

FACTO COMISORIO

Por José María Gamali

DENOMINACION DEL INSTITUTO. TERMINOLOGIA

Un nuevo efecto de los contratos bilaterales es la vigencia del llamado "pacto comisorio", instituido recepcionado en el Código Civil en los arts. 1203 y 1204 de la parte general de los contratos y en diversas normas de la parte especial de los mismos.

En realidad mejor que hablar de "pacto", es conveniente denominar al instituto "cláusula comisoria", pues veremos que no siempre su funcionamiento depende de haberse pactado el mismo, sino que, en una de sus especies, se encuentra tácitamente incluido en los contratos.

Sin embargo, la terminología de "pacto comisorio", es usualmente empleada y por tanto también la utilizaremos, aunque con la aclaración antedicha.

CONCEPTO

El art. 1203 del Código Civil, que mantiene la redacción originaria de Vélez, dice: "Si en el contrato se hubiere hecho un pacto comisorio por el cual cada una de las partes se reserve la facultad de no cumplir el contrato por su parte, si la otra no lo cumpliere, el contrato sólo podrá resolverse por la parte no culpada y no por la otra que dejó de cumplirlo. Este pacto es prohibido en el contrato de prenda".

Como se advierte esta norma encierra una suerte de concepto del instituto en cuarenta, pero en realidad no aparece claramente definido.

A nuestro criterio, el instituto puede conceptuarse en los siguientes términos: "Cláusula legal o convencional de los contratos con prestaciones recíprocas —o bilaterales— en virtud de la cual la parte cumplidora del contrato, frente al incumplimiento culpable de la contraria, tiene una opción de exigirle el cumplimiento o pedir la resolución del contrato".

Explicando tal concepto señalamos que decimos cláusula "legal o convencional", dado que el instituto puede ser expresamente convenido —pacto expreso— o encontrarse tácitamente incluido en las contrataciones bilaterales, de acuerdo a lo que establece el art. 1204 del Código Civil.

De la definición entendemos fundamental remarcar que el instituto tiene por finalidad conceder una "opción".

Tal opción está dada por la facultad de exigir el cumplimiento o pedir la resolución del contrato. El contratante que ejerce el instituto, podrá pedir cualquiera de las dos alternativas.

Aclaramos ésto porque habitualmente suele verse a la cláusula como una causal de extinción de los contratos, sin tener en cuenta que no obstante ser un supuesto de resolución, no se trata exclusivamente de una causal de ese tipo, sino de un instituto que permite también el ejercicio de la acción de cumplimiento.

Consideramos que la circunstancia de presentarse como una opción, posibilita solucionar diversos aspectos de su aplicación, conforme surgirá a lo largo de este trabajo.

La opción es de toda justicia, pues si el instituto solo fuera extintivo, resultaría que la parte de un contrato que ha cumplido con sus obligaciones no tendría otro remedio que solicitar la extinción ante el incumplimiento de la otra, cuando es principio general que los contratos se hacen para cumplir y, por otra parte, que el deudor no puede eludir el cumplimiento ofreciendo la reparación de daños y perjuicios. Si el instituto solo autorizara a resolver, ocurriría que estaría en manos del deudor eludir el cumplimiento y satisfacer daños y perjuicios ante la demanda.

De allí que insistimos en el tema de la "opción" de que origina el instituto en examen.

UBICACION METODOLOGICA

El Código Civil lo ubica en el capítulo de efectos de los contratos, colocado al final de la parte general de los mismos que trae el Código.

Nosotros consideramos conveniente estudiarlo como un efecto propio de los contratos bilaterales.

Sin perjuicio de ello señalamos que, como anticipáramos, suele verse y estudiarse dentro de las causales de extinción. Además, se lo menciona también al hablar de los elementos de los contratos, pues se considera un elemento natural de los contratos bilaterales.

COMPARACION CON OTROS INSTITUTOS

A fin de conceptualizar mejor la cláusula comisorias, es conveniente compararlo con algunos otros institutos.

a) Condición resolutoria.

Es la figura con la cual se lo asimila más frecuentemente.

Desde ya que la asimilación se produce en tanto y en cuanto se piense en el pacto comisorio como causal de extinción del contrato.

Teniendo en cuenta que la condición resolutoria implica sujetar la extinción de un derecho ya adquirido a un acontecimiento incierto (art. 553 del Código Civil), se parece al pacto comisorio por cuanto ambos pueden tener efectos resolutorios.

Contribuyó a la confusión la circunstancia de que el Código Civil Francés y los que lo siguieron, entre ellos nuestro Código de Comercio –art. 216 en su redacción originaria–, denominan “condición resolutoria” al pacto comisorio. Además, el art. 1374 del Código Civil, cuando se refiere a la compra y venta con pacto comisorio, establece que se reputará hecha bajo una “condición resolutoria”.

No hay tal similitud. Baste para demostrarlo determinar el funcionamiento de ambos institutos.

La condición resolutoria, una vez sucedido el acontecimiento, puede ser exigida por cualquiera de los contratantes para extinguir el contrato. El pacto comisorio solo por el que cumple frente al que no cumple.

Por otra parte, en el pacto comisorio ya dijimos que la resolución es una opción, es facultativa, mientras que en el caso de la condición resolutoria la misma opera “ministerio legis”, por lo cual la resolución no depende ya de la voluntad de la parte. Baste ver la nota al art. 553 del Código Civil donde Vélez explica el concepto, aclarando que la condición resolutoria no es lo mismo que la cláusula conocida bajo el nombre de pacto comisorio, contrando la distinción en que uno opera automáticamente y el otro no, porque autoriza a pedir el cumplimiento.

Consecuentemente, el pacto necesita una expresión de voluntad, la condición resolutoria opera de pleno derecho, lo que determina que es independiente de la conducta de las partes, mientras que aquél presupone la conducta culpable del incumplido.

b) Imposibilidad de cumplimiento.

La imposibilidad de cumplimiento (art. 888 del Código Civil) determina la extinción de la obligación, con lo cual presenta puntos de contacto con el pacto comisorio.

Pero en ese caso el contrato se extingue sin culpa, (ver artículo citado), ellas se deben devolver las prestaciones, sin que se origine responsabilidad de una en favor de la otra.

c) Excepción de incumplimiento contractual.

Si bien los arts. 1201 y 1203 originan alguna confusión entre este instituto y el pacto, sus diferencias son muy nítidas.

La excepción determina el derecho de una parte a no cumplir, a excepcionarse en su cumplimiento, mientras la otra no cumpla, pero de ningún modo esa actitud puede originar la extinción del contrato. Obra como una suerte de excepción dilatoria.

Distinto es el pacto comisorio en que, basándose en el incumplimiento de la contraria, una parte puede sí pedir la extinción.

d) Seto.

Si bien la seta importa la posibilidad de arrepentirse del contrato, de extinguirlo, con los alcances que se establecen al tratar este instituto, es también clara la diferencia con el pacto comisorio.

La *seña* es un verdadero pacto de *dilplicitencia*, de ejercicio prácticamente arbitrario, ya que, quien se arrepiente en base a la *seña*, extinguiendo de esta manera el contrato, lo hace por su exclusiva voluntad sin estar sujeto a condicionamiento alguno. Diríamos que la parte se arrepiente porque quiere.

En cambio para el ejercicio del pacto comisorio es necesario la condición del incumplimiento de la contraria.

OTRAS COMPARACIONES

También se compara el pacto con la teoría de la *imprevisión*, con la cual presenta notables diferencias, desde que la extinción del contrato cuando juzga aquella teoría se origina en acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, que pueden determinar un incumplimiento pero originado en hechos externos extraños a la voluntad de las partes, mientras que el pacto comisorio, presupone un incumplimiento culpable.

Respecto a la acción redhibitoria, proveniente de los vicios redhibitorios, si bien también tiene como finalidad la extinción del contrato, ella se origina en la existencia de un "defecto oculto" (art. 2164 del Código Civil), de la cosa que se transmite a título oneroso y es eso -el defecto de la cosa- lo que autoriza la extinción del contrato, más no un incumplimiento posterior de una de las partes.

