivalen al principio de ejecución que impida el arrepentimiento.-

(22) Cám.2a.de Rosario, Juris, t.1, pág.61.- "Si la cláusula de rescisión, (debiera decir resolución) del contrato de compraventa de un in- mueble, está condicionada a la perfección de los títulos- dice un fallo de la Cám.2a.Civ.y Com.de S.Fe- no estamos ante la cláusula común de arrepentirse, que el vendedor pudiera decidir a su arbi- trario, y vencido el plazo para escriturar, no ha debido rescindirlo por sí y ante sí sin demandar judicialmente su caducidad".- (Juris t.2, pág.120).

(23) "Cuando se ha fijado en el contrato plazo para escriturar, las par- tes podrán optar por el arrepentimiento durante dicho término y / hasta la constitución en mora.- Si no ha habido constitución en mo- ra, el arrepentimiento es procedente hasta el momento de la contes- tación de la demanda".- (Cám.2a.Civ.y Com.de Rosario en Juris, t.1 pág.205).

Así, no hay principio de ejecución del contrato sino actos preparatorios encaminados a hacer factible el cumplimiento del mismo, en la entrega de los títulos al escribano, la confección de un plano de subdivisión y su trámite en la Dirección de Catastro, pues a través de ellos no se ha dado cumplimiento a ninguna de las obligaciones emergentes de la promesa de venta concertada. (arts. / 1409, 1424, 2609 y concs. del código civil).- (24)

Aun cuando el principio de ejecución / del contrato impide el arrepentimiento, y la entrega de posesión se considera como un principio de ejecución, esa entrega en el caso de venta al contado está condicionada al pago del precio dentro del término establecido.- Si el precio no se paga en el término convenido, no puede el comprador inocular esa posesión como principio de ejecución del contrato para justificar su demanda por escrituración.-

"Así como la obligación primordial del / vendedor consiste en entregar la cosa que vende en el lugar y tiempo debidos, la más importante obligación del comprador consiste en pagar el / precio estipulado, también en el lugar y tiempo convenidos.- Se com- / prende que sea así, pues el pago del precio constituye por excelencia / la contraprestación del comprador al vendedor por la cosa que recibe de éste.- Es la contrapartida, "el corrospettivo" de la prestación del ven-//

(24) Supr. Corte de Bs.As., 10.4.51 en La Ley, t.62, pág.763.- Para la Cám. 2a. Civ. y Com. de S.Fo, el contrato de compraventa ha tenido principio de ejecución (y por lo tanto no cabe arrepentirse) con la determinación de la fecha para escriturar y los trámites preliminares a dicho acto, en los que el vendedor colaboró facilitando al escribano la documentación pertinente" (Juris, t.2, pág.120).

dador, la causa -fin, el fin o finalidad inmediata y directa de la obligación que contrae el vendedor de entregar al comprador la cosa que le vende". (25)

La jurisprudencia ha resuelto que si // bien el principio de ejecución del contrato impide el arrepentimiento, la resolución procede lo mismo cuando media incumplimiento de una de / las partes contratantes, por ej., la compradora que no escritura ni paga el precio en la época convenida, (26), pues en este caso se demanda la resolución en virtud del pacto comisorio implícito, de modo que la cuestión jurídica no es relativa a la disolución del contrato por arrepentimiento, sino por falta de ejecución en tiempo. (27).

La cláusula "como seña y a cuenta de // precio", funciona pues, en un doble sentido; mientras el contrato no se cumple, funciona como señal y, en consecuencia, existe el derecho de arrepentirse; si el contrato se cumple, ella queda a cuenta de precio y se imputa a éste.- (28)

57 - La señal o arras en el Código de Comercio - El código de Comercio sienta un principio opuesto al del Código Civil.- En efecto, el art. / 475, dice: "Las cantidades que con el nombre de señal o arras se suelen entregar en las ventas, se entiende siempre que lo han sido por cuenta /

(25) Rezzonico, "Compraventa", pág.181

(26) C.N.Civil Sala C., La Ley, t.65, pág.400.

(27) C.N.Civ.Cap.Fed.II.V.53 -L.L.70 - 598.

(28) Salvat, "Contratos en General", 2a.ed.1941,pág.114; Lafaille "Curso de Contratos", ct.1927, t.1, pág.477; Colombo en la Ley, t.40, pág.841.- Si no se ha pactado un plazo para ejercitar la facultad de arrepentirse en un boleto de compraventa, en el que el comprador entregara una suma de dinero "como seña y a cuenta de precio" y no ha habido principio de ejecución del contrato, debe declararse procedente el derecho de resolución invocado al contestar la demanda.- (Cám.3a.Civ.y Com.de Rosario, Juris, t.2,pág.194.)

del precio y en signo de ratificación del contrato, sin que pueda ninguna de las partes retractarse, perdiendo las arras.- Cuando el vendedor y el comprador convengan en que, mediante la pérdida de las arras o cantidad anticipada, les sea lícito arrepentirse o dejar de cumplir lo contratado, deberán expresarlo así por cláusula especial del contrato"

58 - Resolución por autoridad del acreedor: Intimación a cumplir: No hallamos ante un problema muy frecuente: El acreedor por un acto unilateral y extrajudicial, es decir mediante la intimación escrita, exige a la parte deudora que cumpla, bajo apercibimiento de que transcurrido cierto término (que indica el acreedor), el contrato se entenderá resuelto.-

Se produce la resolución del contrato si el deudor no cumple en el / término especificado ?

Esta figura jurídica ha sido contemplada en el artículo 1454 del nuevo código civil italiano, por el cual en caso de incumplimiento de un contrato bilateral, la parte no culpable puede intimar el incumplimiento por escrito, para que cumpla en un término adecuado, (29), mediante declaración de que, transcurrido inútilmente dicho término, el contrato se entenderá sin más, resuelto.-

En nuestro derecho esta solución no es posible, ya que falta en la ley argentina una norma que tenga tal contenido.- (30) El acreedor, no habiendo pacto comisorio expreso que admita la resolución de pleno derecho, debe demandar judicialmente la resolución amparado en el pacto comisorio tácito, en los casos que la ley lo

(29) "Dicho término, -dice Messineo, t.II,pág.347- por lo general,(es decir, salvo estipulación en contrario o salvo que la naturaleza del contrato o el uso permitan un término más breve) no puede ser inferior a quince días (computables desde el siguiente a la recepción del apercibimiento)".-

(30) Vittorio Neppi, Adiciones a la obra cit.de Messineo,t.II,pág.407, Ad.XXVIII.-

establece.-

59 - Resolución por excesiva onerosidad sobreviniente: cláusula "Rebus sic stantibus" - En los contratos con prestaciones recíprocas que sean de ejecución continuada o periódica o bien de ejecución diferida, puede resultar que una de las partes se vea sometida a una onerosidad excesiva o anormal en razón de que la base económica tenida en cuenta al contratar, resulta modificada en el momento de la ejecución.-Ello crea para la parte afectada, una dificultad para cumplir su prestación.-

Los juristas de la edad media para subsanar esta situación, sostenían que en los contratos existe sobreentendida la cláusula "rebus sic stantibus", según la cual el contrato se resuelve cuando al llegar el momento de la ejecución se ha modificado la situación de recíproco sacrificio y ventaja tenida presente por las partes en el momento de la convención" (31)

Nuestro código civil no contiene disposición alguna sobre la cláusula "rebus sic stantibus", de modo que en / nuestra ley no cabe la resolución de un contrato en razón de haber sobrevenido una excesiva o anormal onerosidad a cargo de una de las partes.- (32)

Este instituto ha sido admitido en el nuevo código civil italiano cuyo artículo 1467 se ocupa de la cláusula "rebus sic stantibus" en los contratos con prestaciones recíprocas, de ejecución continuada o periódica o diferida.- (33)

(31) Messineo, t.II, pág.373

(32) En la locación de obra por ej., el art.1633 del cód.civil consagra expresamente el principio opuesto a la "rebus sic stantibus"

(33) En la ley italiana, -dice Messineo, t.II,pág.375- "la resolución por excesiva onerosidad, aunque concebida como remedio general, se aplica únicamente a los contratos conmutativos y aún respecto de éstos, no en cualquier caso.- La ley no ha determinado cuándo la onerosidad ha de considerarse excesiva; es un punto librado al prudente arbitrio del juez del hecho".

Debemos destacar que para el código civil italiano la excesiva onerosidad que puede dar lugar al funcionamiento de la cláusula "rebus sic stantibus" es únicamente la que se determina por acontecimientos extraordinarios o imprevisibles.-

VII

C O N D I C I O N E S D E E J E R C I C I O D E L
P A C T O C O M I S Ó R I O T A C I T O

60 - Noción - Para que se opere la resolución en virtud del pacto comisario tácito debe perseguirse por vía de acción judicial. (1)

Para ello es necesario que haya un incumplimiento de parte del co-contratante el que puede consistir sea en no / entregar, no hacer, o hacer, según que la obligación sea de dar, hacer o no hacer.-

Para que la acción resolutoria surja es necesario que la o las obligaciones de la otra parte sea exigibles.- Una obligación a plazo no es exigible sino al término del mismo, (art. 556 del cód.civil).- Si la obligación es de plazo indeterminado, la misma no es exigible y por tanto no puede dar nacimiento a la acción resolutoria.- El reclamante debe pedir previamente la fijación del plazo por / vía judicial; (arts.751 y 618, Ia. parte del c.civil).- (2)

61 - Cuándo existe incumplimiento - En principio el incumplimiento que / autoriza el ejercicio del pacto comisario tácito no puede ofrecer dificultades de acuerdo a lo expuesto precedentemente.- Pero en muchos casos no es fácil determinar si hay o no incumplimiento.-

Así, existe incumplimiento que justifica la acción de resolución, cuando el co-contratante realiza actos que le están prohibidos en el contrato: en el contrato de locación, por ej., modificar unilateralmente el uso a que está destinada la casa o alterar el //

(1) Según el cód.civ.francés y el cód.de comercio argentino, el juez puede conceder un plazo al deudor.-

(2) C.N.Especial de Cap.Fed., en La Ley, t.76, pág.295.-

estado de ésta, salvo que se trate de mejoras.- (3)

Por el contrario, no constituye incumplimiento la voluntad de una de las partes de cumplir su obligación de un cierto modo que es discutido por la otra, de tal forma que motive / un juicio que deberá decidir de qué modo el contrato ha de interpretarse y ejecutarse.- (4)

Del mismo modo, la simple irregularidad del cumplimiento por haberse cumplido de distinto modo o en distinto lugar, no justifica el pedido de resolución.- (5)

Según la Corte de Casación de Roma, el simple retardo en el cumplimiento puede justificar la demanda de resolución, solución que también cabe en la ley argentina, sobre todo en el código de comercio atento a lo dispuesto por el artículo 216.-

62 - Solución en el Código Civil Argentino - En nuestro Código Civil, el pacto comisorio tácito no produce la resolución de pleno derecho, pues el contratante perjudicado puede optar entre la resolución o exigir el cumplimiento forzado de la obligación.- Los efectos se producen en virtud de la decisión judicial que declara resuelto el contrato.- Sigue / en estos los principios generales consagrados en la legislación de los países que han seguido el código de Napoleón.-

63 - Mora del deudor - Para demandar la resolución, es necesario colocar en mora al deudor? Entendemos que sí, pues el pacto comisorio es /

(3) Messineo, t.II, pág.338, ap.b)

(4) Corte de Cas. de Roma en MFI, 1943, n.1658 col.409

(5) Vittorio Neppi en Messineo, t.II, pág.405, Ad.XVII.

el medio que la ley otorga al contratante de buena fe contra el deudor incumpliente.- No podemos decir, no hallándose pactada la mora automática, que exista incumplimiento hasta tanto no se haya colocado en mora al obligado, (art.509 del C.civil).- Mientras no se haya colocado / en mora al deudor éste puede cumplir válidamente su obligación.- Nuestra jurisprudencia sigue con invariable uniformidad este principio.(6) Así, se ha sostenido que el mero vencimiento del plazo para escriturar no comporta situación de mora para el obligado si no fué expresamente convenida, no pudiendo decidirse la resolución del contrato sin constituir previamente en mora al comprador y demandar su cumplimiento, al no existir pacto comisorio expreso y referirse la única cláusula de resolución a la perfección de los títulos.- (7)

La jurisprudencia francesa se ha orientado en sentido contrario a la nuestra, sosteniendo que "para el ejercicio de la acción de resolución, la reclamación judicial coloca en mora a la parte que no ha cumplido su obligación, sin que sea necesario que la acción sea precedida de una intimación.- (8)

64 - Inejecución parcial - La inejecución parcial de las prestaciones a que está obligado un contratante, autoriza al otro para pedir la resolución del contrato?

