

EL PACTO COMISORIO EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Elsa Manrique

Abogada. Escribana. Universidad Nacional de Cuyo. Posgrado de Especialización en Derecho de Contratos y Daños de la Universidad de Salamanca-España. Doctorando de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesora en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba y en la Universidad Nacional de La Rioja.

Palabras claves: contrato bilateral, cláusula resolutoria expresa, cláusula resolutoria tacita, pacto comisorio expreso, pacto comisorio tácito.

Key words:

Bilateral agreement, express resolution clause, tacit resolatory clause, express commissary pact, tacit commissary pact.

Resumen

El pacto comisorio legislado en el Código Civil de Vélez Sarsfield estaba previsto en los art. 1203, 1204, y en el art. 216 del Código de Comercio, preveían las soluciones ante el incumplimiento contractual de la otra parte. Actualmente, en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación está legislado en los arts. 1083 al 1089.

Abstract

The consensual pact legislated in the Civil Code of Vélez Sarsfield was foreseen in the art. 1203, 1204, and in art. 216 of the Commercial Code, provided for remedies in the event of breach of contract by the other party. Currently, the new Civil and Commercial Code of the Nation is legislated in arts. 1083-1089.

Introducción

El pacto comisorio es la facultad de una de las partes de un contrato para resolverlo cuando la otra no cumpla con las obligaciones a su cargo; es la cláusula expresamente pactada, o implícita en todo contrato bilateral, en virtud del cual el cumplidor tiene opción para extinguirlo por medio de una declaración unilateral de voluntad.⁵⁷

El Código Civil y Comercial de la Nación promulgado por la Ley N° 26.994 ha establecido algunas nuevas pautas sobre la resolución contractual por el pacto comisorio expreso y tácito, instituido en el capítulo 13 denominado "Extinción, modificación y adecuación del contrato".

En el presente trabajo se comenzara por realizar una breve reseña histórica del antiguo pacto comisorio legislado en el Código Civil de Vélez Sarsfield previsto en el art. 1203, 1204 del Código Civil y el art. 216 del Código de Comercio que preveían las soluciones ante el incumplimiento contractual de la otra parte. Posteriormente, se realizarán algunas consideraciones contenidas en el nuevo código sobre el instituto elegido.

⁵⁷ BELLUSCIO – ZANONI, 1994, *Código Civil y leyes complementarias*, Tomo 5, Ed. Astrea, 2º reimpresión, pág. 978.

Reseña histórica del pacto comisorio en nuestros códigos civiles y comerciales derogados

Conforme al contenido del art. 1204 en su redacción originaria y a la nota del 1432 del Código Civil, Vélez Sarsfield consideraba la necesidad de legislar el pacto comisorio expreso. El codificador no admitía el pacto tácito⁵⁸.

Por lo contrario, el Código de Comercio incorporó la cláusula tácita en el art. 246, (este código fue sancionado en año 1859 para la Provincia de Buenos Aires y posteriormente fue adoptado por la Nación en año 1862) y con reformas introducidas en el año 1889, el pacto comisorio quedó plasmado en el art. 216⁵⁹.

Si bien Vélez Sarsfield no había legislado sobre el pacto comisorio tácito había incorporado numerosas excepciones al principio del pacto expreso, por lo cual la primera figura funcionaba correctamente, así quedó establecido en el 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 en el que se resolvió que la falta de pacto comisorio expreso no obsta para que se pueda solicitar la resolución ante un incumplimiento.

El Anteproyecto de Bibiloni, como el Proyecto de 1936, y el Anteproyecto de 1954, admitieron el principio de la cláusula tácita.

Con la reforma del Código Civil producida por la ley 17.711 se reemplazó el art. 1204 y se sancionó en su lugar un dispositivo legal idéntico al que contenía el Código de Comercio.