EVOLUCION HISTORICA. DERECHO COMPARADO.

a) *El Derecho Romano.*

En este Derecho la cláusula comisorio no era un instituto de carácter general, como tampoco existió una doctrina general del contrato.

Se admitía en la forma expresa en la compra y venta, en la cual el vendedor podía estipular la llamada "*lex commissoria*", mediante la cual se reservaba el derecho de tener por resuelta la venta si no era pagado el precio.

La cláusula tácita no era admitida en general, aunque sí se la reconoció en algunos casos en la locación de cosas, ante supuestos de falta de pago o uso abusivo por parte del locatario o privación del uso imputable al locador.

También en los contratos innominados se reconoció una acción personal (*conditio causa data non secuta*) por la cual quien había cumplido su prestación podía repetirla si la otra parte no ejecutaba a su vez su obligación.

El instituto pues, funcionaba, pero con muchas limitaciones.

b) *El Derecho Canónico.*

Constituye un verdadero precedente a destacar, porque fue precisamente en este Derecho en el que, basándose en el principio de la buena fe que contribuyó a afirmar el principio de la interdependencia de las obligaciones en los contratos bilaterales, se admitió que ante un incumplimiento no se podía obligar a la otra parte a cumplir, pues de lo contrario se violaría la justicia conmutativa. En base a esos principios se llegó a elaborar una verdadera teoría general de la resolución de los contratos.

c) *El Derecho Francés y el Derecho Español.*

Es al derecho francés al que se reconoce como el origen de dicha cláusula.

Ya en el siglo XVII son muchos los juristas que aceptan la vigencia de la cláusula resolutoria, como el célebre Domat, que llega a admitir el pacto tácito, no obstante lo cual Vélez lo menciona como un antecedente de su art. 1204 en el sentido de no admitir sino el pacto expreso. Hay en esto un error del codificador.

Es Pothier ya en el siglo siguiente que acepta categóricamente la cláusula tácita explicando su funcionamiento.

Así es recogida en el Código Civil Francés en su art. 1184, si bien denominada "condición resolutoria", considerándola sobreentendida en los contratos sinalagmáticos para el supuesto que una de las partes no cumpla su prestación, circunstancia en que la otra le puede exigir la resolución o el cumplimiento.

El antiguo Derecho Español recoge también la cláusula tácita: así las Partidas citadas por Vélez en la nota al art. 1432, el Ordenamiento de Alcalá y la Recopilación.

La aceptación de la cláusula implícita fue el sistema que se aceptó casi unánimemente, haciendo excepción a ello el Código de Austria —luego reformado— y el Código Civil Argentino —también reformado—.

d) *Francia y otros antecedentes.*

Francia no admitió en su "Escobo" la cláusula tácita, razón por la cual quizás es el verdadero antecedente de nuestro código, al margen del Código de Austria, sobre todo teniendo en cuenta la cantidad de normas de aquél que inspiraron a nuestro codificador civil.

El art. 1921 del *Fabry* y también el 1922, en conjunto, son muy similares al 1203 del Código Civil.

El art. 1960 consagraba en cambio el principio que Vélez recoge en el art. 1204.

En cuanto a otros antecedentes podemos citar el Código Civil Alemán y, por ser fuente de nuestra reforma al sistema de la cláusula comisorio, los Códigos Civil Italiano de 1942 y de Comercio de Honduras de 1950.

e) *El Derecho Argentino.*

De acuerdo al texto del art. 1204 en su redacción originaria y a la nota del 1432, ambos del Código Civil, resulta claro que Vélez Sarsfield se enroló en el sistema que consagraba la necesidad de la expresión del pacto comisorio para que tuviera vigencia. Es decir, no admitió el pacto tácito.

En cambio, el Código de Comercio recibió en sus orígenes la cláusula tácita, en el art. 246 del sancionado en 1859 para la Provincia de Buenos Aires, adoptado para la Nación en 1862 y con reformas vigentes a partir de 1889, figurando entonces como art. 216.

Era pues el Código de Comercio el que correspondía a la tendencia universal de admitir la cláusula tácita, habiendo quedado aislada la solución de nuestro Código Civil, máxime ante la reforma del Código de Austria.

Pero en realidad, las numerosas excepciones que al principio del pacto expreso había incorporado Vélez en las figuras contractuales específicas, llegaron a determinar que la regla prácticamente se invertía y así incluso se había resuelto en diversos fallos que el pacto comisorio funcionaba aunque no hubiera sido establecido expresamente por las partes (en especial ver fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil del 26-5-53, autos "Coll. Alfredo c/Grosso, Atilio"—La ley 70-502; Jurisprudencia Argentina 1953—III—43, en el que se resolvió que la falta de pacto comisorio expreso no obsta para que se pueda demandar la resolución ante un incumplimiento).

En cuanto a los proyectos de reforma, cabe señalar que tanto el Anteproyecto de Bñilioni, como el Proyecto de 1936, como el Anteproyecto de 1954, admitieron el principio de la cláusula tácita.

Así las cosas, en el año 1963 el decreto ley 4777, ratificado por ley 16.478, reemplaza el art. 216 del Código de Comercio, estableciendo un nuevo régimen de funcionamiento, aunque manteniendo la doble posibilidad de la cláusula tácita y del pacto expreso. Para su redacción se siguió el Código de Comercio de Honduras y el Código Italiano de 1942, si bien luego de su vigencia la doctrina señaló numerosos inconvenientes en más de un caso provenientes de no haber seguido fielmente las fuentes.

No obstante esas fallas, al producirse la reforma del Código Civil por la ley 17.711 se reemplaza el art. 1204 que solo admitía el pacto expreso y se sanciona en su lugar una norma idéntica a la incluida en 1963 en el Código de Comercio.

Siendo así, tanto en este Código como en el "Civil los principios de la cláusula comisorio se encuentran en una norma de idéntica redacción, sobre la cual nos explayaremos posteriormente.

Pero debemos señalar que las diversas críticas que había merecido el art. 216 reformado, a nuestro criterio, debieron orientar la reforma del Código Civil, de forma tal que no se copiara aquella norma sino que se redactara una nueva que solucionara los problemas que se habían planteado en su interpretación.

AMBITO DE APLICACION DEL PACTO COMISORIO

Respecto al ámbito de aplicación del pacto comisorio, podemos señalar: a) que este instituto se aplica a los contratos bilaterales y también, con algunas implicancias especiales, a los plurilaterales; b) se aplica a los contratos atípicos; c) es factible aplicarlo a los contratos sobre cosas muebles y, d) finalmente, debe relacionarse con las normas especiales que se refieren al pacto en las disposiciones especiales de los contratos.

a) Aplicación a los contratos bilaterales.

El art. 1204 reformado alude a que el pacto comisorio se encuentra tácitamente incluido en los contratos "con prestaciones recíprocas, con lo cual introduce una terminología que era extraña al código.

Al desarrollar la clasificación de los contratos unilaterales y bilaterales hemos demostrado que dentro de nuestra ley positiva, la expresión antedicha es equivalente a los contratos bilaterales del art. 1138.

Por lo tanto, cabe ahora señalar que el pacto comisorio se aplica a estos contratos y de allí que nosotros lo estudiamos como un efecto propio de ellos.

Rechazamos consiguientemente la aplicación del pacto comisorio a los contratos bilaterales onerosos como sostiene cierto sector de la doctrina.

En cuanto al caso del mutuo oneroso —ejemplo tomado por esa doctrina—, en el que se menciona la posibilidad de aplicación del pacto comisorio ante el incumplimiento del pago de los intereses, que posibilitaría el reclamo total del préstamo, entendemos que así se está en presencia en realidad de un supuesto de caducidad del plazo. Es decir, el préstamo debe ser devuelto en cierto término, con más sus intereses; no pagándose éstos caduca dicho plazo y se puede exigir el total. Esta es incluso en la forma práctica de los negocios como se pacta la sanción ante el incumplimiento del pago de los intereses.

Rechazamos también lo que algún sector de la doctrina sostiene de la aplicación del pacto a los llamados bilaterales imperfectos, partiendo de la base de que dicha categoría, es pacífica doctrina, no es admitida por nuestro código y el art. 1204 solo referencia los contratos bilaterales, al mencionar los de prestaciones recíprocas, según la interpretación que hemos aceptado.

b) Contratos plurilaterales.