Nuestro código civil no contiene norma / expresa sobre este particular por lo que debemos remitirnos a los prin-

(6) C.N.Civ.de la Cap.Fed.(Sala B.) en fallo del 17.XI.54 - el que exige la previa constitución en mora del deudor para demandar la resolución de un boleto de compraventa (La Ley, t.78, pág.205; La Ley 74-760) y S.C.Bs.As., en fallo del 29.XII.54, que también exige la previa constitución en mora.- (La Ley, t.78, pág.489)

(7) Cám.2a.Civ.y Com.de S.Fe., Juris. t.2. pág.120

(8) Baudry Lacantinerie et Barde, Oblig., II, n°929.- En igual sentido Laurent, t.XVII, pág.148 N° 132.

cipios generales.- Podemos sostener que dentro de nuestra ley el contrato no se puede resolver si el incumplimiento fuese de poca importancia, teniendo en cuenta el interés de la otra parte.- (9)

El artículo 216 del Código de Comercio, que pareciera referirse a este problema, como el art.1184 del código civil francés, es poco claro.- Su texto ha hecho pensar que se inclina por la solución afirmativa, pues no exige la inejecución total, como condición de resolución, lo que ha permitido deducir que la inejecución parcial puede considerarse como causa suficiente: "Mas en los contratos en que hay hechos ya realizados -dice el art.216- los que se han cumplido / quedan firmes, y producen en cuanto a ellos, las obligaciones del contrato".-

Esta disposición no debe entenderse lite ralmente, sino refiriéndose sobre todo, a los contratos de tracto sucesivo, en los supuestos de obligaciones divisibles o de contratos de posible cumplimiento por partes, sea debido a su misma naturaleza, sea en razón / de los propósitos de los contratantes.- (10) En consecuencia, no comprende el caso en que el enajenante o el comprador hayan realizado parte de / los actos que eran necesarios para llegar al término de la operación, como por ejemplo entrega de parte del predio y de la posesión del inmueble, pese a lo cual no se llegó a la escrituración y entrega definitiva y plen,

(9) "La razón" -dice Messineo, t.II,pág.348- por la que la escasa importancia del incumplimiento obsta a la resolución, reside en el principio de la buena fe contractual; y, por tanto, la regla ha de considerarse de orden público.- Dicha regla se refiere sobre todo a la entidad de las prestaciones accesorias; pero se aplica también a la prestación principal si el cumplimiento es de leve entidad".

(10) Malagarriga, op.cit., t.II,pag.51

na del mismo.-

Por ello, la procedencia de la resolución por inejecución parcial será una cuestión de hecho que el juez resolverá equitativamente según las circunstancias, pues en unos casos la inejecución parcial puede ser causa suficiente, en tanto que en otros no.-

En el código civil francés se presenta el mismo problema, ya que la ley no contiene disposición sobre este particular.- La doctrina en general se inclina a sostener que, siendo el pacto comisorio una institución basada en la equidad, la solución del problema debe hallarse dentro de este principio.- (11)

La jurisprudencia francesa en cambio, ha sido vacilante aunque últimamente se ha sentado que el pacto comisorio tácito, ("condición resolutoria implícita" le llaman los autores franceses) permite al juez, en caso de inejecución parcial, apreciar de acuerdo a las circunstancias de hecho, si esta inejecución tiene demasiada importancia como para que se pronuncie la resolución.- Si se estima que el incumplimiento parcial no es tan importante como para aplicar una sanción tan grave, el juez puede condenar a satisfacer los daños y perjuicios provenientes de ese incumplimiento y mantener el contrato por el resto.- (12)

65 - Inejecución por caso fortuito o fuerza mayor - Para que proceda la resolución en virtud del pacto comisorio tácito; es necesario que el //

(11) Laurent, t.XVII, pág.142.

(12) "Esta resolución parcial -dicen Planiol et Ripert- t.VI, pág.598 - ha levantado algunas críticas por cuanto constituye una modificación judicial del contrato.- Pero la buena fe, del mismo modo que obliga al acreedor a aceptar una prórroga, (existe en el código civil francés y en el art.216 del cód.de comercio argentino), le impide exigir una resolución total cuando la ejecución parcial le procura, por parte, una satisfacción suficiente".

incumplimiento se deba a una falta o a una negligencia imputable al incumplimiento ? La doctrina responde negativamente y se basa en que la ley no hace distinciones entre las causas de incumplimiento.- (13) - Aubry et Rau, refiriéndose a este problema dicen que "la aplicación del / pacto comisorio es independiente de las circunstancias que pueden haber impedido a una de las partes a satisfacer las propias obligaciones"(14).---

Larombière y Demolombe, fundan la solución expuesta en la teoría de la causa en los contratos sinalagmáticos. Desde el momento que es necesaria la existencia de una causa para la validez de tales convenciones -sostienen estos autores- es suficiente que falte esta causa, sin importar cómo ni por qué, para que la condición / resolutoria se verifique.- (15)

Los autores que fundan el pacto comisorio en la equidad, critican la teoría precedente y hallan la razón de la resolución en los mismos principios ya analizados.-

Para Baudry Lacantinerie et Barde, el incumplimiento debido a una causa ajena a la voluntad del deudor, no puede dar a la resolución fundada en el pacto comisorio tácito.- Según este autor la cláusula resolutoria tácita ha sido establecida por el legislador como una garantía dada al acreedor contra la mala fe del deudor, con lo que se asimila, -dicen- a la cláusula penal.- Esta última no se aplica / cuando el incumplimiento no deriva de culpa del deudor.-

(13) Laurent, t.XVII, N° 124, pág.140.

(14) Aubry et Rau, 4a. ed. t.IV.pág.83; 5a.ed. t.IV., pág.127

(15) Larombière, III,pág.92 (art,1186, N° 6); Demolombe, XXV, N° 497.--

Análogamente -deducen- debe decidirse para la cláusula resolutoria tácita.- (16)

Referido concretamente el problema a / nuestro derecho positivo, consideramos que en caso de inejecución de / la obligación por caso fortuito o fuerza mayor, es decir sin culpa del deudor, el pacto comisorio, tanto tácito como expreso, opera sus efectos.- El art.578 del Código Civil dice que "si la obligación de dar una cosa cierta es para transferir sobre ella derechos reales, y la cosa se pierde sin culpa del deudor, la obligación queda disuelta por ambas partes", aclarando el codificador en la nota: "Nuestro artículo también libra al deudor de cosa cierta de la obligación de entregarla, si perece sin su culpa, pero lo libra disolviendo la obligación, y no dejando obligado / al acreedor".-

En igual sentido el art.888 dice "La // obligación se extingue cuando la prestación que forma la materia de ella, viene a ser física o legalmente imposible sin culpa del deudor".-

En cuanto al Código de Comercio, el art. 216, al establecer el pacto comisorio para el caso en que una de las / partes no cumpla su compromiso, no distingue en forma alguna que ello sea con o sin culpa del deudor, por lo que debemos aceptar que el pacto comisorio implícito opera sus efectos aun cuando la falta de cumplimiento sea el resultado de una fuerza mayor o caso fortuito.-

En el caso de imposibilidad total y definitiva de la ejecución, la resolución por imposibilidad debida a caso /

(16) Baudry Lacantinerie et Barde, Oblig. Vol. II., N° 914.-

fortuito o fuerza mayor, se opera de pleno derecho ya que el acreedor no tiene en tal caso el derecho de opción.- Los daños y perjuicios no pueden ser demandados.- (17)

66 - Incumplimiento por culpa del acreedor - Si el deudor no ha ejecutado su obligación a consecuencia de un hecho imputable al acreedor, es lógico que éste no podrá demandar la resolución.-

67 - Culpa de ambas partes - En caso que concorra la culpa de ambas partes contratantes, deberá hacerse la comparación de las culpas, para así establecer la relación que exista entre la inejecución del contrato y / las culpas concurrentes.- De este modo podrá conocerse la influencia de cada culpa en el hecho de la inejecución, y que permitirá a los jueces / pronunciarse sobre la resolución del contrato, negándola o declarándola según se compensen o no, las culpas concurrentes.- (18) Los jueces tienen un derecho absoluto para apreciar los perjuicios derivados para cada parte por el incumplimiento de la otra.- (19)

68 - Imposibilidad temporaria - Si la imposibilidad de la prestación / fuese solamente temporaria, no produce la extinción de la obligación, sino que ésta queda en suspenso.- Consideramos que la imposibilidad de pago a que se refiere el art.695 del cód.civil es la definitiva y no la simplemente temporaria.- (20)

(17) Planiol et Ripert, t.VI, pág.591, N° 425.-

(18) Siburu, op.cit. t.4, pág.76.

(19) Laurent, XVII. N° 126, pág.141

(20) "Pero la imposibilidad temporaria que perdure -dice Messineo, II, pág.367- no puede conducir igualmente a la extinción de la obligación si el deudor, en relación al título de la obligación o a la / naturaleza del objeto, no puede ya ser considerado obligado a ejecutar la prestación, o bien si el acreedor no tiene más interés en conseguirla".

69 - Imposibilidad sobreviniente en el contrato que constituye un derecho real sobre una cosa ajena - En los contratos en que se constituye un derecho real sobre una cosa ajena (uso, usufructo, habitación, servidumbres prediales) y en los que se transfiere la propiedad de una cosa, la imposibilidad por destrucción de una cosa, resuelve el contrato ?

En la compraventa si la cosa se pierde antes de la tradición, se produce la disolución del contrato para ambas partes, (artículos 577 y 578 del código civil) pues para nuestra ley el comprador no adquiere el dominio sino con la tradición.- Lo mismo podemos decir en caso de pérdida de la cosa objeto del usufructo, uso, habitación, servidumbres.-

En el caso del contrato por el cual se / constituye sobre una cosa un derecho real de prenda o hipoteca en garantía de la obligación de un tercero y éste se obliga a pagar una retribución por dicha garantía, puede ocurrir que la cosa perezca antes de la / entrega, (prenda) o de la inscripción (hipoteca).- En este caso el derecho real no se constituye por perecimiento del objeto, lo que apareja la imposibilidad de la entrega o de la inscripción.- En consecuencia, el derecho a la retribución a favor del dador de la garantía se extingue, en virtud de la resolución del contrato. (arg.ats.577 y 574 del código civil).- (21)

70 - Imposibilidad sobreviniente en los contratos que tienen por objeto una cosa designada por su género.- El género nunca perece y por tanto, en este supuesto, el deudor no puede pretender resuelto el contrato.-

(21) Conf. Messineo, II pág.369.-

Distinta es la solución si la cosa fué individualizada o entregada antes del perecimiento, o si la cosa perdida pertenecía a un genus limitatum.- En este supuesto se produce la resolución del contrato: arts. 577, y arg.art. 610, ver art.895 del código civil.-

71 - La imposibilidad en los contratos plurilaterales.- Nuestra ley no prevé este supuesto, no refiriéndose en ningún caso de una manera expresa a los contratos plurilaterales.-

Según el nuevo código civil italiano (art. 1466) en los contratos plurilaterales, la imposibilidad de la prestación de una de las partes no produce la resolución del contrato respecto a / las otras, a no ser que la prestación que falte haya de considerarse // esencial, teniendo en cuenta las circunstancias.- (22)

72 - El pacto comisorio tácito en los contratos unilaterales - La opinión de los autores se halla dividida respecto a si el pacto comisorio está implícito en los contratos unilaterales.- Pareciera que este problema no debiera plantearse en nuestro derecho civil ante la disposición terminante del artículo 1204.- Pero recordemos que la propia ley tiene tantas excepciones a dicho principio general, que las excepciones han / pasado a ser regla y pese a lo dispuesto por dicho artículo 1204, la mayoría de los contratos pueden disolverse por incumplimiento de una de / las partes.-

En materia comercial, frente a las disposiciones del art.216, el interrogante también se plantea.-

(22) Vittorio Neppi, en Messineo, op.cit. t.II, pág.402, nota 20.

Gran parte de la doctrina (23), sostiene que el pacto comisorio tácito cabe en los contratos unilaterales pues la institución de referencia se basa en la equidad y la equidad se halla en todas las convenciones sin distinción entre contratos sinalagnáticos y / contratos unilaterales.-

La tesis anterior ha sido criticada.- El pacto comisorio tácito se funda en la intención probable de las partes, la que se manifiesta al celebrarse el contrato.- Si a consecuencia del / contrato una sola de las partes queda obligada, se puede decir que la otra tiene el derecho de demandar se la libere de sus obligaciones cuando ninguna obligación tenía ? Esto implicaría un absurdo, al que nos / llevaría si aceptamos la existencia del pacto comisorio tácito en los // contratos unilaterales.- (24)

Consideramos que la disolución de los // contratos unilaterales por voluntad de la parte a cuyo cargo no se establecen obligaciones, se rige en unos casos por una institución distinta que es la revocatoria.- Por voluntad de la parte obligada se extingue por medio de la renuncia cuando la naturaleza del contrato lo admite. En otro caso -el depósito- el depositario o el depositante pueden rescindir unilateralmente del contrato.- Son éstos, conceptos generales que merecen un detenido estudio para cada clase de contrato.-

Lo expuesto no rige para aquellos contratos unilaterales que, conservando su característica principal, se trans-//

(23) Capitant, "Cause" N° 516; Demolombe, XXV, N° 492 y sgtes.; Euc.VII. N° 267; Planiol et Ripert, VI, pág.589, N° 421.

(24) Aubry et Rau, IV,302, nota 79; Baudry Lacantinerie et Barde, II,N° 905; Laurent, XVII, N° 123, pág.137 y sgtes.-

forman en contratos bilaterales en virtud de establecerse obligaciones de naturaleza especial mediante modos o condiciones a cumplir por la / parte que normalmente no queda obligada.- (25)

73 - Contratos aleatorios - El pacto comisorio tácito no se halla en / los contratos aleatorios, pues las condiciones de tal contrato han sido establecidas sometiendo a la suerte las prestaciones de una o ambas par tes.- (26)

Quando el contrato no es realmente alea- torio, la resolución puede ser demandada: Asi cuando se estipula una / renta vitalicia contra la cesión de un capital o de fondos, entonces la medida anual de rentas, apreciadas al día del contrato, es superior o / igual al monto de la anualidad de la renta.- Del mismo modo, cuando la renta vitalicia es la condición de una donación.-

74 - Cláusula principal y cláusula accesoria - La jurisprudencia ha es- tablecido en esta materia una distinción lógica entre las causas princi- pales y las cláusulas accesorias del contrato.- Consecuente con este // principio se ha decidido que el incumplimiento o violación de una cláu- sula accesoria no puede dar lugar a la resolución del contrato princi- pal. (27)

El juez en todos los casos debe conside-//

(25) Es lo que ocurre con las donaciones hechas imponiendo cargas al do- natarario; en el mandato o en el depósito, en los que se establece u- na retribución a favor del mandatario o depositario.-

(26) Planiol et Ripert, VI, pág.590, N° 422.