En definitiva, nuestro Código de Comercio aceptó el pacto comisorio expreso y tácito en el Art. 216 y en el Código Civil, luego de la reforma, lo aceptó expresamente en los artículos Art. 1203 y 1204. De esta forma, la legislación se unificó en lo civil y comercial con respecto a este tema.

⁵⁸ GASTALDI, José María, "Pacto comisorio", <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/46-2/pacto-comisorio.pdf>.

⁵⁹ Ídem.

Posteriormente, en el año 2015, se sancionó el Código Civil y Comercial de la Nación, actualmente constituye las bases del ordenamiento jurídico en materia civil y comercial en la Argentina. El texto final fue aprobado por el Congreso de la Nación el 1 de octubre de 2014, mediante la ley n.º 26 994, promulgado el 7 de octubre de 2014 y publicado en el Boletín Oficial el 8 de octubre del mismo año. El Código entró en vigencia el 1 de agosto de 2015 derogando al Código Civil de 1869, que fue redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield, y al Código de Comercio de 1862, elaborado por Eduardo Acevedo y Vélez Sarsfield.

En el código Civil y Comercial de la Nación el pacto comisorio quedó redactado en los artículos 1083 al 1089.

La normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Los nuevos artículos que ilustran sobre las disposiciones generales del pacto comisorio expreso y tácito son los arts. 1083 al 1085, y el art. 1086 se refiere al pacto expreso y el pacto tácito se formaliza en los arts. 1087, 1088 y 1089.

En estos artículos establecen los caminos a seguir por el acreedor de una prestación determinada en una obligación contractual, ante el incumplimiento de la otra parte, precisándose el sistema de la resolución como manera de concluir relaciones que, al haberse tornado ineficiente en su funcionalidad, producen la ineficacia del contrato.

La parte afectada por un incumplimiento puede optar entre reclamar el cumplimiento, con más el daño ocasionado por el retraso en concretarlo, o bien puede solicitar la resolución del contrato, produciendo la extinción del vínculo.

El régimen en nuestro nuevo código establece que: requerido el cumplimiento puede posteriormente solicitarse la resolución, pero no a la inversa. Y la resolución, puede solicitarse en forma total o

parcial. Para que proceda la resolución en forma total, el incumplimiento debe ser fundamental. En esta situación, la opción por uno u otro planteo resolutorio prohíbe la posibilidad de ulterior cambio al otro.

La Función práctica del Pacto Comisorio

En el nuevo Código la resolución por incumplimiento conforma un efecto natural de los contratos bilaterales, la inserción de una cláusula resolutoria expresa es de significativa importancia práctica, puesto que por su presencia las partes pueden acordar el sistema al que ha de someterse la resolución del contrato. De esta manera, las partes pueden fijar cuáles serán los incumplimientos que permiten realizar la resolución, estableciendo originalmente la discusión relativa a la configuración y dimensión del incumplimiento (art. 1084)⁶⁰.

Asimismo, las partes pueden fijar cuáles serán los Incumplimientos que facultan a la resolución, analizando la entidad del incumplimiento (art. 1084), observando los límites impuestos por la buena fe y el abuso del derecho.

Es así que los contratantes pueden estipular el procedimiento por el cual ha de regirse la resolución. Esa solicitud puede ir acompañada de otros pactos, como por ejemplo el de los daños que deberá indemnizar el incumplidor (art. 1082) e inclusive establecer cuáles son las prestaciones que deberán reintegrarse y en qué forma, tiempo y lugar⁶¹.

El pacto comisorio permite brindar certeza jurídica a las partes que conocen de antemano los supuestos legales vigentes que darán lugar a la resolución o no del contrato celebrado.

⁶⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis, Director, 2015, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, DE LORENZO, Miguel Federico, LORENZETTI, Pablo, Coordinadores, RUBINZAL-CULZONI EDITORES, pág. 204.

⁶¹ Ídem.