Seguindo la doctrina alemana e italiana, se suelen distinguir de los contratos bilaterales los plurilaterales.

El caso clásico es el contrato de sociedad.

Si bien desde un punto de vista conceptual contrato plurilateral es aquel contrato en que más de una parte resulta obligada, es decir que entrarían también en el concepto los contratos bilaterales, se ha reservado la denominación para aquellas supuestas en que existe la posibilidad o la necesidad de que haya más de dos partes obligadas. Dicho en otras palabras, la pluralidad así entendida es eventual o sea que el mismo tipo de contrato podría configurarse con dos o con más partes.

Se dice por eso que en dicho contrato las obligaciones solo se multiplican cuantitativamente según el número de contratantes, pero no cualitativamente, pues desde este punto de vista, son idénticas y comunes.

El contrato típico de esta categoría es el contrato de sociedad, agregándose que la diferencia con los simplemente bilaterales estaría en que en éstos existe interdependencia de obligaciones y en los plurilaterales no, por cuanto todas las partes están dirigidas a un fin común.

No estamos de acuerdo con esta tesis, porque entendemos que en el contrato de sociedad la interdependencia de obligaciones, propia de los contratos bilaterales, se da en la etapa de la formación del contrato.

Pero lo cierto es que, se acepte una u otra postura, se considera que no funciona de la misma manera la cláusula comisorio en los contratos plurilaterales que en los contratos bilaterales. Incluso, también se opina que en tales contratos la cláusula no es aplicable.

Para la solución del problema, no puede recurrirse al art. 1204, pues éste nada dice al respecto, no obstante que el Código Italiano de 1942 —art. 1459— y el de Honduras —art. 751—, que sirvieron de fuente, traen una norma expresa que establece que en dichos contratos el incumplimiento de una parte no importa la resolución respecto de las otras, salvo que la prestación incumplida haya de considerarse esencial de acuerdo a las circunstancias.

No obstante el silencio de nuestra ley, la doctrina mayoritaria se inclina por dar una solución semejante. Así se ha sostenido por ejemplo en las conclusiones de las Jornadas de Derecho Civil realizadas en Santa Fe en el año 1977, en que se aprobó una

recomendación similar en su esencia a la disposición de los Códigos Italiano y de Honduras.

Consideramos que una solución similar se puede obtener interpretando extensivamente una norma expresa del Código Civil, en el art. 1773, referido al contrato de sociedad, que determina que cuando un socio incumple sus aportes para con la sociedad ésta puede disolverse.

Se produciría una suerte de resolución.

Puede mencionarse también el art. 1709, referido al caso del socio industrial que no presta su actividad, lo que provoca la disolución.

c) *Los contratos atípicos*

En este supuesto entendemos que la aplicación de la cláusula comisorio no ofrece mayores inconvenientes.

Los contratos atípicos son aquellos que, a nuestro criterio, no tienen una regulación expresa, completa y unitaria en la ley (conf. Gastaldi, *Contratos nominados e innominados*, en *Contratos I*, Cátedra del Dr. Videla Escalada, Ed. Zavalía).

Pero en atención a que las figuras atípicas no por el hecho de serlo dejan de ser contratos, consideramos que les son aplicables las normas generales de ellos, entre éstas el art. 1204.

No olvidemos que tales contratos tienen igual fuerza obligatoria que los contratos típicos, al amparo de la disposición general del art. 1197 del Código Civil.

Obrantemente, para que se aplique la cláusula comisorio deberá tratarse de un contrato atípico bilateral.

d) *Contratos sobre cosas muebles*

La aplicación de la cláusula comisorio en los contratos sobre cosas inmuebles es indiscutible.

En cambio, se suscita la duda de la posibilidad de aplicar el instituto a los contratos que tienen por objeto cosas muebles. Sobre todo, frente al art. 1374 del Código Civil que refiriéndose a la venta establece: "Si la venta fuese con pacto comisorio, se reputará hecha bajo una condición resolutoria. Es prohibido el pacto en la venta de cosas muebles".

Según una doctrina, de la cual participa entre otros Borda, dicha norma, como todas aquellas que se oponen al art. 1204 reformado, habrían quedado derogadas por la ley 17.711, en tanto se opusieran. Se aplicaría así el simple principio de que una ley posterior deroga una ley anterior.

No estamos de acuerdo con esta solución. A nuestro criterio, habiendo sido la ley posterior —es decir la 17.711— incorporada al código, siendo, además, artículo por artículo, no puede sostenerse que todas las normas que se opongan han quedado derogadas (confrontar con esta solución Risolía, Marco Aurelio, "Sobre la derogación tácita o implícita de una norma particular", *El Derecho*, tomo 63, pág. 211).

En nuestro criterio, creemos que pueden ser compaginados el art. 1204 actual con el 1374. Ello en la medida que hagamos decir a éste lo que realmente dice, o sea, que lo que está prohibido es el "pacto" comisorio en la venta de cosas muebles. Lo que resultaría entonces prohibido es el "pacto" o sea el expreso, pero no el implícito. El texto del artículo es claro en tal sentido.

Tal interpretación es concordante con los arts. 1412 y 1420, que autorizan el pacto lícito también para el caso de cosas muebles, así también el art. 1430.

Cabe agregar que la solución diferente se justifica, por cuanto el régimen del pacto expreso y la cláusula tácita no son iguales siendo más riguroso el primero; por eso no se autorizaría en el caso de las cosas muebles.

Cabe señalar que desde el punto de vista práctico no hay actualmente mayores inconvenientes, porque sea como fuere el 1204 se aplica también a las cosas muebles, al menos en lo que a la cláusula tácita corresponde.

No olvidemos que en los contratos comerciales —que se refieren siempre a cosas muebles— también se aplica el pacto, según el art. 216 del respectivo Código.

Agreguemos que la doctrina suele separar el supuesto de las cosas "muebles registrables", en el cual se autorizaría también el pacto expreso.

c) El artículo 1204 y las normas de los contratos en especial.

Para no haber admitido en su norma general la cláusula tácita, Vélez Sarsfield al tratar los contratos en particular estableció numerosas excepciones a dicho sistema, corrigiendo diversos casos en los que funcionaba dicha cláusula tácita.

Pueden mencionarse los siguientes artículos: 1412, 1413, 1420 y 1430, todos del contrato de compra y venta; 1519, 1520, 1534, 1564, 1579 e incluso 1559, 1563, 1566 y 1567, en la locación de cosas; 1643 y 1644 en la locación de obra y 1735 en la sociedad.

Éstas numerosas excepciones hicieron decir que eran tantas que venían prácticamente a cubrir la regla. A punto tal que la jurisprudencia, de la cual hemos mencionado el fallo pionero "Coll c/Grosso", admitió el funcionamiento de la cláusula tácita en diversos casos.

Al producirse la reforma por la ley 17711, la regla general —art. 1204— se modifica, admitiendo la cláusula tácita, pero se deja subsistente las normas especiales originarias del Código de Vélez.

Incluso, algunos casos —por ejemplo el art. 1374 ya comentado y el inciso 3º del art. 1375— aparecen como contradictorios a la norma general.

Para salvar tales contradicciones y determinar la subsistencia o no de las normas que se oponen a la ley genérica, hay quienes han dicho que la ley posterior, es decir la 17.711, ha derogado todas las disposiciones especiales que se oponen al nuevo art. 1204.

Ya dijimos que no estamos de acuerdo con esta suerte de derogación tácita, por lo cual entendemos que las disposiciones del código siguen subsistentes y debe ser tarea del intérprete determinar su alcance y compaginar su interpretación, de manera tal que puedan salvarse las supuestas contradicciones.

Como nosotros consideramos que al ser incorporada al Código Civil la norma del art. 1204, como todas las demás producto de la ley 17.711, forman parte del mismo y no constituyen "ley posterior" que derogue una anterior, resulta que las normas especiales ubicadas en los contratos —precisamente por tratarse de normas especiales— deben en principio prevalecer sobre la norma general. Ello sin perjuicio de que el mecanismo del ejercicio del derecho de resolución previsto en el art. 1204 pueda ser aplicado, en tanto sea compatible con la solución que da una norma especial del Código Civil.