(27) El tribunal civil de Lyon en una sentencia del año 1881, ha dicho: "...el anulamiento no debe ser pronunciado sino cuando una de las partes no satisfaga a la otra el equivalente de su prestación prin- cipal, como por ejemplo, el precio equivalente de la cosa vendida; pero...la violación de una obligación accesoria no es motivo de a- nulación, aunque sí, una causa para obtener el resarcimiento de // los daños e intereses". (Citado por Baudry Lacantinerie et Barde, Oblig.II, N° 913.-

especialmente el objeto tenido en vista por el acreedor al contratar y si hubiese contraído o no dicha obligación de haber previsto este incumplimiento.- La importancia mayor o menor de este incumplimiento y su / influencia sobre la suerte del contrato, es esencialmente de carácter / subjetivo.- (28)

75 - Obstáculo a la resolución - La resolución coloca las cosas en su estado anterior, como si el contrato no hubiera existido.- Por tal razón no puede ser demandada por aquél que se halla imposibilitado de restituir lo que hubiese recibido, por ejemplo si ha enajenado la cosa por él adquirida.- (29)

Pero la recepción de la cosa lo mismo / que su uso, por parte del acreedor, no le quitan necesariamente el derecho a demandar la resolución del contrato.- Es necesario para que se entienda así que, teniendo en cuenta las circunstancias, éllas impliquen / una renuncia cierta a la resolución.- (30)

(28) Baudry Lacantinerie et Barde, II, N° 913.

(29) Planiol et Ripert, VI, pág.600, N° 432.

(30) Requeil, 13.V.1878, Sirey, 78/1/253.-

VIII

COMO OPERA EL PACTO COMISORIO TACITO

76 - Derecho de opción - Producida la inejecución, la parte no culpable tiene facultad para optar entre pedir la resolución o bien el cumplimiento del contrato.- En esta opción la parte es soberana.-

Además, el contratante perjudicado puede pedir, junto con la resolución del contrato, la indemnización de los daños y perjuicios, cuando el incumplimiento sea imputable al deudor.-

El incumplimiento, en cambio, cuando la / inejecución le es imputable, no puede invocar el pacto comisorio para re solver el contrato.- (1)

En el caso de incumplimiento recíproco, el juez debe apreciar la clase e importancia de dichos incumplimientos, para decidir si entre las violaciones contractuales de una y otra parte existe el nexó de causalidad y la proporción necesarios para que el contrato sea resuelto a cargo de una o de la otra parte.- (2)

El derecho de opción acordado al acreedor (3), otorga a éste dos acciones que persiguen fines completamente distintos.- Una, -la de cumplimiento- procura asegurar a la parte que la ejer cita las ventajas del contrato y permitirle, por consiguiente, obtener / el objeto que se había propuesto al contratar.- La otra acción, -la de resolución- tiene una función muy distinta, pues procura liberar al ac reedor de las obligaciones de un contrato en el que la otra parte no ha//

(1) Planiol et Ripert, VI, pág.593, N° 427

(2) Casación italiana del 31.III.47 en MFI, 1947, N° 489, col.114, citado por Messineo, t.II,pág.343, nota 18 bis.

(3) "Concurso electivo" lo denomina Messineo.-

ejecutado las impuestas a su cargo.- (4)

El derecho de opción otorgado al acreedor impone al juez el deber de acoger la acción de resolución, no siendo necesario que el actor demuestre que la ejecución forzada es imposible.- (5)

77 - Necesidad de demandar judicialmente - El pacto comisorio tácito no resuelve el contrato de pleno derecho sino que es necesario demandar la resolución en justicia.- Tratándose de un contrato comercial, según el art.216 del código de Comercio, el juez puede aún, acordar al deudor un plazo, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.-

Según Laurent, la resolución en el caso de pacto comisorio tácito se debe demandar judicialmente, pues éste tiene su fundamento en la equidad, y la equidad no es una causa absoluta / de revocación, pues la inejecución puede en ciertos casos, obedecer a / circunstancias especiales en cuyo caso la resolución podría no ser pronunciada.- (6)

Esta característica constituye una diferencia esencial entre la condición resolutoria (7) y el pacto comisorio tácito: la primera tiene lugar por la voluntad de las partes y la otra//

(4) Baudry-Lacantinerie et Barde, Oblig. t.II, N° 915

(5) Baudry Lacantinerie et Barde, ibid.

(6) "Una simple manifestación de voluntad -dice Laurent, XVII, N° 129, pág.147-, no es suficiente, pues el derecho a la resolución no es un derecho absoluto, sino que está subordinado a la apreciación de las circunstancias.- He aquí por qué el juez debe intervenir para pronunciar la resolución".

(7) Los autores franceses la llaman "condición resolutoria expresa".-

resulta de la decisión judicial.- (8)

El artículo 216 del código de comercio establece expresamente que la resolución en virtud del pacto comisorio tácito debe reclamarse judicialmente.- El mismo principio rige en los contratos civiles en todos aquellos en que la ley deroga el principio / general del art.1204 admitiendo el ejercicio del pacto comisorio tácito.- Por ello se ha establecido que el acreedor no puede decidir a su arbitrio y rescindir por sí y ante sí un contrato sin demandar judicialmente su resolución.- (9)

78 - Críticas a esta solución - La exigencia de la vía judicial para / obtener la resolución del contrato trae inconvenientes pues hay que estar al aguardo de la sentencia para obtener la resolución del contrato, lo que origina pérdida de tiempo y gastos.- Por esta razón se ha sostenido que es necesario reformar la ley, sobre todo el código de comercio, estableciendo que aunque no se convenga expresamente el pacto comisorio, una de las partes tiene derecho a declarar resuelto el contrato ipso jure, si la otra no lo cumple.- (10)

(8) "En caso de resolución expresa,-dice Laurent, ibid,Nº 130- el juez regularmente no interviene.- El contrato ha quedado resuelto por el cumplimiento del evento; desde el instante en que la condición se ha cumplido, el contrato queda resuelto.- Nada hay que demandar.- Ninguna acción hay entonces que intentar.- Cuando hay una controversia acerca de si realmente la condición se ha cumplido tal como las partes la / habían estipulado, el debate, naturalmente debe llevarse ante los tribunales, pero la única cuestión que el juez tendrá que decidir, es la cuestión de hecho.- No es él quien pronunciará la resolución, sino / que se limitará a declarar que habiéndose cumplido la condición, el contrato está resuelto en virtud de la voluntad de las partes contractantes.-"

(9) Cám. 2a. Com. y Civ. de Sta. Fe., Juris. t. 2, pág. 120.-

(10) Ponencia presentada por el Dr. Isidro Satanowsky en el Primer Congreso Argentino de Derecho Comercial, la que no llegó a ser considerada.- Ver actas t. 1, pág. 299 y sgtes.- El art. 834 del Proyecto de C. Civil de la Comisión Reformadora parece adoptar este temperamento; "no ejecutada / la prestación,- dice el art.- el acreedor podrá exigir se cumpla el contrato si fuere posible, y los daños y perjuicios; o bien darlo por resuelto con derecho al resarcimiento por la inejecución si hubiere lugar, haciéndolo saber al otro interesado".-

El código suizo de las obligaciones, / (art.107); el austríaco, (arts.918,919 y 920) y alemán, (arts. 325, / 326, 327 y 349), establecen que la resolución tanto tácita como expresa se opera por una declaración hecha a la otra parte.- Se procura evitar, de este modo, al contratante ya perjudicado, la necesidad de / provocar un litigio tal vez inútil y siempre oneroso.-

Por ello, los autores franceses modernos se han inclinado por la solución de los códigos referidos, considerándola más justa y más lógica: No hay motivo para obligar al contratante perjudicado que recurra a la acción judicial, pues se trata / de un asunto privado que concierne a las partes.- Naturalmente si hubiere controversia, tendrá que decidir el juez.- Pero él no resuelve el contrato.- El derecho compete al contratante y es suficiente con la comunicación que haga a la otra parte en este sentido.-

El código francés exige, como hemos // visto, que la resolución sea pronunciada por el juez y concede a éste, la facultad de fijar un plazo dentro del cual el deudor puede cumplir el contrato.- Está por consiguiente en sus facultades resolverlo o no.-

Los códigos Suizo, Austríaco y Alemán, exigen al contrario, que se fije, por la parte, un "plazo conveniente" para que la otra cumpla con sus obligaciones.- Exceptúan el caso de / la estipulación contraria, es decir, la mora por efecto del acaecimiento del término, y los de mora ex re.- Estos tres códigos autorizan la resolución tanto por vía de simple declaración, como por vía de cominación de un plazo de ejecución, en todos los casos de pacto comisorio sea expreso, sea tácito.- (11)

(11) Bibiloni, op.cit., t.2, pág.427.-

79 bis - Juez competente - La acción resolutoria debe plantearse ante / la misma jurisdicción que hubiera sido competente para entender sobre el cumplimiento del contrato.- (12)

80 - Excepción a la regla que impone demandar judicialmente la resolución - Hemos visto que para obtener la resolución de un contrato en virtud del pacto comisorio tácito, es necesario recurrir a la vía judicial y que el contrato no se resuelva hasta que el Juez no dicte sentencia declarándolo así.- No obstante, se ha considerado que el contrato debe tenerse por resuelto sin necesidad de recurrir previamente al pronunciamiento judicial cuando el acreedor exige la indemnización de daños y perjuicios en razón de que el deudor ha rehusado la ejecución de una prestación que sólo él podía cumplir o, lo que es más, por haber expresado éste su voluntad de romper definitivamente el contrato.- (13).-

Aquél que rompe un contrato así, lo hace a su riesgo, pues no puede violar el principio de que nadie está autorizado a hacerse justicia por sí mismo.-

Implica esto una violación al principio general de que la resolución debe exigirse judicialmente? Entendemos / que no, pues dicho principio general no tiene un valor absoluto y se ha establecido para evitar, sobre todo, que para hacerse justicia se recu-//

(12) Si se convino por las partes contratantes el otorgamiento de la escritura de compraventa debía efectuarse por ante un escribano de la Provincia de Buenos Aires, indirectamente se ha pactado que el cumplimiento del contrato debía efectuarse en esta jurisdicción.- En consecuencia, es incompetente la justicia de la Capital Federal para conocer de la demanda por resolución del referido contrato.- (La Ley, t.75, pág.522.)

(13) Planiol et Ripert, VI, pág.594, N° 428 y jurisprudencia citada en nota.-

rra al empleo de la violencia o a las vías de hecho.- (14) Pero en el caso en que el deudor ha manifestado su voluntad de no ejecutar, el objeto de la ley está cumplido, sobre todo cuando la obligación debía efectuarse en un tiempo preciso, ya pasado, o cuando se trata de la violación de una obligación de no hacer.- (15)

81 - Es necesario colocar previamente en mora al deudor? Hemos analizado ya este problema en el N° 63, al que nos remitimos.-

82 - Indivisibilidad de la acción de resolución - Supongamos que muere el acreedor dejando varios herederos.- Cada uno de estos herederos se convierte en acreedor de una parte del precio.- Debemos concluir de / aquél que, a falta de pago, cada uno de los acreedores tendrá derecho a reclamar la resolución por su lado? La ley no ha previsto esta situación, pero opinamos, -siguiendo el criterio de Colin y Capitant,- que / la acción de resolución es indivisible en cuanto a su ejercicio.- Resulta entonces que si los herederos del vendedor -o todos los vendedores / cuando ha habido venta hecha ab initio por varios vendedores pro indiviso- no se ponen de acuerdo para el ejercicio de la acción de resolución, esta vía debe ser descartada, quedando a los diversos acreedores el derecho de proceder, cada uno por su lado y sólo en lo que a él se refiere, la acción para el cobro de la parte de precio que le corresponda.- (16)

83 - La acción de resolución es personal - Algunos autores han expresado que la acción de resolución es una acción personal-real, (17), en //

(14) Planiol et Ripert, VI, pág.594/595.-

(15) Planiol et Ripert, ibid.

(16) Colin y Capitant, op.cit., t.4, pág.146.-

(17) Larombière, III, pág.164.-

virtud de que sus efectos se producen ex tunc.- Pero la mayoría considera que se trata de una acción personal.- (18)

Consideramos acertada esta última opinión, pues el vendedor, por ejemplo, no tiene el derecho de accionar // por resolución contra el tercer adquirente, sino que debe dirigirse // contra el comprador que no ha pagado el precio.- Por eso el vendedor que demanda la resolución, accionará prudentemente haciendo intervenir en el procedimiento a los terceros poseedores de la cosa a fin de que / cuando se ejercite contra ellos la acción de reivindicación, éstos no puedan contestar el derecho de propiedad del reivindicante, haciendo valer el principio res inter alios indicata aliis non nocet.- (19)

El vendedor no podrá intentar directamente la acción de resolución contra los terceros poseedores, pues como decimos se trata de una acción personal.- El acreedor no tiene derecho a accionar contra los terceros poseedores en su calidad de acreedor, que es el requisito para que proceda la resolución; y cuando acciona contra dichos terceros ya no lo hace en calidad de acreedor, sino de propietario.- (20)

84 - Puede el deudor ejecutar su obligación hasta que la resolución sea pronunciada ? Según Laurent, (21), el deudor puede cumplir su obli

(18) Laurent, XVII. N° 149; Huc, VII.N° 272, pág.366.-

(19) Demolombe, XXV,N° 521 in fine; Laurent,XVII,N° 148; Huc,VII,N°273, pág.368;Baudry-Lacantinerie et Barde,Oblig.III, N° 936.