Estas cláusulas resolutorias constituyen uno de los elementos más significativos que cuenta el acreedor al celebrar un contrato bilateral a fin de conseguir los logros que perseguía al contratar, por lo tanto, ante la inejecución del deudor, el contratante que cumple con sus prestaciones podrá optar entre exigir el cumplimiento de las obligaciones que provienen del contrato o liberarse del mismo.

EL Pacto comisorio y los Principios Generales del Derecho

El pacto comisorio está presidido por el principio de la autonomía de la voluntad, pero no obstante ello, se aplica los principios generales informadores de la materia contractual, consagrados en el Título Preliminar del Código, que auxilian al operador del derecho ilustrándolo en los escenarios que le brindan cada caso en concreto⁶².

El Ámbito de aplicación

El nuevo art. 1087 instituye que el pacto comisorio tácito solo se aplica a los contratos bilaterales, sinalagmáticos perfectos que no hayan previsto una cláusula resolutoria expresa, redactada a sus necesidades, y el pacto expreso rigen solo para los unilaterales y plurilaterales⁶³. No obstante, en un mismo contrato puede convivir una cláusula resolutoria expresa con una implícita que habrá de aplicarse a lo no previsto por aquella.

La Parte legitimada para solicitar el instituto

El art. 1083 se refiere a la "parte" como aquella que posee la facultad de resolver total o parcialmente el contrato. Es *decir* "la parte que no ha incurrido en incumplimiento" (conforme lo establecía el código de Vélez Sarsfield). Además, solo podrá alegar el pacto comisorio aquel que no está en mora, según lo establecen los nuevos

⁶² Ibidem, pag 206.

⁶³ RIVERA, Julio César, MEDINA, Graciela, 2014, "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", Editorial Thomson Reuters, La Ley, Tomo III, pag. 677.

artículos 1031 y 1078 inciso c) ⁶⁴. Al respecto la jurisprudencia expresó que: solo la parte cumplidora puede ejercer el pacto comisorio (C Fed. Civ. y Com., sala III, 31/8/1995, LA LEY, 1996 A, 474). Asimismo, que: el pacto comisorio no puede ejercerse ante el incumplimiento de ambas partes (CN Civ., sala L, 30/10/2001, LA LEY, 2002-B, 5791).

Los Límites a la aplicación del Pacto Comisorio

El Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación limitan la aplicación del pacto comisorio en dos casos:

a) El art. 8 de la Ley 14.005 referente a la compraventa de lotes en cuotas mensuales y

b) el art. 1171 para el caso de que se hubiese abonado el 25 % del boleto de compraventa que será oponible al concurso y/o quiebra si el adquirente es de buena fe⁶⁵.

El art. 1089 establece que el requerimiento dispuesto en el artículo 1088 no es necesario en aquellos casos en que la ley autoriza a la parte a declarar unilateralmente la extinción del contrato, sin perjuicio de disposiciones especiales. El nuevo código establece los siguientes casos:

a) Art. 1261 (El comitente puede desistir del contrato por su sola voluntad) ⁶⁶.

⁶⁴ "ARTÍCULO 1031.- Suspensión del cumplimiento. En los contratos bilaterales, cuando las partes deben cumplir simultáneamente, una de ellas puede suspender el cumplimiento de la prestación, hasta que la otra cumpla u ofrezca cumplir. La suspensión puede ser deducida judicialmente como acción o como excepción."

ARTÍCULO 1078.- Disposiciones generales para la extinción por declaración de una de las partes. Excepto disposición legal o convencional en contrario, se aplican a la rescisión unilateral, a la revocación y a la resolución las siguientes reglas generales:.... c) la otra parte puede oponerse a la extinción si, al tiempo de la declaración, el declarante no ha cumplido, o no está en situación de cumplir, la prestación que debía realizar para poder ejercer la facultad de extinguir el contrato."