Cabe señalar que esta conclusión fue aceptada, con nuestro voto, en las Jornadas de Derecho Civil de Santa Fe de 1977, en las cuales se recomendó que las disposiciones relativas a cada uno de los contratos que se refieren al pacto comisorio, privan sobre la regla general establecida en el art. 1204 del Código Civil, sin perjuicio del funcionamiento del mecanismo general previsto en esta norma para el ejercicio del derecho a resolver, en la medida que sea compatible.

REQUISITOS DE FUNCIONAMIENTO DE LA CLAUSULA COMISORIA

Contemplaremos ahora los requisitos o presupuestos de funcionamiento de la cláusula comisoria, tanto en su especie expresa como tácita.

Es decir lo que es necesario para ponerla en funcionamiento.

Dichos requisitos son: incumplimiento; mora; culpa de una parte y falta de culpa de la contraria.

a) Incumplimiento.

Este requisito resulta muy claramente del art. 1204 cuando dice "en caso de que uno de los contratantes no cumpliera su compromiso".

Terminológicamente podemos señalar que hubiera sido mejor que la norma aludiera a "obligaciones" y no "compromisos", pues aquél es un término más correcto y que incluso figura en la fuente, art. 1453 del Código Italiano.

Debemos ver qué se entiende por incumplimiento y qué entidad debe tener el mismo para que sea aceptado como presupuesto de funcionamiento de la cláusula.

El art. 1204 no hace referencia a ninguno de estos aspectos, no obstante que el segundo de ellos figura en sus fuentes (art. 1453 del Código Italiano y 748 del Código de Honduras).

Para conceptuar el "incumplimiento" debemos tener en cuenta que cumplir un contrato importa realizar las obligaciones asumidas en el mismo, de manera tal que el contrato se va a extinguir pero en forma normal, a diferencia de los modos anormales que propiamente se denominan causas de extinción.

Cumplir será en definitiva ajustar la conducta a lo pactado y por oposición, incumplir significará no ajustarla. Pero si bien todo desajuste sería un incumplimiento, no lo es en realidad a los fines del funcionamiento de la cláusula comisoria.

Ello por cuanto es necesario determinar la entidad del incumplimiento, la importancia del mismo, para ver si es relevante a los fines de dicho funcionamiento.

También en este aspecto guarda silencio nuestro código, no así sus fuentes porque tanto el Código Italiano como el de Honduras determinan que un incumplimiento de poca importancia no va a ser suficiente para el ejercicio de la resolución.

No obstante el silencio de nuestra ley, se acepta pacíficamente que el incumplimiento para ser presupuesto de la cláusula comisoria debe ser de cierta importancia. No resultará muy fácil establecer cuándo un incumplimiento es de importancia, pero la clave está en determinar si el mismo afecta el contenido esencial del contrato o no, de manera tal que de haberse producido el acreedor no tendría ya interés en el cumplimiento o su interés hubiera disminuido. En otras palabras, que si hubiera sabido que el deudor procedería así no hubiera celebrado el contrato.

Claro está, que no siempre resultará simple evaluar la entidad del incumplimiento y en definitiva será el juez el que de acuerdo a las circunstancias podrá determinarlo, para lo cual habrá de tener en cuenta sin duda los principios de la buena fe, cuando no del abuso del derecho y demás normas relativas a la forma de cumplimiento de los contratos.

También dependerá de las circunstancias determinar si la resolución procede en caso de que el incumplimiento no sea total, sino parcial, o inexacto, o se trate del incumplimiento de obligaciones accesorias. En todos estos casos, generalmente la solución estará a través del interés del acreedor: si ha sido o no satisfecho.

Respecto al incumplimiento recíproco, habrá que determinar la entidad e importancia de cada incumplimiento para resolver si la violación al contrato de uno u otro contratante está en proporcionalidad necesaria para disponer la resolución a cargo de uno u otro. Sin embargo, se ha llegado a decir que en caso de recíproco incumplimiento habrá que declarar la resolución quizás sin daños y perjuicios. Entendemos que ello puede ser aplicable en tanto y en cuanto ambos incumplimientos individualmente considerados hubieran podido dar lugar a la resolución.

b) Mora.

El requisito de la mora del incumplidor, o sea de la parte contra quien se ejerce la resolución, no surge expresamente del art. 1204 del Código Civil, pero se admite uniformemente por la doctrina y jurisprudencia. Incluso suele dársele como un elemento que forma parte del incumplimiento, aunque entendemos que es mejor tratarlo por separado.

El estudio de la mora corresponde al curso de Obligaciones, por lo que no nos detendremos mayormente en su explicación, no obstante lo cual recordaremos algunos principios.

"Por lo primero; que si así se está impuso un título en el cumplimiento de la obligación, para que aquella exista será necesario además que el retardo sea imputable a título de culpa o dolo, como también que exista la constitución en mora, que es elemento formal.

Respecto a la forma de constituir en mora, dependerá del supuesto de que se trate, aplicándose el art. 509 del Código Civil a las diversas situaciones que el mismo contempla, variando la solución según que la obligación sea pura y simple, o que sea sujeta a un plazo, pudiendo ser éste determinado —a su vez dividido en expreso (cierto o incierto) y tácito— o indeterminado.

Según el caso, el art. 509 determinará el principio de la mora automática, o sea la que se produce por el solo vencimiento del plazo (mora "ex re") —supuesto de plazo expreso cierto y, según parte de la doctrina, también de plazo incierto—, o exigirá la interpelación para constituir en mora al deudor —supuesto del plazo tácito— o exigirá la fijación judicial —supuesto de las obligaciones con plazo indeterminado.

Obviamente, constituida la mora, la misma podrá cesar, situación denominada "purgatio morae", lo que sucede en diversos casos (cumplimiento de la prestación, imposibilidad de cumplimiento, renuncia del acreedor).

Por último, corresponde recordar que no obstante que no está mencionada en el art. 509 la mora del acreedor, la doctrina y la jurisprudencia la admiten pacíficamente, incluso partiendo de la nota del art. 509, donde Vélez menciona la posibilidad de dicha mora. En definitiva, la misma se regirá por las normas de la mora del deudor en cuanto le sean aplicables y será importante para determinar, en su caso, la inexistencia de ésta.

c) Culpa del incumplidor.

También se admite por doctrina y jurisprudencia la necesidad de la culpa del incumplidor, es decir de aquél contra quien se ejerce la resolución, para el funcionamiento de la cláusula comisorias.

Aclaramos que se trata de un requisito no del todo autónomo, pues hemos sostenido que la mora exige el elemento culpa, con lo cual estaría prácticamente subsumido en aquélla.

Se han sostenido respecto a este requisito dos tesis opuestas.

La primera de ellas denominada tesis "objetiva" afirma que la culpa no es requisito de funcionamiento de la cláusula comisoría, bastando solo el hecho "objetivo" del incumplimiento.

En cambio, la tesis llamada "subjetiva" considera a la culpa —en término lato, comprensiva del dolo y la culpa— como necesaria para la aplicación de la resolución.

Sin perjuicio de otros argumentos, consideramos que el art. 1203 del Código Civil —que mantuvo su redacción originaria después de la reforma— permite sostener la necesidad del requisito de la culpa cuando dice "... el contrato solo podrá resolverse por la parte no culpable y no por la otra que dejó de cumplirlo"; "contrario sensu" se deduce de la norma que la facultad de resolución se ejerce contra la parte que es culpable.

d) Falta de culpa de la parte que ejerce la resolución.

Es el último elemento de funcionamiento de la resolución en virtud de la cláusula comisoría.

Implica que el contratante que la ejerce a su vez no debe haber incurrido en incumplimiento, lo cual es lógico. Nuevamente aparece como argumento importante para sostener la necesidad de este requisito el art. 1203 del Código Civil, en la parte que hemos transcrito en párrafo anterior.