(20) Siempre quedan a salvo los derechos de los poseedores de buena fe de los bienes muebles.-

(21) Laurent, t.XVII,pág.151,N° 135.- Se sobreentiende que esta solución se refiere al pacto comisorio tácito exclusivamente.-

gación, a pesar de entablada la acción de resolución, hasta el momento que el juez pronuncie la resolución del contrato, pues el acreedor no tiene un derecho estricto a la resolución ya que ésta se pronuncia, no en virtud del contrato mismo, sino por razones de equidad.- "El contrato, -dice Laurent- subsiste, y en tanto no sea resuelto, el deudor puede ejecutarlo".-

Consideramos, no obstante la autorizada opinión transcripta, que una vez que el acreedor demanda la resolución, el deudor no puede oponerse a la misma cumpliendo tardíamente su prestación. Basamos esta opinión en el propio fundamento del pacto comisorio; defender el interés legítimo del contratante de buena fe.- / Si la ley acuerda derecho al acreedor para evitarle mayores perjuicios que resultarían de un cumplimiento tardío, admitir la tesis de Laurent significaría dejar ilusorio este derecho, ya que hasta la sentencia de última instancia el acreedor estaría sometido a la voluntad del deudor.- Ello significaría desnaturalizar la institución y quitarle su razón de ser.-

Esta argumentación la consideramos válida, aun en el caso del artículo 216 del código de comercio a pesar de que otorga al juez la facultad de conceder un plazo al deudor para cumplir, pues esta es una facultad del juez y no del demandado, al que no podrá ejercitarla sin el pronunciamiento del juez.-

85 - El acreedor puede renunciar al derecho de exigir la resolución - Tratándose de un interés privado las partes pueden renunciar a un derecho establecido en su exclusivo favor.- Por tal motivo, el acreedor / puede renunciar a la facultad de exigir la resolución.- (22)

(22) El interés general -dice Laurent, t.XVII,pág.152,Nº 137- lejos de ser contrario a esta renuncia, la reclama puesto que la propiedad bajo condición resolutoria tiene limitado los actos de disposición. En este sentido, Larombière,III,pág.208; Demolombe,XXV, Nº 526-528;Huc,VII,Nº 280,pág.376;Baudry Lacantinerie et Barde,II,Nº 916.-

La renuncia al pacto comisorio tácito se rige por las reglas de derecho común.- Puede ser expresa o tácita.- La renuncia tácita, como toda manifestación tácita de voluntad, da lugar a grandes dificultades.- Por eso, para que podamos decir que existe renuncia tácita, es necesario que los hechos de los cuales se deduce, lo hagan suponer necesariamente.- (23)

86 - El acreedor que opta por un derecho, renuncia al ejercicio del otro? El acreedor, hemos visto, tiene derecho a demandar el cumplimiento o la resolución del contrato.- Si entabla la demanda en un sentido, renuncia al otro derecho? Analizaremos los distintos casos que pueden presentarse:

A) Supongamos que el acreedor comienza por demandar la ejecución.- En este caso hay poca duda.- La mayoría de los autores, (24), enseñan que el acreedor conserva su derecho de elección y que si el deudor no cumple, el acreedor podrá intentar la acción de resolución.- Es natural entonces, -dicen los autores- que el acreedor demande la ejecución del contrato.- Tal es, por otra parte, el verdadero derecho del acreedor el que, solamente cuando no logra obtener el cumplimiento, se decidirá por la acción de resolución.- Por tanto, persiguiendo la ejecución, el acreedor no manifiesta su voluntad de renunciar a la resolu-

(23) Baudry-Lacantinerie et Barde, II, N° 916.-

(24) Colmet de Santerre, t.V.,pág.172, N° 104 bis II; Larombière, t.II, pág.415,N° 96 del art.1184; Demolombe, t.XXV,pág.494,N° 529 y / 530.-

ción.- (25)

Según Baudry Lacantinerie et Barde, / (26) la acción resolutoria tácita tiene carácter subsidiario y por ello su utilidad solo se manifiesta cuando la parte que lo invoca no / puede hacer cumplir el contrato.- "No vemos, -dicen estos autores- por qué razón el hecho de haber procurado en el primer momento de obtener la ejecución del contrato, pueda impedir al acreedor pedir la resolución."

Según el artículo 874 de nuestro código civil la intención de renunciar no se presume y la interpretación de los actos que induzcan a probarla debe ser restrictiva.- "Exigir / el cumplimiento -dice Siburu- es un derecho que el contrato mismo crea, sin perjuicio de la facultad subsidiaria de exigir la resolución cuando la inejecución se produzca.- Es, pues perfectamente lógico y ajustado a la convención, que antes de pedir la resolución se pida el cumplimiento.- De todo esto no puede deducirse una renuncia, ni siquiera interpretando con amplitud los hechos que la fundan.- En todo caso, si / existiera realmente renuncia a la resolución, lo sería a condición de / que la parte demandada cumpla el contrato tal como éste fué acordado, y como esta condición no se ha producido, el deudor no podría invocarla". (27).-

Sin embargo, nuestro código civil en el

(25) "El tiene dos derechos -dice Laurent, XVII, pág.154- el ejercer en primer lugar aquél que es inherente al contrato salvo luego a accionar por resolución; no hay allí ninguna intención de renunciar".-

(26) Op. cit. t.II, N° 917.

(27) Siburu, op.cit., t.4, pág.77.- En igual sentido Segovia, op.cit., N° 785; Castillo, op.cit. t.2, pág.55, ed. 1940.-

caso especial del pacto comisorio expreso en la compraventa, sienta el principio opuesto.- El inciso 3º del artículo 1375 dice: "Puede el vendedor, a su arbitrio demandar la resolución de la venta o exigir el pago del precio.- Si prefiriése este último expediente, no podrá en adelante demandar la resolución del contrato".

Consideramos que esta disposición es injusta e ilógica; pero en virtud de lo dispuesto por el artículo 16 del código civil, débese aplicar no sólo en el caso de pacto comisorio expreso estipulado en el contrato de compraventa, sino para el caso de // pacto comisorio tácito de cualquier contrato.-

B) Surge ahora la cuestión inversa: Demandada la resolución, debe / considerarse renunciado el derecho a exigir la ejecución forzada? Esta cuestión es más discutida que la precedente.-

La corriente que responde afirmativamente expresa en apoyo de su tesis que la parte que demanda la resolución no lo hace porque no desee el cumplimiento, sino porque considera que / no podrá obtenerlo.- Si luego en el curso de la acción, advierte, contrariamente a lo que creyera primero, que le será posible obtener la / ejecución, nada le impide accionar en juicio a este fin, claro está, / siempre que el demandado no hubiera consentido la demanda y que el tribunal no hubiera aun dictado sentencia.- (28)

Cuando el acreedor demanda la resolu- / ción, su acción revela sólo que no ha podido obtener la ejecución; pero él no renuncia; siempre está allí su derecho esencial por el cual ha //

(28) Colmet de Santerre, V., N° 104 bis-II; Demolombe, XXV., N° 531; Larombière, II, pág.210 (art., N° 96); Huc, VII, N° 270, pág.634, in fine.-

contratado y que es el que tuvo en vista desde el primer momento en / que celebró el contrato.- (29)

La opinión contraria sostiene que una vez demandada la resolución no puede exigirse el cumplimiento: "electa una via, non datur recursus ad alteram".- (30) A no ser que se desista la acción promovida con el pago de las costas.-

Un fallo de la Cámara Comercial de la Cap.Federal resolvió que el acreedor debe hacer la opción antes de trabarse la litis.- (31)

87 - Daños y perjuicios - La parte a quien no se ha cumplido la obligación juntamente con la resolución del contrato, puede reclamar indemnización de daños y perjuicios cuando el incumplimiento es imputable al deudor.- (32)

Recordamos que el código civil alemán, no admite la acumulación de las dos acciones de resolución y de daños e intereses.- Pero en nuestro derecho tal acumulación es perfectamente procedente en razón de lo dispuesto por el artículo 505 y concordantes del código civil y las normas establecidas expresamente al establecer la ley el pacto comisorio tácito en los distintos tipos de contratos.-

La acumulación de la acción resolutoria con la acción por daños y perjuicios emergentes del incumplimiento, ha sido consagrada en forma unánime por nuestra jurisprudencia.- (33)

(29) Siburu, op.cit., t.4, pág.77

(30) Massé, "Droit Commercial" t.III, pág.373 N° 1481

(31) J.A. t.34, pág.585

(32) Resuelta la transferencia del fondo de comercio por culpa del vendedor, éste debe devolver al comprador lo recibido en razón de // aquella, con más los intereses desde la notificación de la demanda: C.Ia.C.C.de Mercedes en La Ley, t.56, pág.467.-

(33) Juris, t.2, pág.110.-

IX

EL PACTO COMISORIO TÁCITO EN LOS
DISTINTOS CONTRATOS

88 - Concepto general - En nuestro código civil, el artículo 1204 sienta como regla general que el pacto comisorio no se entiende sobreentendido en los contratos y que por tanto a falta de estipulación en este sentido, no se podrá demandar la resolución sino el cumplimiento.- Sin embargo, como hemos visto, esta regla general halla excepciones numerosas por lo que resulta de especial interés estudiar el pacto comisorio tácito referido a los distintos contratos ya que, en casi todos ellos encontramos normas que lo hacen aplicable.- (1)

89 - Contrato de Compraventa - El Código de Comercio admite el pacto comisorio, tanto tácito como expreso, en este tipo de contrato.- El código civil en cambio, prohíbe el pacto comisorio expreso en los contratos de compraventa de muebles, (art.1374).- Pero el pacto comisorio tácito se halla sobreentendido en este contrato, tanto para el caso de muebles como inmuebles, a favor de ambas partes, conforme pasamos a analizarlo. (2) Estudiaremos la compraventa de muebles y la de inmuebles separadamente.-

90 - Compraventa de Muebles - En la compraventa de muebles el pacto comi-

(1) El art.1204 -dice el Sup.Trib.de E.Rios- se encuentra rodeado de numerosas excepciones."Verbigracia: En materia de obligaciones de dar cosas ciertas el art.578 es excepción; en cosas inciertas no fungibles el art.605; en cantidades de cosas,art.615; en obligaciones de hacer, art.627;en imposibilidad de pago,art.895;en obligaciones del vendedor, arts.1412 y 1420;del comprador,art.1430 y en materia de locación constituyen excepciones al principio arriba referenciado las situaciones que prevén los artículos 1519,1520,1564,1565,1567 y 1579"; La Ley t. 77, pág.452.-

(2) "El contrato de compraventa admite en principio el pacto comisorio tácito en favor de ambas partes". (L.L. 70-512).

sorio tácito puede ser invocado tanto por el comprador como por el vendedor.- El "comprador" puede pedir la resolución de la compraventa si el vendedor no le entrega la cosa en el tiempo fijado (art.1412) no estando obligado a esperar que cese la imposibilidad para entregarla, (art. 1413), teniendo derecho a exigir la restitución de lo que hubiese pagado, con los intereses de la demora e indemnización de perjuicios.-

El "vendedor" por su parte, no está obligado a entregar la cosa vendida si el comprador no le hubiese pagado el precio, (art.1418).

El art.1428, refiriéndose a las cosas / muebles, establece que el vendedor puede rehusar la entrega de la cosa si el comprador al contado no pagase el precio.-

Por el art.1430, si el comprador de una cosa mueble deja de recibirla, el vendedor, después de constituirlo en mora, puede pedir la resolución de la venta.-

91 - Compraventa de Inmuebles - Las disposiciones analizadas precedentemente, hacen referencia especial a la compraventa de muebles; pero a / nuestro criterio, ello no importa excluir a los inmuebles del pacto comisorio tácito, ya que rigen a este respecto las normas generales contenidas en los artículos 1412 y 1413.- Además por el art.3923, el vendedor de un inmueble que no ha dado término para el pago, puede reivindicarlo del comprador, pudiendo resolver el contrato aunque el bien se / halle en poder de un tercero.- (3)

(3) Dada la amplia redacción del art. 1412, debe estimarse que se aplica tanto a Muebles como Inmuebles, dice el Dr. Bargalló, en fallo de la C.N.Civ. en pleno del 26.V.53, L.L. 70-508.-

El artículo 1422 pareciera establecer lo contrario al decir "si la cosa vendida fuese inmueble, comprado a crédito, sin plazo, o estando ya vencido el plazo para el pago, el comprador sólo tendrá derecho para demandar la entrega del inmueble, haciendo depósito judicial del precio".- El artículo en realidad analiza el supuesto de que el comprador opta por el cumplimiento del contrato y en tal caso exige el depósito judicial del precio, (art.1201).-Pero no puede también reclamar la resolución del contrato, más los daños y perjuicios, ya que el art.1422 se refiere a un aspecto particular,rgiendo en general el art.1412.- (4)

Perfeccionando el contrato de compraventa de inmueble, mediante el otorgamiento de la escritura pública, el vendedor de un inmueble enajenado a crédito, no puede, en virtud de lo dispuesto por el art.1432, pedir la resolución de la venta mientras no se estipule el pacto comisorio expreso.- El artículo 1432 dice: "Si el comprador no pagase el precio del inmueble comprado a crédito el vendedor sólo tendrá derecho a cobrar los intereses de la demora y no para pedir la resolución de la venta, a no ser que en el contrato estuviese expresado el pacto comisorio".- (5)