⁶⁵ ARTICULO 1171.- "Oponibilidad del boleto en el concurso o quiebra. Los boletos de compraventa de inmuebles de fecha cierta otorgados a favor de adquirentes de buena fe son oponibles al concurso o quiebra del vendedor si se hubiera abonado como mínimo el veinticinco por ciento del precio. El juez debe disponer que se otorgue la respectiva escritura pública. El comprador puede cumplir sus obligaciones en el plazo convenido. En caso de que la prestación a cargo del comprador sea aplazo, debe constituirse hipoteca en primer grado sobre el bien, en garantía del saldo de precio".

⁶⁶ ARTICULO 1261.- "Desistimiento unilateral. El comitente puede desistir del contrato por su sola voluntad, aunque la ejecución haya comenzado; pero debe indemnizar al prestador todos los gastos y trabajos realizados y la utilidad que hubiera podido obtener. El juez puede

- b) Art. 1404 (cierre de la cuenta corriente bancaria) ⁶⁷.
- c) Art. 1331 (La revocación sin justa causa en el contrato de mandato) ⁶⁸.
- d) Art. 1539 (Restitución anticipada en el contrato de comodato) ⁶⁹.
- e) Art.1222 (contrato de locación habitacional) ⁷⁰.

La Facultad de los acreedores de subrogarse en la facultad resolutoria del titular de la acción

El Código Civil y Comercial de la Nación establece en el art. 741 los casos que quedan excluidos de la acción subrogatoria:

- a) Los derechos y acciones que, por su naturaleza o por una norma legal, solamente pueden ser ejercidos por su titular.
- b) Los derechos y acciones excluidos de la garantía colectiva de los acreedores.
- c) Las meras facultades, con excepción de las que resulten un progreso en la situación patrimonial del deudor.

El nuevo Código brinda un esbozo de los derechos que pueden considerarse que están fuera de la protección de la acción, entre los que se puede mencionar:

- a.- las indemnizaciones de las consecuencias no patrimoniales contenidas en el art. 1741 CC y C⁷¹;

reducir equitativamente la utilidad si la aplicación estricta de la norma conduce a una notoria injusticia”.

⁶⁷ ARTICULO 1404.- “Cierre de cuenta. La cuenta corriente se cierra: a) por decisión unilateral de cualquiera de las partes, previo aviso con una anticipación de diez días, excepto pacto en contrario; b) por quiebra, muerte o incapacidad del cuentacorrentista; c) por revocación de la autorización para funcionar, quiebra o liquidación del banco; d) por las demás causales que surjan de la reglamentación o de la convención.

⁶⁸ ARTICULO 1331.- “Revocación. La revocación sin justa causa del mandato otorgado por tiempo o asunto determinado obliga al mandante a indemnizar los daños causados; si el mandato fue dado por plazo indeterminado, el mandante debe dar aviso adecuado a las circunstancias o, en su defecto, indemnizar los daños que cause su omisión”.

⁶⁹ ARTICULO 1539.- “Restitución anticipada. El comodante puede exigir la restitución de la cosa antes del vencimiento del plazo: a) si la necesita en razón de una circunstancia imprevista y urgente; o b) si el comodatario la usa para un destino distinto al pactado, aunque no la deteriore”.

⁷⁰ ARTICULO 1222.- “Intimación de pago. Si el destino es habitacional, previamente a la demanda de desalojo por falta de pago de alquileres, el locador debe intimar fehacientemente al locatario el pago de la cantidad debida, otorgando para ello un plazo que nunca debe ser inferior a diez días corridos contados a partir de la recepción de la intimación, consignando el lugar de pago”.

b.- las afectaciones a la dignidad establecidas en el art. 52 CC y C⁷².

La norma tiene por antecedente lo establecido en el art. 1056 del Proyecto de 1998.

La Resolución

El acreedor afectado por el incumplimiento de la otra parte puede solicitar la resolución total o parcial del contrato, de acuerdo a la medida de su interés y el carácter de su falta de cumplimiento.