Si bien la norma se refiere al pacto expreso, no encontramos inconveniente en extenderla como principio general al tácito, conclusión que se obtiene no solo por vía de analogía sino también por cuanto no puede pensarse que sea un incumplidor el que se beneficia con el derecho de resolución. Contribuye a esta interpretación la circunstancia de que la reforma no derogó el art. 1203, que así puede extender sus efectos al caso de la cláusula tácita, incorporada por esa misma reforma.

Finalmente cabría señalar que en el caso de culpa recíproca —es decir de ambas partes— en principio no correspondería hacer valer la cláusula comisoría, no obstante lo cual se admite que si ambas partes pretenden la resolución del contrato la misma debe prosperar, entendemos que a modo de una rescisión, o sea extinción por mutuo acuerdo.

ESPECIES DE CLAUSULA COMISORIA

Cuando definimos la cláusula comisoría dijimos que era una cláusula "legal" o "convencional" de los contratos con prestaciones recíprocas, es decir, señalamos la existencia de esos dos tipos de cláusula, a las cuales también se las denomina "tácita" o "implícita" a la primera de ellas y "expresa" a la segunda. Adelantamos oportunamente también que es común dar a ambas el nombre de pacto en lugar de cláusula, no obstante que tal palabra solo cuadraría para el caso del expreso.

Analizaremos las dos especies, a la luz del art. 1204 del Código Civil que las consagra, estableciendo un régimen que en parte es coincidente y en parte es distinto.

Veremos primero los aspectos particulares a cada una y después los principios comunes a ambas, cifrándonos especialmente al tratamiento en base a la norma positiva.

A) CLAUSULA LEGAL, TACITA O IMPLICITA.

a) Generalidades.

En este caso no corresponde hablar de "pacto", sino de una "cláusula" incorporada en forma tácita —por disposición de la ley— a los contratos con prestaciones recíprocas. Pero con una denominación u otra —recordamos que se accepá llamar pacto también a esta especie— se trata en el caso de un elemento incorporado a los mencionados contratos por la ley, por lo cual se está en presencia de un elemento "natural", si bien aparece más que como un elemento como un efecto propio de aquel tipo de contratos y tal es la ubicación que hemos preferido.

Después de la reforma del Código Civil por la ley 17.711, —reforma vigente a partir del 1° de julio de 1968— la especie tácita quedó incorporada al art. 1204 en estos términos: "En los contratos con prestaciones recíprocas se entiende implícita la facultad de resolver las obligaciones emergentes de ellos en el caso de que uno de los contratantes no cumpliera su compromiso".

El art. 1204 reformado vino a otorgar un alcance genérico a la cláusula tácita, que según vimos Vélez Sarsfield contemplaba solo en algunos contratos y con referencia a circunstancias determinadas.

Podemos agregar que tratándose de un elemento natural existe la posibilidad de que las partes introduzcan modificaciones al régimen, siempre y cuando —desde ya lo señalamos— no importe ello la formulación de un pacto expreso, que la ley contempla como un supuesto diferente.

b) Procedimientos para resolver

Si bien no resulta claramente del art. 1204 e incluso puede pasar inadvertido en una lectura rápida del mismo, la doctrina y jurisprudencia son ya pacíficas en sostener que existen dos vías diferentes de resolución: la "extrajudicial" y la "judicial". Su funcionamiento distinto justifica su tratamiento por separado.

1) Vía *extrajudicial*

En cuanto a la posibilidad de esta vía, la misma surge claramente del art. 1204 al establecer lo siguiente: "En los contratos con prestaciones recíprocas se entiende implícita la facultad de resolver las obligaciones emergentes de ellos en caso de que uno de los contratantes no cumpliera su compromiso. . . No ejecutada la prestación el acreedor podrá requerir al incumplidor el cumplimiento de su obligación en un plazo no inferior a quince días, salvo que los usos o un pacto expreso establecieran uno menor, con los daños y perjuicios derivados de la demora; transcurrido el plazo sin que la prestación haya sido cumplida, quedarán resueltas, sin más, las obligaciones emergentes del contrato, con derecho para el acreedor al resarcimiento de los daños y perjuicios. . .".

Aclaramos nuevamente que la circunstancia de que se establezca el derecho de resolución no implica negar la facultad de optar por el cumplimiento, lo que surge claramente del último párrafo del art. 1204 cuando establece: "La parte que haya cumplido podrá optar por exigir a la incumplidora la ejecución de sus obligaciones con daños y perjuicios. . .".

Pero es el caso determinar cómo funciona la cláusula tácita cuando se opta por la resolución.

La vía que estamos analizando —*extrajudicial*— se trata de un procedimiento que se ha querido ágil, rápido, sin intervención judicial. Claro está que no siempre la

resolución extrajudicial puede aplicarse hasta sus últimas consecuencias, pues si la parte contra la cual se pretende ejercer niega por ejemplo haber incurrido en incumplimiento, el asunto terminará en un pleito que deberá dirimir un juez.

Pese de cualquier manera, la resolución extrajudicial ha tenido en la práctica una verdadera utilidad, sobre todo en aquellos casos en que el deudor deja ejercer la resolución sin oponerse a la misma. El acreedor se libera así mediante un procedimiento sencillo.

Es cierto que presenta el inconveniente, según veremos, de otorgar una suerte de plazo de gracia al deudor moroso y de no dar solución total a todos los casos, pero no obstante ello, insístimos, el procedimiento ha dado buenos resultados.

Funcionamiento

Para la vía extrajudicial —que es la expresamente contemplada por el artículo— la parte que quiere pedir la resolución, frente al incumplimiento, está obligada a requerir previamente el cumplimiento de las obligaciones.

Y decimos que está obligada, porque si bien el artículo dice "podrá", la intimación deviene obligatoria, pues es el único modo de poder llegar a la resolución salvo el supuesto que luego veremos de que ésta se pida judicialmente. Consecuentemente aquél "podrá" parece estar más referido a la posibilidad de pedir el cumplimiento o de ejercer la resolución judicial, porque en la extrajudicial en realidad el "podrá" se convierte en "deberá".

Requerimiento

El requerimiento que impone la ley es una manifestación unilateral de voluntad, dirigida por la parte que no ha dejado de cumplir al incumplidor.

Nuestra ley no exige ningún requisito formal al requerimiento, contrariamente al Código Italiano que determina la forma escrita (art. 1454), por lo cual pivó en este aspecto la solución del Código de Honduras que nada establece.

Por el principio de la libertad de formas resultaría que el requerimiento puede ser hecho aun verbalmente, lógicamente con las dificultades que ello representaría para la prueba, aunque tratándose de un hecho podría demostrarse por cualquier medio. No obstante no exigirse formalidad alguna resulta conveniente formular el requerimiento a través de un medio fehaciente, de manera tal de poder acreditarlo después acabadamente. Lo más utilizado suele ser: el telegrama en alguna modalidad que acredite la recepción, la carta documento, el acta notarial —procedimiento más seguro—. En definitiva, cualquier medio que permita que el requerido no pueda negar el requerimiento.

Respecto al contenido de éste, debe contener la intimación para que se cumpla la obligación realmente pactada, o sea que debe ser lo suficientemente expreso y claro, de manera tal que el deudor sepa perfectamente lo que se le reclama, debe también indicar el plazo, si bien puede el mismo aludirse típicamente, por ejemplo mencionando que la intimación se efectúa por el plazo legal. Respecto a la necesidad o a la importancia de que el requerimiento aperciba de resolución, lo veremos posteriormente.

En cuanto a la extensión del plazo, se trata realmente de un aspecto muy importante. El art. 1204 establece que la intimación ha de efectuarse por un plazo "no inferior a quince días, salvo que los usos o un pacto expreso establecieren uno menor".

Habría sido conveniente —como lo dispone el art. 1454 del Código Italiano que *... naturaliter del contratto*— justifique el funcionamiento de un plazo menor, por ejemplo el caso en que el contrato debe ser cumplido en un plazo determinado menor al de los

quince días. No obstante el silencio de la ley, entendemos que conforme a la naturaleza y las circunstancias del contrato puede hacerse jugar un plazo menor, como sucede cuando el plazo de cumplimiento es esencial; en ese caso, si el contrato no se cumple en término hay que autorizar la resolución. Consecuentemente con este criterio, se ha determinado por la doctrina y jurisprudencia que el plazo de quince días no debe jugar: cuando la prestación ha resultado imposible por culpa del requerido; cuando el deudor incurre en conductas que demuestran claramente que la intimación no surtirá ningún efecto, por ejemplo si manifiesta que no va a cumplir; si la demora torna inútil el cumplimiento para el acreedor; etc.