Pero fuera de este caso especial previsto precedentemente, la resolución procede toda vez que haya incumplimiento tanto por parte del vendedor como del comprador.-

(4) Salvat, "Fuente de las Oblig.", t.I, pág.340; Arias, J. "Contratos Civiles", t.I, pág.377.-

(5) "El art.1432 -dice J.Miguel Bargalló- es casi una traducción de Freitas, (art.2057), el cual considera que la venta es a crédito cuando el vendedor hubiere firmado la escritura pública sin recibir el precio en el acto del otorgamiento, (art.2055)" (Su voto en fallo que registra L.L. 70-508).-

92 - Incumplimiento del vendedor - En general nuestra jurisprudencia / tiene establecido que el art.1204 no tiene aplicación en el contrato de compraventa de inmuebles cuando existe imposibilidad material o jurídica de entregar la cosa, sea por deterioro o destrucción de la misma, o / por falta de deficiencias del título, por aplicación de los artículos // 1412 y 1413.- (6) En el mismo sentido, conforme al art.1412, si el // vendedor no entrega la cosa en el debido tiempo, el comprador puede optar entre pedir el cumplimiento o la resolución de lo pactado.- (7) .- Pero para que proceda el pedido de resolución, debe la parte, ante el incumplimiento de la obligación, constituir en mora a la otra.- (8).-

93 - Incumplimiento del Comprador - Estas normas, que sancionan el pacto comisorio implícito, -dice Salvat- "a contrario sensu" y por idénticos motivos, deben regir en el caso del vendedor, cuando no se le abona el precio o cuando el adquirente no se recibe del inmueble.- Lo contrario implicaría sancionar una injusta desigualdad entre la situación del comprador y la del vendedor.- (9) Entendemos que el artículo 1431 otorga la facultad al vendedor de depositar la cosa cuando el comprador no quiere recibir el inmueble, pero de ningún modo le niega el derecho de / demandar la resolución si optare por este último camino.-

La Cám.Civil 2a. de la Capital Federal en fallo del 31 de Marzo de 1950 ha dicho que puede solicitarse la reso-

(6) Cám.Civ.2a.La Ley, t.53,pág.574,fallo 25967;Cám.Civ.Ia.J.A. 1947-IV,pág.709;Cám.Civ.2a.,Cap.Fed.,La Ley,t.56,pág.281.-

(7) Cám.Civ.2a.,J.A.1947- I pág.167, La Ley t.45,pág.85; Cám.Civ. Ia., J.A. 1944, II - 662.-

(8) Cám.Civ.2a., Cap.Fed., La Ley t.58, pág.646.

(9) Salvat, "Contratos", t.I N° 526 y 531; Cám.Civ.Ia. La Ley, t.40, pág.626.-

lución "siempre que ante el incumplimiento de la obligación en el plazo estipulado, el vendedor constituya en mora al comprador.- Se conciliaría el argumento del artículo 1412 y los principios de las obligaciones de hacer, contenidas en los artículos 625, 628 y 629 del código civil, llegándose por la vía del pacto comisorio implícito a una solución de verdadera equidad, como que comprador y vendedor quedarían colocados en un pie de perfecta igualdad." (10)

94 - La resolución de los boletos de compraventa de inmuebles - No habiéndose establecido en los boletos de compraventa de inmuebles el pacto comisorio, entran en juego los artículos 1201, 1203 y 1204 del código civil y por tanto, en principio, no podría resolverse, debiendo una u otra de las partes, exigir su cumplimiento, pero si media imposibilidad de entregar la cosa vendida o la entrega no se efectúa en el tiempo convenido, o si siendo la operación al contado el comprador no abona el precio, la operación puede resolverse en razón de los principios generales que rigen la resolución de los contratos y de lo dispuesto expresamente por el código civil para el caso de incumplimiento.- (11)

Nuestros tribunales han establecido desde hace mucho que no obstante no estar estipulado el pacto comisorio ex-

(10) La Ley, t.58, pág.650

(11) "La falta de pacto comisorio expreso -dice un fallo de la C.N.Civ. de la Cap.Federal- no es obstáculo ni aún para que el vendedor pueda demandar la resolución del contrato o de la promesa de venta y también con lo dispuesto por los arts. 1412, 625 y 629 del cód.civ." (La Ley, t.74, pág.758) "La falta de pacto comisorio no es obstáculo para que el vendedor pueda demandar la resolución del contrato o / de la promesa de venta ante el incumplimiento de la obligación en / el plazo estipulado, para lo cual deberá previamente constituir en mora al comprador". (L.L.70, p.502 y sgtes.)

preso, procede la resolución de los boletos de compraventa. (12) La resolución procede aun cuando se haya entregado una suma no como seña, sino como anticipo del precio, en función confirmatoria, pues la falta de arras impide el arrepentimiento, pero no el ejercicio del pacto comisorio implícito por falta de ejecución en tiempo.- (13)

Demostrado, -dice un fallo- que dentro del plazo estipulado la compradora no escrituró -siendo constituida en mora- que la vendedora estuvo siempre dispuesta a cumplir el contrato, extra a funcionar el pacto comisorio y como consecuencia de ello el derecho de la vendedora a declarar resuelto el boleto de venta.- (14)

Se entiende que existe mora en el comprador si no escritura en el plazo fijado, cuando no paga el precio.- Pero el mero vencimiento del plazo no coloca en mora al comprador si no existe interpelación (art.509 del cód.civil).- La Jurisprudencia ha dicho que "no puede considerarse como interpelación el telegrama colacionado que no intima el cumplimiento del boleto, sino que hace saber a la compradora, la voluntad de los vendedores de anular la operación".(15).-

Para declarar la resolución de los boletos de compraventa la Jurisprudencia siguió dos caminos distintos:

(12) J.A.t.11,p.153;16 p.139;37 p.677; 38 p.245; 71 p.581; L.L.19-700; J.A.75 p.703; J.A.947 - I - 166; L.L.45 - 85; J.A.948-I-59; L.L. 49 - 626, L.L.9 - 425; 14 - 980; 22- 1039; 33- 25; 34- 642; 40 - 841; 53 - 574; 56 - 281; 57 - 204; G.F.145 - 123; 167 - 535; L.L. 32 - 817.

(13) L.L.70 - 598 y sges.

(14) La Ley, t.69, pág.382.

(15) La Ley, t.62, pág.291

- a) aplicando las reglas sobre las obligaciones de hacer;
- b) las correspondientes al contrato de compraventa.- (16)

Estudiaremos separadamente las dos soluciones planteadas.-

A) Aplicación de las normas sobre las obligaciones de hacer: La Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal en un fallo del 10 de Diciembre de 1904 (17), sentó que cabe demandar la resolución de un boleto de compraventa en base a las normas que rigen las obligaciones de hacer.- "No se puede demandar la entrega de un bien raíz, -dice el fallo- ni el precio de venta de un bien raíz, si el contrato no ha sido hecho / en escritura pública".

Decía en sus considerandos: "Pero en / nuestro caso hay un contrato perfectamente válido y perfectamente concluído (se refiere al boleto): el contrato por el cual una persona se obligó a extender a otra una escritura pública de venta dentro de un plazo determinado.- El art.1185 del código civil es terminante: el contrato queda concluído como contrato en que las partes se han obligado a otorgar escritura pública".- El fallo se refiere al art.1187 y sienta como principio fundamental que "deben, pues, aplicarse... las reglas relativas a las obligaciones de hacer".-

En estos autos -dice el fallo- lo que / se pide no es el cumplimiento de las obligaciones de hacer, sino la resolución de la obligación por no haberse cumplido esa obligación en el tiempo convenido.- Este caso no está previsto, como el primero, en el artícu

(16) Leonardo A.Colombo. "La rescisión de los boletos de compraventa de inmuebles..." en La Ley, t. 38, pág.95.

(17) Fallos, t.169, pág.172 citado por L.Colombo, op. cit.-

lo 1185 del código civil, pero lo está en el artículo 625, que establece que el que está obligado a hacer, debe ejecutar el hecho en un tiempo propio y del modo en que fué la intención de las partes que se ejecutara.-

"El tiempo propio, en el caso subjúdice es, sin duda, el tiempo estipulado en el contrato.- No habiéndose cumplido la obligación de hacer en el tiempo convenido, el acreedor tiene perfecto derecho para pedir la resolución del contrato, con arreglo al artículo 629, y considero que esta solución se impone, tanto más cuanto que si fuera necesario, como se establece en la sentencia (apelada), una demanda para reducir el contrato a escritura pública y el deudor consintiere en hacerlo, resultaría que se obligaría al acreedor a aceptar el cumplimiento de la obligación en un tiempo que no sería propio, cuando el artículo 625 lo autoriza a pedir que se tenga por no hecho lo hecho fuera del tiempo propio".-

La sentencia comentada parte pues de la base que el art. 1187 del cod.civil nos remite al 625 y 629 consagrando, al expresar en su última parte "bajo pena de resolverse la obligación en el pago de pérdidas e intereses", que la resolución es innegable cuando el deudor se halla en mora, lo que puede ser imputable tanto al comprador como al vendedor.- (18)

Los artículos 629 y 1187 no fuerzan ni / limitan al acreedor a demandar la escrituración; le permiten hacerlo, lo que es cosa muy distinta y que resulta de la redacción simplemente potes-

(18) Esta tesis ha sido sostenida en fallo de la C.N.Civ. en pleno, del 26.V.53, L.L. 70 p.502 y sgtes.- (Votos del Dr. Chute y del Dr. Bargalló).-

tativa de ambos artículos.- (19)

B) Aplicación de las reglas referentes al contrato de compraventa - El segundo de los caminos elegidos por la Jurisprudencia soluciona el problema dentro de las disposiciones del código civil que rigen a la compraventa.-

El artículo 1412, dispone que cuando el enajenante no entrega la cosa vendida dentro del plazo fijado en el contrato, el comprador puede pedir la resolución de la venta o la entrega de la cosa.- Y el artículo 1413, dice que si el vendedor se hallare impedido de efectuar la tradición, el comprador puede exigir que inmediatamente se le devuelva el precio que hubiese dado, sin estar obligado a esperar que cese la imposibilidad del vendedor", la que se completa con el art. 1418: "El vendedor no está obligado a entregar la cosa vendida si el comprador no le hubiese pagado al precio".- (se refiere a la compraventa al contado).-

Esta jurisprudencia ha resuelto ya que el art.1422 prevé el caso de que el comprador haciendo consignación judicial del precio pide la entrega del inmueble; pero no significa una / excepción sino un caso particular de lo dispuesto en los artículos 1412 y 1413. Existe por tanto, una verdadera opción a favor del comprador / quien, de acuerdo a las circunstancias decidirá qué solución ampara mejor sus intereses.-

Llerena, coincidente con esta opinión, / dice que el art.1422 tiene por fin "únicamente determinar la condición en que debe colocarse el comprador para tener derecho a exigir la entre-

(19) J.Miguel Bergalló, su voto en L.L. 70-509.-

ga de la cosa, y no determinar el derecho que tiene el comprador cuando no se le entrega la cosa: ésto último lo determina el artículo 1412".- / "El artículo 1422 ha podido suprimirse, quedando comprendido en el // 1418".- (20)

Igualmente, la jurisprudencia tiene resuelto que el comprador puede demandar la resolución del contrato aun // cuando se haya estipulado solamente a favor del vendedor, pues tal derecho emana, no de lo pactado en el contrato, sino en lo dispuesto por los artículos 1412 y 1413 del cód.civil.- (21)

Los artículos 1412 y 1413 analizados se refieren al caso que el vendedor sea el incumpliente, otorgando el derecho de demandar la resolución del comprador.- Ahora bien, qué derecho otorga la ley al vendedor en el caso que el incumpliente sea el comprador ? Para los sostenedores de esta tesis, la solución se halla en los artículos 1418, 1430 y sus concordantes.-

C) - El camino que consideramos acertado - Estimamos que de los dos caminos seguidos por nuestra jurisprudencia, el más acertado es el que aplica las reglas relativas a las obligaciones de hacer, (22) y ello por las

(20) Llerena, "Concordancias y Comentarios del Cód.Civil Argentino", art. 1422, nota I.-

(21) J.A. t,24 pág.488; t.37 pág.677, t.50, pág.452.-

(22) En contra Saturnino F.Funes quien en su voto como integrante de la C.N.Civ.en pleno, del 26.V.53 dijo: "Es cierto que la ley califica la obligación de escriturar como una obligación de hacer (arts.1185 y 1187 del c.civ.), pero calificar la suya de efectos jurídicos del boleto de compraventa por una sola de sus prestaciones es, sin duda incurrir en el error de definir el complejo de deberes exigibles que contiene el boleto por uno de ellos: el de documentación auténtica" (La Ley, t.70, pág.511.)

siguientes razones:

I) El boleto de compraventa de inmuebles implica para sus firmantes una obligación de hacer, de modo que debe regirse por las normas que gobiernan este tipo de obligaciones.- Hasta tanto no se firme la escritura traslativa de dominio, la compraventa no quedará concluida, sólo existirá para las partes una mera obligación de hacer, y por tanto no pueden aplicarse los arts.1412, 1413, 1431 y 1432, que rigen un contrato ya perfeccionado.-

II) Coloca al vendedor y comprador en un perfecto pie de igualdad, lo que no ocurriría con la segunda teoría ya que el vendedor no podría, en los casos de los artículos 1431 y 1432 exigir la resolución.-

Por otra parte la aplicación de los artículos 1412, 1413, 1431 y 1432 a los boletos de compraventa obligarían a efectuar una vuelta innecesaria y costosa para ambas partes.- (23).