En definitiva el plazo en principio es de quince días, pero puede ser menor o puede haber casos en que no sea necesario otorgarlo por ser ya el incumplimiento de carácter definitivo, como en los supuestos que hemos mencionado.

Plantéase también la posibilidad de si el plazo puede ser mayor de quince días. Algunos autores —Borda, Farina— opinan que debe fijarse un plazo mayor si el mismo es el que razonablemente necesita el deudor y siempre y cuando no se perjudique el acreedor.

A nuestro juicio tal postura es inaceptable. Coincidimos con otro sector de la doctrina —Halperín, Ramella, etc.— que sostiene que el plazo máximo es de quince días, obviamente, lo aclaramos, salvo que el acreedor voluntariamente resolviere otorgar uno mayor.

El deudor debió cumplir en término y no parece lógico que se pueda otorgar un plazo mayor cuando la ley ya le está otorgando uno determinado.

Finalmente, debemos recordar que para efectuar el requerimiento se hace necesario que el deudor requerido se encuentre en mora, que hemos visto es presupuesto de funcionamiento de la cláusula resolutoria.

Efectos del requerimiento

Al margen del cuestionamiento que puede formular el requerido negado que se hayan dado los presupuestos de la resolución, ateniéndonos a la letra del art. 1204, transcurrido el plazo de quince días —o el que corresponda según el caso— sin que la prestación sea cumplida, quedarán resueltas “sin más” las obligaciones emergentes del contrato, con derecho a daños y perjuicios. Dicho en otras palabras, la resolución se producirá sin otra alternativa una vez vencido el plazo.

No obstante, no es esa la doctrina y jurisprudencia dominante ni tampoco nuestra opinión.

Si bien “sin más” equivaldría a decir “de pleno derecho”, dichos términos no pueden interpretarse aisladamente sino conjugados con el resto del texto y otros principios de la cláusula.

En primer lugar, consideramos que la interpretación que propiciamos se fundamenta en aquello que reiteradamente hemos señalado que la cláusula se trata de una “opción”.

Si se admitiera que producida la intimación, y por ese solo hecho, quien la formula ya no puede pedir el cumplimiento y debe inexorablemente caer en la resolución, cabría preguntarse dónde está la opción en ese caso.

Resultaría que en la vía extrajudicial, que es una de las verdaderas innovaciones de la reforma, el cumplidor está por un lado obligado a intimar el cumplimiento y por el otro, producida la intimación obligatoria, el contrato —en la interpretación que rechazamos— quedaría resuelto, sin darle la posibilidad de exigir el cumplimiento.

Se le estaría quitando en realidad la opción, como también se estaría dejando en manos del deudor el resultado del contrato, pues el deudor intimado, no cumple, el

acreedor no le puede exigir el cumplimiento porque el contrato se resuelve, y entonces aquél ha logrado reemplazar su prestación por daños y perjuicios, en contradicción con el principio que establece que el deudor no puede eludir el cumplimiento de la prestación ofreciendo la indemnización supletoria.

La circunstancia de que el art. 1204 emplee el término "podrá", permite interpretar también que existe otra posibilidad que pedir la resolución, que es precisamente el pedido de cumplimiento. Ello conluga con aquello de que la facultad de resolver es eso, una "facultad", y no un procedimiento obligatorio.

Por último, una interpretación contraria a la que propugnamos dejaría sin sentido para el pacto tácito el último párrafo del art. 1204 cuando dice —apareciendo así la segunda facultad, la opción— que "la parte que haya cumplido podrá optar por exigir a la incumplidora la ejecución de sus obligaciones con daños y perjuicios. . ."

Como excepción de la tesis que aceptamos, la doctrina y cierta jurisprudencia sostienen que si el requerimiento contiene el apercibimiento de resolver el contrato en caso de que no se cumpla, entonces sí jugaría el "sin más" y el contrato quedaría resuelto —tal la postura de Borda, Ramella y otros—.

El modelo italiano en su art. 1454 dispone expresamente que "La parte puede intimar. . . con la declaración que transcurrido inútilmente ese término el contrato se tendrá sin más resuelto".

Al no contener nuestra ley semejante disposición, se justifica aún más lo antes sostenido, respecto a que no se produce la resolución de pleno derecho vencido el plazo de intimación.

Ampliando lo expuesto, nos oponemos a aquella tesis —que es mayoritaria— por cuanto, además de lo dicho, cabrían tres observaciones en contra de la misma: a) el último párrafo del art. 1204 solo limita la facultad de pedir el cumplimiento cuando se "demandó" la resolución. Interpretando el término "demandar" como juicio —tal cual el Código de Honduras que habla de "juicio" (art. 747)— no cabe duda que se puede sostener que aún existiendo apercibimiento todavía puede pedirse el cumplimiento mediante demanda judicial; b) el principio de conservación del contrato, norma importante de interpretación, lleva a la misma solución; c) además, sería una sanción muy severa para el cumplidor, por cuanto un mero error de éste al intimar podría imposibilitarle la vía del cumplimiento.

2) *Vía Judicial*

La doctrina y jurisprudencia efectúan una distinción —interpretando el art. 1204— entre la resolución por vía extrajudicial y la vía judicial. En este último caso, que ahora contemplaremos, el sistema no difiere mayormente sea que se trate de cláusula tácita o de pacto expreso.

El problema novedoso se suscita en torno a si es necesario o no conceder el plazo de quince días cuando se trata de resolver recurriendo a juicio. La doctrina y jurisprudencia son casi unánimes en sostener que cuando se trata de la vía judicial no es necesario otorgar el plazo de quince días. Se llega a esta conclusión por interpretación del art. 1204.

Cabe señalar que tanto en el Código Italiano de 1942 como en el de Honduras, el problema no ofrece mayores inconvenientes de interpretación, pues ambos códigos tratan por separado la resolución judicial y lo hacen antes de establecer el sistema de la interpelación (art. 1453 del primero de esos códigos —en el cual la intimación figura en el 1454—; art. 747 del segundo de esos códigos —en el cual la intimación figura en el 748—). Se concluye por doctrina unánime que la vía judicial no necesita en esos ordenamientos la previa intimación.

Nuestra doctrina y jurisprudencia hemos adelantado que llega a semejante conclusión por interpretación del texto del art. 1304.

Fundamentalmente se basan en la parte final de dicha norma --también en la inmediatamente anterior-- cuando expresa, en su último párrafo in fine: "... pero no podrá solicitarse el cumplimiento cuando se hubiese demandado por resolución".

Existiendo un fallo que marcó antecedente y contiene los argumentos principales de la tesis, nos referiremos primeramente al mismo. Se trata del dictado por la Cámara Civil de la Capital Federal, el 7 de agosto de 1970 (puede verse en J.A. 1971-9-420, con nota de Lage, que se manifiesta en contra de dicho fallo).

Repuntadamente, los argumentos del fallo para sostener que en la vía judicial no es necesario la intimación de quince días, son los siguientes:

a) Desde la mora, el deudor incurre en incumplimiento, lo que autoriza a la parte contraria a pedir la resolución.

b) Vencido el plazo contractual, el acreedor puede no tener interés en el cumplimiento. Se le estaría obligando a recibir el mismo, al tener que dar un plazo de gracia al deudor y con ello la facultad a éste de cumplir.

c) El último párrafo del art. 1304, que se refiere al "sin variandi", establece que podrá pedirse la resolución, interpretando lo cual se puede establecer que además de la resolución que operará "sin más" pero con la previa interpelación --según lo dispone el mismo artículo-- hay otra posibilidad que puede pedirse directamente por vía judicial. Entonces, al mismo tiempo que la resolución "por autoridad del acreedor", que exige la interpelación, existe otra que es por decisión judicial. En otras palabras, no corresponde exigir al acreedor el cumplimiento de la intimación, desde que en la resolución judicial no juega el párrafo segundo, sino el primero en relación con el último, que solo expresa "cuando se hubiese demandado por resolución", sin que se agregue formalidad previa alguna, salvo claro está, la de que el deudor se encuentre en mora (voto del Dr. García Maeda).

d) El art. 1304 prevé dos formas de resolución, la extrajudicial y la judicial, no siendo la primera excluyente de la segunda. Tal conclusión fluye del último párrafo de dicho artículo que prevé la posibilidad de obtener la resolución mediante demanda, ya que el precepto utiliza el vocablo "demandado", al referirse a la improcedencia del juicio por cumplimiento si antes se hubiese "demandado" por resolución (del voto del Dr. Abellayta).