(23) "No sería lógico admitir que la ley obligara previamente a llenar esta formalidad cuando se pusiere de manifiesto la imposibilidad de cumplir el contrato". Cám.Civ.2a.Cap.Fed. en La Ley, t.58,pág. 648. Como señala Spota en nota J.A. t.69, pág.789"... Es inconcebible jurídicamente exigir el otorgamiento de una escritura traslativa de dominio del inmueble, para que el comprador pueda ejercer el derecho que le acuerda el artículo 1412 del cód.civ., y que tiene de precisamente a que la venta se resuelva".- Ver en igual sentido La Ley. t.56,pág.281.-

J.Ramiro Podetti, sostiene en cambio, que no estando expresado el pacto comisorio, no se puede demandar la resolución de un boleto de compraventa.- Sólo cabe demandar el cumplimiento -dice- "si el vencido se resistiera a escriturar en cumplimiento de la sentencia, tiene entonces la opción de pedir daños y perjuicios, es decir, de llevar a efecto el primitivo acuerdo de voluntades... Por lo tanto, la opción del acreedor recién puede ejercitarse después de la sentencia que condena a escriturar, siguiendo el orden lógico establecido por el art.505 del cód.civil". (Su voto en L.L. 70-507)

95 - Requisitos para demandar la resolución del boleto - Para poder demandar la resolución del boleto de compraventa, el contratante de buena fe deberá previamente constituir en mora a la otra parte.- (C.N.Civ. en pleno de la Cap.Fed., L.L. 70, pág.502 y sgtes.)- (24)

La demora en escriturar debe ser imputable a la parte, pues si no es así, la falta de culpa impide que el pacto comisorio entre en juego. (S.C.Prov.Bs.As., 7.IV.53., L.L. 70-348),/ en virtud del principio de buena fe que debe regir en los contratos.-

(25) Así se ha declarado que procede la resolución de un boleto en // virtud del pacto comisorio tácito a pedido del vendedor, si se acredita que el retardo de los compradores en satisfacer las prestaciones a su / cargo ha sido causado por dificultades en los mismos de afrontar el pago íntegro del precio, aun cuando se haya entregado una suma como anticipo de precio, con función confirmatoria.- (26)

Igualmente procede la resolución cuando existe imposibilidad de escriturar, aunque esta imposibilidad no sea imputable a las partes.- Pero el simple vencimiento del término convenido en el boleto de compraventa para la escrituración no autoriza al ven-

(24) La falta de pacto comisorio -dice un fallo de la C.N.Civ.Sala B., 11.V.53, no es obstáculo para que el vendedor pueda demandar la resolución del contrato o la promesa de venta ante el incumplimiento de la obligación en el plazo estipulado, siempre que previamente / constituya en mora al comprador" (L.L. 70-598)

(25)"Si así no se interpretase, habría que admitir aquí, contra toda lógica, que en función de tal cláusula,(se refiere a la resolución de pleno derecho por vencimiento del plazo para escriturar), procedería la rescisión, aun cuando el comprador hubiese puesto la mayor diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones, si la escrituración no se cumple en término, por motivos que le son ajenos." (L.L. 70 - 349).

(26) C.N.Civ.Sala B. Cap.Fed. 11.V.53 L.L. 70-598

dedor a tener por resuelto el contrato y negarse a su cumplimiento si se prueba que había acordado un nuevo plazo al comprador y que no medió nueva intimación de su parte a partir de aquella prórroga.- (27) .-

96 - Compraventa de inmuebles en mensualidades - El ejercicio del pacto comisorio en la compraventa de inmuebles en mensualidades se halla / sujeto a una serie de restricciones basadas en la necesidad de defender al pequeño ahorrista, al adquirente humilde, de las condiciones rigurosas impuestas por el vendedor.-

La jurisprudencia ha mostrado una marcada inclinación en no llegar a la estricta aplicación de la cláusula resolutoria y se ha detenido en la apreciación de las circunstancias particulares de cada caso para atenuar el rigorismo de una interpretación que podría vulnerar principios básicos en la materia contractual.- No es posible argumentar únicamente sobre la base del art.1187 del código civil.- La autonomía de la voluntad ha de reconocer las limitaciones propias de otras normas mas fundamentales aun, como son aquéllas que / concurren a proteger situaciones en que pueden vulnerarse los principios referentes al orden público, a la moral o a las buenas costumbres.- Según la nueva orientación jurisprudencial, no basta para que se resuelva un boleto de compraventa de inmueble cuyo pago debe hacer en mensualidades, que el comprador incurra en el atraso previsto para hacer / lugar al pacto comisorio, sino que los jueces deben penetrar en el estudio de cada caso particular debiendo hacer privar por sobre la letra escueta de la cláusula resolutoria, otras normas que son siempre de preferente aplicación, como son las contenidas en los artículos 530 y 593 //

(27) C.N.Civ. Sala A, 16.VII.53 L.L. 71-719

del Código Civil.- (28) Sin embargo cuando el comprador no ocupa el terreno ni ha construido en él y ha dejado pasar varios años sin abonar una sola cuota, no existe razón para atenuar la solución del Cód. Civil en homenaje a principios de equidad.- (29)

97 - Ley 14005 - Para el caso de venta en mensualidades de terrenos / provenientes de inmuebles loteados, (30), la ley 14005 ha limitado el ejercicio del pacto comisorio expreso.- Como lógica resultancia, dichas disposiciones son aplicables en lo pertinente, y con mayor razón, cuando la resolución de esta clase de operaciones se demande en virtud del pacto comisorio tácito.- (31)

Disponen los artículos 7° y 8° de la //
ley 14005, lo siguiente:

Art. 7° - "El comprador podrá reclamar la escrituración después de haber satisfecho el veinticinco por ciento del precio, siendo esa facultad irrenunciable y nula toda cláusula en contrario, pudiendo el vendedor exigir garantía hipotecaria por el saldo de precio."

Art. 8° - "El pacto comisorio por falta de pago, no podrá hacerse valer después que el adquirente haya abonado la parte de precio que se establece en el artículo anterior, o haya realizado construcciones equival

(28) Del voto del Dr. Alfredo Navarro como vocal de la Cám. Civ. de Apel. (Sala 3a.) de Rosario in re "Pérez y otros c/Pluman", J.T.S.F. t. 24, pág. 499.-

(29) Cám. Ia. de Rosario, Juris t.1 pág. 106

(30) C.N. Paz de la Cap. Fed. 29.XII.52, L.L. 69-457.

(31) La Ley 14005 es de orden público porque tiene en mira intereses de carácter social y económico vinculados al problema de la subdivisión de la tierra y tiende a evitar abusos en perjuicio de los adquirentes.- (L.L. 72-251)

lentes al cincuenta por ciento del precio de compra". (32)

La ley adolece de deficiencias y falta de claridad que en ciertos casos la hace contradictoria.- Supongamos / que el comprador ha abonado más del veinticinco por ciento del precio; luego se ausenta, no paga más.- El vendedor ignora su paradero y todo conduce a dar por sentado que el adquirente ha abandonado toda preten- / sión sobre el inmueble.- En virtud del art. 8° no se puede pedir la re- / solución.- Qué debe hacer el vendedor en este caso? Según la ley no le cabe otra alternativa que exigir el cumplimiento, es decir accionar por la escrituración del lote a favor del comprador.- Obtenida la sen- / tencia, como el demandado es rebelde, el juez firma la escritura en su nombre y así, contra la voluntad y el desconocimiento de esa persona, se le obliga a convertirse en propietario.- Pero esto no es todo: aun que / da pendiente el saldo de precio.- Para lograr su cobro al vendedor no / le queda otro recurso que iniciar de inmediato el correspondiente jui- / cio por cobro de pesos y ejecutar el inmueble que poco antes escriturara a favor del demandado.- Puede ocurrir, y ello ocurre con frecuencia, que los dos juicios hayan originado tantos gastos, que sumados al saldo de / precio representen una cifra que no se cubre con el valor del inmueble.- Queda al vendedor como remedio, perseguir al comprador en sus otros bie- / nes, en cuyo caso el perjuicio para éste será mayor; si el comprador es insolvente, cargará el vendedor con dicho déficit, lo que constituye una verdadera injusticia.-

Creemos, por las razones apuntadas, que //

(32) Demandada la resolución, no puede el demandado enervar la acción mediante el depósito de las cuotas adeudadas.- (C.N.Civ., Sala D.) de la Cap. Fed. en la Ley , t.78, pág.340.-

el artículo 8° de la ley 14.005, al expresar que el vendedor no podrá hacer valer el pacto comisorio por falta de pago en los supuestos previstos, debe interpretarse en forma lógica.- Probado por el vendedor / en forma fehaciente, que no deje lugar a dudas de ninguna clase, que existe imposibilidad de escriturar y de cobrar las cuotas restantes por la desaparición o negativa del comprador, procede la resolución del contrato por aplicación de los arts. 578, 605, 615, 627 y 895 que disponen que la imposibilidad del hecho, disuelven la obligación, extinguiéndose no sólo para el deudor, sino también para el acreedor.- Es lo que / concretamente dispone el art.1328 del cód.civil y del que surge que no estando obligado a cumplir quien no puede recibir la contraprestación, implica que la cláusula resolutoria está sobreentendida.- Cómo es posible, en efecto, -dice un fallo- obligar al vendedor a demandar el cumplimiento del contrato si el adquirente es un insolvente o ha exteriorizado ya su voluntad de no cumplirlo ? (33)

Los contratos deben ejecutarse de buena fe y por ello los tribunales tienen la obligación y el derecho de reducir equitativamente las consecuencias.- (34) Interpretar la ley de otro modo nos llevaría a una situación absurda e injusta.- (35)

(33) L.L. 70, p.504.-

(34) Véase nota 17. "Esta solución -dice J.Miguel Bergalló- más fácil, que puede evitar largos litigios de resultado incierto, que a su vez rematan en sentencias de dificultosa o imposible ejecución, / conjuga más adecuadamente con la función social, pues no sustrae esa propiedad a las transacciones habituales ni la inmoviliza a las resultas de litigios complicados" (Su voto en L.L. 70-509)

(35) "El texto de la ley -dice Gény, "Método de Interpretación y fuentes de derecho privado positivo", pág.276- no se nos ofrece como una proposición aislada reducida a los términos indispensables, sino como una parte del todo, tomado en su unidad y totalidad".-

98 - La ley 14.005 ha sido declarada de orden público, no constituyendo un beneficio en favor del comprador, que éste puede o hacer valer.- Por ello el Juez está en la obligación de aplicar la ley de oficio, / aun cuando el procedimiento se haya tramitado en rebeldía del demandado.- (36)

99 - Compraventa comercial - Dispone el artículo 465 del Código de Comercio que, desde que el vendedor "pone la cosa a disposición del comprador y éste se da por satisfecho de su calidad, existe la obligación de pagar el precio".- Por consiguiente si la venta es pago contra entrega, o nada se ha pactado sobre el plazo del pago, el vendedor puede negarse a entregar las partidas pendientes mientras el comprador no pague el precio de partidas anteriores de la misma venta, aun cuando para las entregas anteriores no haya tomado en cuenta el estado de los pagos para hacer las entregas, pues cualesquiera que sean las concesiones que haya podido hacer la vendedora al respecto no está obligada a continuar otorgándolas en lo sucesivo.-

Pactada la entrega de mercadería en distintas partidas, el comprador no puede demandar la resolución del contrato si no pone en mora al vendedor.- (37)

100 - Venta judicial - La compraventa resultante de una orden judicial puede ser resuelta, aunque se exigen requisitos especiales.- Así se ha dicho que "la firma de la escritura es el último acto de la compraventa de inmueble que debe ser precedida por la consignación del precio y

(36) C.N.Paz, Sala II, Cap.Fed. 29.XII.52, L.L. 69-458

(37) C.N.Com. (Sala B.) en La Ley, t.62, pág.170

por la toma de posesión; recién cumplida ésta procede la intimación de escriturar y solo ante la imposibilidad de hacerlo por el vendedor, podrán los compradores pedir la resolución de la venta". (C.N.Civ. Cap. Fed., 19.VIII.53. L.L. 71-760)

101 - Contrato de Permuta - El código civil en el artículo 1486 otorga a una de las partes el derecho a pedir la resolución del contrato / de permuta, si habiendo recibido la cosa prometida tiene justos motivos para creer que no era propia del que le dió.- En tal supuesto, dice el art.- "no puede ser obligado a entregar la que él ofreció, y puede pedir la nulidad (38) del contrato, aunque no fuese molestado en la posesión de la cosa recibida".