Es que razonablemente es dable sostener que la interpelación pueda producir daños irreparables al acreedor, por lo cual a éste hay que darle una vía de protección que le permita eludir la intimación y su plazo de gracia. No olvidemos que en definitiva la protección es a la parte que no ha dejado de cumplir frente a la que ha incumplido.

En el tema coincidamos con cierta doctrina --por ejemplo Ramella, La Resolución por Incumplimiento--, en cuanto sostiene que para la solución del problema tiene importancia también el segundo párrafo del art. 1304 cuando dice que el acreedor "podrá requerir al incumplidor..." con lo cual resulta que ello es una facultad, una posibilidad. El "podrá" así lo determina. Cabe preguntarse cuál sería la otra posibilidad y contestar que ella es la vía judicial.

La importancia de poder recurrir directamente a la vía judicial se advierte si se tiene en cuenta que la misma tendrá valor de cosa juzgada, otorga una seguridad mayor que la extrajudicial, no necesita dar el plazo de gracia --según la interpretación sostenida--, lo cual se torna muy importante cuando el plazo es esencial y aún en los demás casos, en los que permite que el acreedor evite un pago tardío.

De allí que estas ventajas, que constituyen aspectos favorables al cumplidor, permiten también interpretar a su favor la norma implicada en la forma que ha quedado expuesta.

B) CLAUSULA EXPRESA

a) Generalidades.

La cláusula expresa es el verdadero "pacto", ya que proviene precisamente del acuerdo entre los contratantes.

En forma general está aludido, en el art. 1203 del Código Civil —que permaneció sin ser reformado—, aunque recordamos que a nuestro criterio tal norma también implica una suerte de concepto genérico de la cláusula, expresa y tácita.

El pacto expreso era el único admitido antes de la reforma, si bien existían diversas excepciones como ya lo hemos anticipado.

Con la ley 17.711 se mantiene aquel pacto, estableciéndole un régimen distinto al de la cláusula tácita.

El tercer párrafo, en efecto, de dicho artículo dice: "Las partes podrán pactar expresamente que la resolución se produzca en caso de que alguna obligación no sea cumplida con las modalidades convenidas; en este supuesto la resolución se producirá de pleno derecho y surtirá efectos desde que la parte interesada comunique a la incumplidora, en forma fehaciente, su voluntad de resolver".

El pacto expreso, además de la disposición mencionada, se fundamenta en el art. 1197 del Código Civil y se trata de un elemento accidental del contrato, desde que sólo funciona ante la inclusión expresa por las partes.

Entendemos que conforme al régimen de la libertad contractual —que permite establecer el contenido del contrato— el pacto podría establecerse a favor de ambas o de solo una parte, salvo aquellos supuestos en que encuentra alguna limitación legal (arts. 1374, 1429, en cuanto no puede estipularse a favor del vendedor en la compra y venta de muebles). No se exigen formas sacramentales para establecer el pacto, imperando acá el principio general de la libertad de las formas —art. 974 del Código Civil—, si bien hay que tener en cuenta que si el contrato se hace por escritura pública, el pacto debe también establecerse por esa forma —art. 1184, inc. 10, del mencionado código.

No obstante esa libertad, la cláusula debe ser lo suficientemente clara y categórica como para no dejar dudas en cuanto a su imposición.

Un problema puede plantearse si se interpreta literalmente el texto del art. 1204, por cuanto parecería que el pacto sólo funciona cuando "alguna obligación no sea cumplida con las modalidades convenidas", es decir, que habría que determinar con precisión qué obligaciones y bajo qué circunstancias deberían ser incumplidas para que juegue el pacto.

No obstante, es mayoritaria la opinión —que compartimos— que no es necesario precisar con exactitud el incumplimiento y que la cláusula puede ser genérica y referirse a una, varias o todas las obligaciones emergentes del contrato que se celebra, siempre y cuando no se traspasen los límites de la libertad contractual, que son el orden público, la buena fe, moral y buenas costumbres, es decir, los límites de la autonomía de la voluntad. Si así fuere la cláusula podría ser invalidada.

b) Procedimiento para resolver.

Corresponde determinar los medios de llegar a la resolución sea por vía extrajudicial, sea por vía judicial, ya que ambos supuestos están autorizados también para el pacto expreso.

1) *Vía extrajudicial*

El procedimiento extrajudicial es el que realmente interesa en el pacto expreso, ya que el judicial no difiere de la cláusula tácita.

Además, la vía extrajudicial es la que sufrió la principal reforma con la ley 17.711.

Antes de esa reforma, cuando se establecía el pacto expreso el procedimiento de resolución extrajudicial quedaba librado a lo que las partes estipulaban, es decir que se regulaba por la voluntad de ellas.

Actualmente, el sistema se ha simplificado y se ha establecido concretamente en la ley, si bien se admite -Ramella, López de Zavala- que por aplicación del art. 1197 podría pactarse la resolución en forma diferente al sistema legal, aunque el primero de sus autores aclara con razón que no podría pactarse la resolución de pleno derecho, pues ello implicaría perder el derecho de opción. Entendemos que si la resolución fuera de pleno derecho estaríamos en realidad en presencia de una condición resolutoria y no de un pacto comisorio.

Fincomunicación

Producido el incumplimiento, para que se produzca la resolución del contrato se hace necesaria la comunicación, porque ella es la forma por la cual quien no ha dejado de cumplir y quiere ejercer la resolución frente al incumplidor, hace ejercicio de la opción; y es la forma también de que el deudor incumplidor se entere de esa opción. La parte cumplidora, pues, manifestará mediante esa comunicación que entre las dos facultades que tiene, de pedir el cumplimiento y ejercer la resolución, opta por esta última.

La resolución producirá efectos desde la comunicación, no obstante que la ley diga que dicha resolución se opera "de pleno derecho", pues acto seguido la misma ley dispone que producirá sus efectos desde que la parte interesada comunique a la incumplidora su voluntad de resolver. Siendo así, no cabe duda que la expresión "de pleno derecho" empleada por el art. 1304, no es la exacta, ya que está supeditada la resolución al ejercicio de la voluntad manifestada mediante declaración fehaciente.

Esta declaración debe ser dirigida al deudor, debe ser recepticia y "fehaciente", de acuerdo esto último a lo que dispone la norma. Ello implica que sea inequívoca, que pueda hacer fe en juicio, por lo cual se señala con razón que en principio debe ser una forma escrita, aunque podría ser verbal en la medida que luego se la reconozca en juicio -Borda en tal sentido-.

Como forma más usual se emplea el telegrama o carta con asno de recepción -por ejemplo telegrama colacionado o carta documento-, pero también es de gran utilidad el acta notarial, que incluso es la más aconsejable, por su mayor seguridad y además por ser la que permite expresar con toda claridad la voluntad de quien va a resolver e incluso la notificación fehaciente de quien recibe esa manifestación de voluntad.

La ley no prevé los términos en que se debe manifestar la voluntad de resolver, por lo cual basta con que ellos sean claros, no dejen dudas y circunscriban perfectamente a qué contrato están referidos.

Tampoco hay plazo fijado en la ley para ejercer la resolución, por lo que la doctrina mayoritaria —a la que adherimos— entiende que no hay un término para la comunicación y ella entonces se puede ejercer hasta la prescripción, obviamente siempre que el incumplimiento se mantenga.