La resolución del contrato de permuta / tiene efecto contra los terceros poseedores de la cosa inmueble entregada a la parte, contra la cual se hubiese pronunciado.-- (art.1487).-

(38) El Código dice a nuestro entender, erróneamente nulidad, en vez de resolución.-

X

EL PACTO COMISORIO TACITO EN LOSDISTINTOS CONTRATOS (Continuación)

102 - Contrato de locación - Dentro del contrato de locación debemos examinar los distintos casos que se presentan, los cuales, dentro de este género configuran tres tipos de contratos distintos: de locación de cosas, de locación de obras y de locación de servicios.- Procederemos al estudio del pacto comisorio en cada uno de ellos.-

103 - Locación de cosas - Como principio general, tanto en la locación de cosas muebles como de cosas inmuebles, el locador puede pedir la resolución del contrato si el locatario no paga el precio en las épocas estipuladas o si destina la cosa a un fin distinto a aquél a que se tuvo en cuenta al arrendarla.-

En lo que respecta a la resolución del / contrato de locación de inmuebles, tanto urbanos como rurales, los respectivos ordenamientos procesales se ocupan del mismo, bajo la denominación de desalojo, que es en realidad la consecuencia o mejor dicho, / el derecho que la resolución otorga al locador.-

Cuando el locatario de un inmueble urbano deja de abonar dos períodos consecutivos de alquiler, la resolución no se produce de pleno derecho; pero si el locador opta por la resolución, no necesita recurrir a la vía judicial para ello, sino que basta su manifestación de voluntad en tal sentido, la que queda expresada con la interposición de la demanda de desalojo.- (art.19 de la ley 13.581).- El problema no es en cambio tan claro en el caso de las demás causales de desalojo, por lo que es necesario estudiar cada caso por separado.- Pero la jurisprudencia ha declarado que la resolución del contrato de locación, puede declararse en la misma sentencia que condona el desalojo- /

jo, cuando el trámite procesal admite la producción de pruebas en el juicio respectivo.- (39) O como ha dicho la Cám. 3a. Civ. y Com. de Rosario: "El locador puede demandar simultáneamente la resolución del contrato que comporta el desalojo, y la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a raíz del goce abusivo del inmueble por el locatario, de acuerdo a lo dispuesto en el art.1559 del C.Civil y art. / 22 de la ley 13581.- (40)

La resolución del contrato de locación de cosas, puede ser demandada tanto por el locador como por el locatario, lo que pasamos a analizar.-

104 - Resolución pedida por el locatario - La resolución del contrato de locación puede demandarla el locatario en los casos que prevén los artículos 1519, 1520 y 1524 del c.civil.-

Por el primero, si el locador efectúa en la cosa locada las reparaciones necesarias y dichos trabajos interrumpen en todo o en parte el uso o goce estipulado, o fuesen muy incómodas, el locatario podrá exigir, según las circunstancias; o la cesación del pago del alquiler, o una rebaja proporcional por el tiempo que duren / las reparaciones.- "Si el locador -agrega el art.1519- no conviniere en la cesación del pago del precio, o en la baja de él, podrá el locatario devolver la cosa, quedando disuelto el contrato".-

(39) Conf.Cám.Apel.La Plata,La Ley t.61-117; La Ley,t.61-805; C.N.Com. (Sala B.); La Ley t.64-231; "La ley procesal de la Prov.de Buenos Aires -dice un fallo- al contemplar expresamente la producción de pruebas en el juicio de desalojo, se halla especialmente adaptada para examinar y resolver en el mismo juicio sumario lo relativo a la "rescisión" (debiera decir "resolución") del contrato por culpa del locatario": La Ley, t.61,pág.117.-

(40) Cám.3a.Civ.y Com. de Rosario, 13.V.52, Juris 1-63

Por el art. 1520, igual derecho tendrá el locatario cuando los inconvenientes en el uso de la cosa se originen en trabajos que deba efectuar el propietario vecino en las paredes divisorias.-

La devolución de la cosa es facultativa para el locatario.- Si no opta por ella, puede pedir la suspensión o la disminución del alquiler según el caso.-

La jurisprudencia ha resuelto que cuando los deterioros son de poca importancia que puedan ser reparados por el locatario y descontarse el gasto del alquiler, no cabe la aplicación de los arts. 1519 y 1520; (41) de igual modo que no son de aplicación dichos preceptos si el locatario ha consentido expresamente las obras sin reserva alguna, (42), o no disminuyen el valor locativo.- (43)

Por otra parte se ha decidido que el art. 1519 no se aplica en caso que el locador no realizara mejoras o reparaciones convenidas; no habiendo pacto comisorio expreso sólo cabe exigir el cumplimiento.- (44)

Los arts. 1523 y 1524 contemplan otra situación distinta: "El locador, -dice el art. 1523- no puede cambiar la forma de la cosa arrendada aunque los cambios que hiciere no causaren perjuicio alguno al locatario, pero puede hacerlo en los accesorios

(41) J.A. t., VIII, pág. 340

(42) J.A. t., XVIII, pág. 142

(43) J.A. t., XVII, pág. 579

(44) J.A. t., IX, pág. 294

de ella, con tal que no cause perjuicio al locatario".

El art.1524 dice: "Si el locador quisiera hacer en la cosa arrendada innovaciones u obras que no sean reparaciones; o si las hubiese hecho contra la voluntad del locatario; puede éste oponerse a que las haga, o demandar la demolición de ellas, o restituir la cosa y pedir indemnización de pérdidas e intereses".-

Concordante con las disposiciones analizadas, el art.1525 otorga al locatario el derecho de exigir la resolución del contrato en el caso de vicios o defectos graves de la cosa arrendada que impidieran el uso de ella, salvo que el locatario los hubiese conocido.-

105 - Casos en que la resolución puede ser solicitada por el locador.- A su vez el locador puede demandar la resolución del contrato en los / casos previstos por los artículos 1559, 1563, 1564, 1566 y 1579 del Código Civil.-

El artículo 1559 dispone que procede la resolución del contrato si el locatario utiliza la cosa en otro uso al que está destinada por su naturaleza o por el contrato, o si por su uso abusivo causa perjuicio al locador.- Según este artículo, el locador "puede demandar las pérdidas e intereses, y según las circunstancias la supresión de las causas del perjuicio, o la rescisión (45) del arrendamiento".-

La frase "según las circunstancias", / figura también en el artículo 1729 del código civil francés, fuente de nuestro artículo 1559, y la doctrina como la jurisprudencia han inter-

(45) El código dice rescisión; entendemos que se trata de resolución.-

pretado uniformemente que por ella se acuerda a los jueces un poder / discrecional pues "no media aquí un hecho simple como la falta de pago de una suma de dinero; hay apreciación de hechos siempre complejos y variables en grados y calidades." (46)

Nuestra jurisprudencia se ha mostrado un poco vacilante y contradictoria en la aplicación de la norma comentada, sobre todo ante las disposiciones de las leyes de emergencia en materia locativa de viviendas.- Pero en general se ha sentado que el artículo 1559 es procedente aunque el cambio de destino no perjudique la cosa y aun cuando la hiciera más productiva.- El silencio ante ese cambio no importa consentimiento del locador.- (47) "El cambio / de destino de la cosa, importa uso abusivo que autoriza el desalojo, máxime si importa un mayor riesgo para el local". (48) "La determinación de la causal de uso abusivo prevista en el art. 22 de la ley 13581, constituye una cuestión de hecho, excluida en principio de casación".- (49).-

El art.1559, correlacionado con los artículos 1561 y 1563, recibe aplicación dentro de las leyes de emergencia sobre locaciones urbanas y rurales pues "no puede invocar necesidad alguna al locatario que justifique, así sea sólo transitoria y excepcionalmente, la prolongación de semejante estado de cosas creado //

(46) Planiol, t.2. N° 1706

(47) La Ley, t.56, pág.204; La Ley t.74, pág.79

(48) La Ley, t.61,pág.596; La Ley, t.74, pág.327; "Implica uso abusivo -dice un fallo- el cambio de destino de un inmueble alquilado para vivienda, en fábrica.- El conocimiento del locador, del cambio de destino del bien, no importa consentimiento".- (Jueces de 2a. y 3a. Nom. de Rosario como Tribunal de Apel.en La Ley. T.74, pág.79).-

(49) La Ley, t.65, pág.41.-

por su culpa.- Hay situaciones que justifican la prórroga de los plazos legales o contractuales de las locaciones pero no se puede concebir ninguna que justifique la prolongación del uso irregular o abusivo de / la cosa locada, pues tanto importaría como poner a la culpa o al abuso bajo la protección de la ley, que es volver a la ley contra si misma" (50)

El art.1563, dispone: "Deteriorándose la cosa arrendada por culpa del locatario o de las personas designadas en el art.1561, puede el locador exigir que haga las reparaciones necesarias o disolver el contrato".- Es decir que queda a elección del locador la resolución o no del contrato.- (51) Entendemos que cualquiera sea la elección del locador, el locatario está obligado a indemnizar // los daños y perjuicios.- (52) El locatario no puede exonerarse de responsabilidad porque los deterioros lo hayan cometido los sub-locatarios, pues aquél ha sido directamente responsable al no haber dado el debido destino a la propiedad.- (53)

Por el artículo 1564, la resolución procede si el locatario abandona la cosa locada, sin dejar persona que haga sus veces, en cuyo caso "el locador tendrá derecho para tomar cuenta del estado de ella, requiriendo las correspondientes diligencias judiciales que fueren necesarias, quedando desde entonces disuelto el con-/

(50) Sup.Trib.de E.Rios, 2.X.53, en La Ley, t.77, pág.453

(51)"Deja pues él -dice Machado,t.4,pág.343- a la elección del locador el pedir la rescisión, que puede convenirle por no ofrecerle suficientes garantías de conservación, librándose de pleitos.- Aunque el locatario ofreciera hacer las reparaciones la rescisión se acordaría, si lo solicitáse el acreedor".-

(52) Salvat, "Contratos" t.1, pág.492.

(53) La Ley 74 - 827.-

trato".- Es decir que el locador está facultado para pedir que se // compruebe judicialmente el abandono y el estado de la cosa, haciéndose un detalle de los deterioros, desperfectos, etc. Con ello queda de / hecho y de pleno derecho resuelto el contrato "por culpa del locatario" (art.1550) y el locador podrá demandar la indemnización de los daños y perjuicios sufridos y por lo que le origine la resolución anticipada / del contrato.- (54)

Según el artículo 1565 el locador puede pedir la resolución del contrato si el locatario efectúa mejoras prohibidas o que alteren el estado de la cosa.- Del mismo modo, por el artículo 1566 cabe la resolución si el locatario efectúa obras nocivas a la cosa arrendada o que muden su destino.- (55)

El artículo 1567, primera parte, dice: "Dejando el locatario de hacer las mejoras prometidas, sin haber por ello recibido cantidad alguna del locador u otra ventaja, éste podrá demandar que las haga en un plazo designado, con cominación de resolver el contrato".-

Nuestra jurisprudencia ha dicho que, "El locador no puede pretender la resolución del contrato en razón de que el fiador retiró muebles que se había obligado a mantener en la finca: sólo podría reclamar un nuevo fiador, pues el inquilino, no siendo propietario de esos muebles, no puede obligar al fiador a cumplir aquella

(54) Rezzonico, Locación de Cosas, pág.206; Llerena, t.5, pág.308.

(55) "Si el locatario destina el inmueble al ejercicio de una actividad peligrosa en violación del contrato, el locador no puede reclamar la resolución sin previa mora del inquilino para colocarse en las condiciones contractuales.": C.N.Paz de la Cap.Fed.; La Ley, t.64, pág.59.-

obligación". (56)

106 - Locación de Servicios - En caso de muerte o incapacidad del locador, el contrato de locación de servicios queda resuelto, ya que su prestación es "personal" y no transmisible a los herederos. (57)

Si quien muere o se incapacita, es el / locatario del servicio, la resolución del contrato se producirá o no según que la persona del locatario haya sido tenida en cuenta en forma especial al contratar.- (58)

El incumplimiento de uno de los contratantes, autoriza al otro a demandar la resolución de este contrato en // virtud del pacto comisorio tácito.- Hay incumplimiento, o mal cumplimiento, que autoriza la resolución del contrato cuando el patrono o locatario del servicio no paga, o injuria o no da el alojamiento convenido al locador del servicio, (empleado, sirviente, artesano, etc.) o si el / desempeño o conducta de este último no es adecuada, concurre ebrio, falta de respeto a la otra parte, incurre en ausencias repetidas o injustificadas, etc.- (59)

La locación de servicios establece entre las partes un vínculo personal y de confianza recíproca, de modo que cuando uno u otro de los contratantes ha incurrido en alguna de las cau-

(56) Cám.Paz Letrada de la Cap.Fed.; La Ley, t.62, pág.138.-

(57) La muerte del locador del servicio -dice Pothier, t.4, N° 453/5- resuelve el contrato cuando éste se realizó en mira de la industria y los talentos personales del artista, de su prestación, "pero no si tenía por objeto un trabajo que el locador podía hacer por otros tan bien como lo haría él mismo."

(58) Por ej., si una persona es contratada como secretaria, o como acompañante de viaje de otra, y ésta muere, o por caso de fuerza mayor se ve imposibilitada de desempeñarse en sus actividades previstas.

(59) Con respecto al contrato de trabajo, la resolución por las causales anotadas está prevista en los arts.159 y 160 de la ley 11729.-

sales examinadas anteriormente, el contratante inocente puede disolver el vínculo sin esperar el pronunciamiento judicial previo que declare la resolución.- (60).- Claro, que si la actitud de este contratante resulta injustificada, su decisión de disolver el contrato constituirá una rescisión unilateral equivalente a un incumplimiento culpable, responsabilizándose por los daños y perjuicios que cause a su cocontratante (arts.512, 902, 909, 1198, 1739, 1978 y concordantes del código civil).-

107 - Locación de Obra - La regla del artículo 1204, -si no hubiera pago expreso no podrá disolverse el contrato y sólo podrá pedirse su cumplimiento- tampoco rige en el contrato de locación de obra.- Por el artículo 1644 puede pedir el locador la resolución del contrato, por el / art.1638, puede hacerlo el locatario.- Veremos en qué casos procede:

a) Obligación de realizar los trabajos con actividad conveniente -

Si bien es importante y decisivo que la obra se concluya en el plazo convenido, es también importante para el locatario de la obra que los trabajos se comiencen en la época fijada y se continúen en un ritmo adecuado para que sea concluído en el plazo pactado o "en un tiempo propio".-

En la doctrina francesa se ha señalado que "si los trabajos no se ejecutan con la celeridad conveniente por la cual el propietario tenga derecho a creer que no se terminarán en el plazo convenido o en el plazo de costumbre, podrá intimar al empresario a / obrar con más celeridad y a emplear más obreros y, en caso de que el empresario no acceda a esto, podrá demandar la resolución del contrato //

(60) Rezzonico. "Locación de Servicios" pág.440; Planiol et Ripert, t. XI. N° 853 y t.VI n° 428; Laurent t.XXV.,pág.509 y 517.-

con indemnización de daños e intereses".- (61)

La locación de obra se considera acto mercantil cuando se trata de construcción, reparación, conservación y demolición de edificios y toda otra obra de arquitectura o ingeniería, porque existe empresa, (art.8° inc.5° del Cód.de Comercio).- En este / caso es de aplicación el art.216 del código de comercio.-

Según Spota, si la locación de obra no es acto mercantil, en razón del artículo 1204 del código civil no se / puede resolver el contrato por los motivos que analizamos, pues no se prevé el supuesto en los arts.1637 a 1644.-

Pero la insuficiente actividad del empresario puede constituir un abandono o desamparo de la obra, lo cual sí configura una causal de resolución. (art.1643 del cód. Civil).

La paralización de la obra, por parte del locador; dejándola prácticamente en estado de completo abandono / sin motivo para hacerlo, implica incumplimiento de las obligaciones / contractuales a su cargo.- El art.1204 establece, como hemos visto, que si no hay pacto comisorio expreso que autorice a una de las partes a disolver el contrato si la otra no cumpliere, el contrato no podrá disolverse y sólo podrá pedirse su cumplimiento; sin embargo, esta regla no rige para el supuesto de la locación de obra en virtud de lo dispuesto en los arts.1642 y 1643 de dicho código.-

Según el art.1643, "puede el contrato ser resuelto por el locatario si desaparece el empresario, o por su /

(61) Delvaux, N° 186, cit.por Spota op. cit., t.1,pág.468.-

falencia".- Además, el locador debe indemnizar al propietario el importe que debe abonar en más con referencia al contrato anterior, siempre que la construcción primitiva no sea ampliada o modificada, (arts. 511, 628 y 630 del código civil).

Por el art.1642 el contrato se resuelve en caso de imposibilidad para hacer concluir la obra.- En este supuesto se le abona al locador por lo que ha hecho.-

El art.1643 cuando dice empresario que "desaparece", debe interpretarse en forma amplia y comprender la hipótesis de abandono, una vez que caiga en mora el empresario (art.509).- "Desde ese punto de vista nuestro derecho civil se aproximaría al derecho administrativo en esta materia, en cuanto atañe al locatario fijar un plazo adecuado para que el locador regularice su situación, bajo apercibimiento de resolución con daños y perjuicios.- Esto es tanto / mas aceptable (con salvedad de que el plazo, salvo pacto en contrario, debe fijarlo el juez) si se tiene presente que el artículo 216 del código de comercio conduce a ello, sea directamente, por mediar acto / objetivo de comercio, sea por extensión analógica del art.1643 del código civil y conforme al art.16".- (62)

Si media pacto expreso que autorice al comitente a declarar resuelto el contrato sin requerirse instancia judicial o de pleno derecho y sin exigirse constitución en mora, el locatario puede formular una declaración recepticia frente al empresario, / resolviendo el contrato.- Si la mora no es convencional, el procedimiento

(62) Spota, op.cit., I, pág.470.-

to podría ser éste: "si los trabajos no marchan con la actividad conveniente, temiendo el propietario que no lleguen a terminarse en la época convenida, intimará al empresario que emplee mayor número de obreros;/ en caso de omisión por parte de éste, podrá requerir, mediante acción sumaria, la designación de expertos, quienes, después de haber comprobado el estado y la lentitud de los trabajos, pueden ser autorizados para continuarlos bajo su dirección por otro empresario".- (63)

b) Retardo en el comienzo de la obra - Cuando el día de iniciación de la obra se ha indicado expresa o tácitamente, debe observarse rigurosamente.- La violación del convenio en cuanto al día de iniciación / de la obra, no hace incurrir en mora al empresario si no hubiera pactado en este sentido: requiérese la interpelación.- (art. 509)

La mora en el comienzo de la obra, si se transforma en abandono, implica una causal de resolución.-

c) Incumplimiento por parte del locatario - A su vez el empresario / constructor o locador de obra puede resolver el contrato si el locatario no dió en tiempo los materiales prometidos o porque no pagó las // prestaciones convenidas, (art.1644 del cód.civil).- Igual situación / se plantea si el locatario no entrega al locador las piezas escritas o gráficos que componen el proyecto de obra, (planos, especificaciones generales, etc.) a cuya entrega se obligó el locatario; o si lo hace tardíamente.-

Por otra parte, en virtud del art.1640, el contrato se resuelve por muerte del empresario individual; pero no / por muerte del locatario.-

(63) Delvaux, pág.120 N° 186; citado por Spota en op.cit., t.1, pág. 469.-

108 - Contrato de obra pública - El contrato de obra pública tiene una estructura y un régimen jurídico especial, atendiendo el interés / público; pero no obstante, está sometido a los principios generales / que regulan los contratos.-

Por ello, el contratista de una obra / pública no sólo tiene derecho a pedir la resolución en los casos que establece la ley N° 775 de obras públicas, (art.70 inc.3°), sino también en aquellos en que por las reglas del derecho común puede hacerlo.- Ocurre este supuesto cuando el locador se ve imposibilitado de / continuar los trabajos hasta el total cumplimiento del contrato de obra pública, por no contar con los fondos necesarios, importando resolución por incumplimiento imputable al poder administrativo.-

La cámara civil de apelaciones de Rosario, en pleno, ha sentado, refiriéndose a la cuestión que nos ocupa, / que "el art.1638 del código civil es aplicable en el supuesto de rescisión de obras públicas, imputable a la Municipalidad demandada, por encontrarse en la imposibilidad absoluta de proveer los fondos necesarios para la continuación de la obra, (construcción de una avenida costanera) realizada en una extensión menor que la contratada, desde que dicho contrato por su estructura es propiamente de locación de obra".

(64)

A su vez, el poder administrativo, tratándose de obras públicas nacionales, puede solicitar la resolución / del contrato previa intimación, en caso de defectuoso ritmo de labor en virtud de lo dispuesto por el art. 50 incs.b) y e) de la ley 13604.-

(64) La Ley, t.57, pág.298.-

109 - Contrato de Edición - (65) Procede la resolución del contrato de edición, por incumplimiento, imputable o no, sea del autor, (o sus / sucesores en la propiedad de la obra) o del editor.-

La obligación primordial del autor de este tipo de contrato consiste en entregar la obra de su propiedad al editor; y la de éste en reproducir dicha obra, difundirla y venderla.-

Constituyen casos de incumplimiento por parte del autor, que resuelven el contrato cuando la obra es un plagio, o es declarada obscena o inmoral, o atentatoria contra la seguridad del estado, etc.- (66)

Ha establecido un fallo que el autor / de una composición musical que contrata con el editor su grabación sobre discos de máquinas parlantes, acordándole exclusividad, mediante / el pago de una suma determinada por cada disco vendido en el país y en los países extranjeros donde estuvieren amparados los derechos del autor; y habiéndose establecido para control que cada uno de los discos puestos en circulación lleve adherida una estampilla con su firma, dicho autor tiene derecho a reclamar la resolución del contrato, más daños y perjuicios, si el editor ha distribuido en el país discos sin estampillas, aunque éstos hayan sido fabricados por el editor en una nación extranjera que no tenía tratado de reciprocidad con la Argentina sobre protección de la propiedad intelectual.- (67)

(65) Lo expuesto sobre el contrato de edición es de aplicación al "contrato de representación teatral" (art.45 de la ley 11723)

(66) Rezzonico, Locación de Obra, pág.594.-

(67) La Ley, t.10, pág.412.-

Ante el incumplimiento de una parte, la otra deberá entablar la acción judicial pertinente y los jueces, según las circunstancias del caso, fijarán un plazo prudencial para el cumplimiento bajo apercibimiento de declarar resuelto el contrato con obligación de indemnizar los daños y perjuicios.- (68)

El art.42 de la ley 11723 dice: "No habiendo plazo fijado para la entrega de la obra por el autor o sus derechos habientes, o para su publicación por el editor, el Tribunal lo fijará equitativamente en juicio sumario y bajo apercibimiento de la indemnización correspondiente".

110 - Contrato de Sociedad - Examinaremos la resolución del contrato sociedad civil y de las sociedades comerciales, separadamente.-

a) Sociedades Civiles: En las sociedades en que uno de los socios se obligó a prestar su trabajo o industria personal; si así no lo hace por causa imputable, los otros socios podrán obtener la exclusión de dicho socio y disolver o no la sociedad.- Si el incumplimiento se debe a causa ajena a la voluntad del socio industrial, la sociedad podrá disolverse, (art.1709 del c.civil).

Puede exigirse la exclusión de algún socio de la sociedad civil, en los siguientes casos que especifica el art. 1735:

- 1º) Cuando, contra la prohibición del contrato, cediese sus derechos a otros;
- 2º) Cuando no cumpliera alguna de las obligaciones para con la sociedad, tenga o no culpa.-

(68) Rezzonico, op.cit., pág.594.

3º) Cuando le sobreviniese alguna incapacidad.-

4º) Cuando cayere en insolvencia, fugare, cometiere algún crimen, provocare discordia entre los socios u otros hechos análogos.-

"La sentencia que declare disuelta la / sociedad -dice el art.1776- tendrá efecto retroactivo al día en que tuvo lugar la causa de la disolución".-

La resolución del contrato social produce la disolución de la sociedad, la que puede ser total o parcial .- Es total, cuando la extinción del vínculo contractual comprende a todos los socios.- Es parcial cuando la extinción se produce respecto de uno o más asociados, dejando subsistente el contrato entre los restantes / que continúan la sociedad.- (69)

b) Sociedades Comerciales - Los artículos 419, 420, 421 y 422 del / código de comercio, se ocupan de la resolución del contrato de sociedades comerciales.-

Para que la exclusión de un socio produzca la disolución parcial de una sociedad colectiva, es necesario / que el nombre de dicho socio no figure en la razón social.- Si figura en la razón social, ésta deberá cambiarse, ocurriendo la disolución total de acuerdo con el inc.6º del art. 422.-

Según el art.419 del cód.de comercio, son causas de exclusión de un socio, las siguientes:

Inc.Iº) Usando un socio de los capitales comunes y de la firma social, /

(69) "En la sociedad de sólo dos socios, ambos tipos o especies de disolución se confunden, pues aunque no desaparezcan ambos socios sino uno solo de ellos, la sociedad se disuelve".- Malagarriga, op.cit., tI, pág.751.-

para negocios por cuenta propia.-

Inc.2º) Introduciéndose a ejercer funciones administrativas de la compañía el socio a quien no compete hacerlas según contrato social.-

Inc.3º) Cometiendo algún socio administrador, dolo o fraude en la administración o contabilidad.-

Inc.4º) Dejando de poner en la caja de la sociedad el capital que cada uno estipuló en el contrato, después de haber sido requerido y verificado.-

Inc.5º) Ejecutando dicho socio por su cuenta, operaciones de comercio que no le sean lícitas, con arreglo a las disposiciones de los artículos 308 y 384.-

Inc.6º) Ausentándose un socio que estuviere obligado a prestar oficios personales, si habiendo sido requerido para regresar y desempeñar sus deberes, no lo verificara, o en su defecto, acreditase una causa justa que le impidiese hacerlo temporalmente.-

Sea cual fuere la causa o forma que se produzca la exclusión del socio, dicha exclusión sólo tendrá efecto / desde que se inscriba en el Registro Público de Comercio (art.421 del c.de com.)

III - Renta Vitalicia - El artículo 2087 del código civil, sienta una excepción más al principio general del art.1204, al establecer que, "si el deudor de una renta vitalicia no da todas las seguridades que hubiere prometido, o si hubiesen disminuido por hecho suyo las que había dado, el acreedor puede demandar la resolución del contrato, y la restitución del precio de la renta".-

La resolución no se produce de pleno / derecho sino que, tratándose de un pacto comisorio tácito, es una facultad del acreedor, quien para que se opere, debe demandarla judicialmente.-

La resolución, según el art.2087, puede producirse por dos causas: a) por no haberse dado las seguridades prometidas; b) por la disminución de dichas seguridades.-

En el primer caso la resolución debe decretarse, haya o no culpa de parte del deudor.- En el segundo caso, en cambio, se requiere que exista culpa del deudor, conforme se desprende del artículo 2087 cuando dice que la resolución del contrato se produce cuando las seguridades dadas por el deudor "hubiesen disminuído / por hecho suyo".- (70)

El acreedor puede demandar la resolución del contrato y la restitución del precio de renta (art.2087 in fine).-

Tiene a su vez el deudor el derecho a reclamar la devolución de las cantidades ya entregadas ? La respuesta negativa se impone por imperio del art.557, según el cual "verificada la condición resolutoria no se / deberán los frutos recibidos en el tiempo intermedio", aplicable en este caso al acreedor, en virtud del derecho que se impone en situación análoga al poseedor de buena fe.- (71)

Pérdida de la cosa - Cuáles son los efectos entre las partes si la cosa dada como precio de la renta se pierde o deteriora y el contrato lue-

(70) A.Acuña Anzorena, en Salvat, "Fuentes de las Obligaciones", t.III. pág.351, N° 2182 a.

(71) "Cuadra autorizar al acreedor a retener en su poder las rentas percibidas, máxime si se considera que ellas representan el precio o equivalente del riesgo corrido por él, desde que su muerte, ocurrida en el curso del juicio, habría tenido por efecto considerar la demanda como no interpuesta".- A.Acuña Anzorena, ibid., N° 2184 a, pág.354.-