Producida la comunicación, es decir cuando ésta se recibe, se produce la resolución. Ello dejando a salvo que la parte contra quien se dirige cuestiona y lleve a la vía judicial el problema, en cuyo caso resolverá el juez si se ha producido o no la resolución. Pero quede en claro que desde el momento en que se recibe la comunicación el deudor incumplidor pierde el derecho a cumplir, al menos como principio general.

2) Vía judicial

La vía judicial es similar al caso de la cláusula tácita, si bien en este supuesto no otorga una de las mayores ventajas del ejercicio en la cláusula tácita, cual es eludir el plazo de gracia, pues en el caso del expreso tal plazo no existe.

No obstante, tiene sí las otras ventajas que hemos enumerado, con lo cual se justifica la existencia de esta vía judicial también para el pacto expreso. Siendo así, se puede prescindir de la vía extrajudicial y reclamar directamente en juicio la resolución.

C) DISPOSICIONES COMUNES A AMBAS CLAUSULAS

Hay algunos aspectos de la cláusula comisorias, que son comunes a ambas especies, la tácita y la expresa. En tal sentido ya vimos los presupuestos de funcionamiento, pero es conveniente detenernos en alguna otra cuestión.

Nos referiremos al llamado "ius variandi", a otros efectos comunes en particular y al tema de la indemnización de daños y perjuicios.

a) "Ius Variandi"

Se denomina de esta forma a la cuestión relativa a si la parte que no ha incurrido en incumplimiento puede ejercer ante la incumplidora, sucesivamente, su facultad de resolver y la de pedir el cumplimiento.

En otras palabras, si pedido el cumplimiento puede requerir luego la resolución y, contrariamente, si pedida esta última puede pedir luego el cumplimiento.

El art. 1204 aparece como claro, en principio, al establecer en su parte final: "La resolución podrá pedirse aunque se hubiese demandado el cumplimiento del contrato; pero no podrá solicitarse el cumplimiento cuando se hubiese demandado por resolución".

La solución parece acertada sobre todo en el primer caso, porque si se demanda el cumplimiento y no se logra, sería castigar al cumplidor a seguir un juicio del cual posiblemente no tenga resultado favorable.

En el segundo caso, la solución se justifica diciendo que si una parte expresa su voluntad de resolver, ya no es aceptable que, además, máxime que el deudor puede haber comprometido su prestación hacia otro al saber que se le pedía la resolución.

A nuestro criterio ese argumento no es muy convincente, máxime que según el art. 1375, Inc. 3°, del Código Civil, se admite una solución distinta para el caso de la compra y venta.

La manera de ejercer el "ius variandi" dependerá de la voluntad del cumplidor que peticiona, ya que incluso puede reclamar el cumplimiento bajo apercibimiento, o en forma subsidiaria, la resolución.

Pero el verdadero problema se presenta con la terminología de la ley, que habla de "demandado" en ambos casos, es decir, aludiendo en terminología estricta, a la existencia de un juicio. Si así se sostuviera, el artículo solo se aplicaría en caso de pedirse la resolución o el cumplimiento en forma judicial.

La mayoría de la doctrina sostiene, incluso no obstante reconocer a veces que es indudable que el texto alude a la resolución judicial, que el artículo también se aplica al supuesto en que el ejercicio es extrajudicial.

En tal sentido Borda hace jugar el "in más" y Ramella afirma que la actividad del deudor no puede quedar en forma indefinida librada a la facultad del acreedor.

En cambio, Spota -Instituciones- sostiene que el principio de la ley solo juega en caso de exigirse la resolución o el cumplimiento judicial.

Se funda en la fuente, que es el art. 1453 segundo párrafo del Código Italiano, que dispone "La resolución puede ser requerida aun cuando se haya promovido juicio para obtener el cumplimiento; pero cuando se demandó la resolución ya no puede recabarse el cumplimiento. . .". Agregamos también que se refiere a "juicio" el art. 347, segundo párrafo, del Código de Honduras.

Coincidimos con esta última tesis, no solo por dichos argumentos sino por la circunstancia de que, en definitiva, ella implica reconocer mayores derechos a quien más lo merece, o sea al cumplidor frente al incumplidor.

Un otro aspecto, digamos que la disposición del art. 1204 difiere del inciso 3º del art. 1375. Se ha llegado a sostener -Borda por ejemplo- que esta última norma quedó derogada por ser aquella posterior a la misma.

Ya hemos defendido la no aceptación de la tesis de la derogación parcial dicha y que hay que determinar si los textos pueden subsistir con el art. 1204 actual.

Entendemos que el problema que plantea el art. 1375, inciso 3º, al referirse al "ius variandi" en la compra y venta, puede solucionarse -en su cheque con el 1204- si limitamos el primero de dichos artículos al supuesto que estrictamente contempla, es decir al pacto expreso en la compra y venta. Solo para este supuesto regiría un sistema diferente al que plantea la norma general del 1204.

b) Algunos efectos constantes en particular

En especial interesa la segunda parte del primer párrafo del art. 1204, que dispone "más en los contratos en que se hubiese cumplido parte de las prestaciones, las que se hayan cumplido quedarán firmes y producirán, en cuanto a ellas, los efectos correspondientes".

Ello plantea la cuestión de qué es lo que ocurre con las prestaciones cumplidas; o sea si la resolución se produce "ex-tunc" (retroactivamente) o "ex-nunc" (hacia el futuro).

Resulta claro a nuestro juicio que en caso de contratos de tracto sucesivo, la resolución retroactiva no solo no corresponde, sino que sería a veces imposible de efectuar. Cabe preguntarse, por ejemplo, cómo devolvería el locatario el uso y goce que ejerció. De allí que algunos autores limitan la cuestión a aquel tipo de contratos.

Pero en contratos que no son de esa categoría el tema no aparece tan claro. Nuevamente acá la reforma lamentablemente se apartó de sus modelos -en este caso art. 1458 del Código Italiano y 750 del Código de Honduras- que establecen que la resolución tiene efecto retroactivo salvo en los contratos de ejecución continuada o periódica en cuanto a las prestaciones ya cumplidas.

En nuestro derecho el tema se vincula con la divisibilidad o indivisibilidad de las prestaciones, admitiéndose entonces que el art. 1204 puede aplicarse también en caso

de contratos de ejecución instantánea pero divisible, por ejemplo la entrega de cosas fungibles, pero no si la prestación es indivisible —en tal sentido Ramella—.

Por entender que resume claramente el problema citaremos las conclusiones de las VI Jornadas de Derecho Civil celebradas en Santa Fe en 1977, que aprobaron la siguiente recomendación: "La resolución es la vicisitud extintiva prevista en el art. 1304 del Código Civil y actúa, como regla, con efectos retroactivos entre las partes, salvo en los contratos de tracto sucesivo respecto de las prestaciones cumplidas".

Se aprobó también el siguiente agregado: "Tanto en los contratos de tracto sucesivo como en los de prestaciones diferidas, las prestaciones cumplidas parcialmente por ambas partes quedan firmes si fueren divisibles y se hubieren cumplido equivalentemente; tal es el sentido que debe acordarse a la segunda parte del primer párrafo del art. 1304".

c) *Daños y perjuicios*

Además del derecho de optar entre pedir el cumplimiento o la resolución, la parte contratante que ejerce la cláusula tiene también la posibilidad, en cualquier caso, de reclamar daños y perjuicios.

Lo dice claramente el art. 1304, segundo párrafo en cuanto a la cláusula tácita: "... el cumplimiento... con los daños y perjuicios derivados de la demora... resueltas, sin más... con derecho para el acreedor al resarcimiento de los daños y perjuicios".

A su vez el cuarto párrafo al referirse a la opción establece: "La parte que haya cumplido podrá optar por exigir... la ejecución de sus obligaciones con daños y perjuicios...".

En definitiva, los daños y perjuicios son susceptibles de reclamo tanto en el caso de cumplimiento demorado como en el de resolución. Se ha admitido que cuando se reclama lo uno o lo otro por vía judicial, se pueden acumular la acción de daños y perjuicios a la acción principal.

En cuanto a los diversos aspectos de la indemnización, rigen los principios generales, excediendo su tratamiento el marco del programa que nos trazáramos.