Pero, requerida una no puede luego reclamarse la otra. Si hubo ejecución parcial puede demandarse la total solamente cuando el acreedor carece de interés en aquella; esto puede suceder cuando no se ha cumplido con la prestación sustantiva, pues la prestación intrascendente o accesorio no autoriza al deudor a creer que el contrato no va a ser completamente resuelto por la otra parte ante la inejecución de prestaciones fundamentales. En oposición, la ejecución de una prestación parcial esencial faculta al deudor a discutir la procedencia de una resolución total⁷³.

Además, si el acreedor insatisfecho de la prestación debida, escoge resolver parcialmente el contrato, esta actitud importa validar todas las prestaciones restantes no resueltas, por tal motivo el Código prohíbe optar por la resolución parcial y luego pretender la resolución total.

⁷¹ ARTICULO 1741.-"Indemnización de las consecuencias no patrimoniales. Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible".

⁷² ARTICULO 52.-"Afectaciones a la dignidad. La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1".

⁷³ HERRERA, Marisa, CAMELO, Gustavo, PICASSO, Sebastián, Directores, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. <http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC>. Pag. 477.

La resolución por incumplimiento sea total o sea parcial, se excluyen recíprocamente. El cumplimiento parcial de una prestación no impide la resolución total⁷⁴

El instituto actúa como un límite al ejercicio de la pretensión resolutoria, pues se considera como abusiva la pretensión extintiva cuando la parte que cumplió tenga interés en la prestación parcial.

La fórmula utilizada por el nuevo Código resulta más amplia que otras esgrimidas en el Derecho Comparado. La Regla 9302 de los "Principios de Derecho Europeo de Contrato" dispone que

"Si el contrato debe cumplirse por partes separadas y, si en relación con una fracción a la cual puede ser asignada una fracción de la contraprestación, hay un incumplimiento esencial, la parte perjudicada puede ejercitar su derecho a resolver el contrato de acuerdo con esta Sección en lo que se refiere a la fracción en cuestión. Solamente puede resolver el contrato en su totalidad si el incumplimiento es esencial respecto a todo el contrato".

El Cumplimiento parcial

Igualmente se prevé que el acreedor puede resolver el contrato cuando el deudor haya cumplido en forma parcial y ese cumplimiento no haya satisfecho las expectativas del acreedor, siempre que dichas expectativas sean *razonables*, así lo dispone el artículo 1088:

*"... que la resolución por cláusula resolutoria implícita exige:
a) un incumplimiento en los términos del artículo 1084. Si es parcial, debe privar sustancialmente de lo que razonablemente la parte tenía derecho a esperar en razón del contrato..."*

⁷⁴ Este artículo se incorporó al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y fue tomado del art. 1048 del Proyecto de Código Civil de 1998 para la República Argentina.

El Cumplimiento es “esencial”

Asimismo, dispone el nuevo código que el incumplimiento debe ser “esencial.” La fórmula se emplea para ambos pactos, es decir, el pacto tácito y el expreso. El artículo 1084 establece las reglas para determinar cuando el incumplimiento es *esencial*:

“Configuración del incumplimiento. A los fines de la resolución, el incumplimiento debe ser esencial en atención a la finalidad del contrato. Se considera que es esencial cuando:

- a) el cumplimiento estricto de la prestación es fundamental dentro del contexto del contrato;*
- b) el cumplimiento tempestivo de la prestación es condición del mantenimiento del interés del acreedor;*
- c) el incumplimiento priva a la parte perjudicada de lo que sustancialmente tiene derecho a esperar;*
- d) el incumplimiento es intencional;*
- e) el incumplimiento ha sido anunciado por una manifestación seria y definitiva del deudor al acreedor”.*

La norma establece un concepto de incumplimiento a los efectos de la resolución contractual, que requiere sea “esencial”. La norma está en armonía con el principio de conservación del contrato, atribuyendo carácter excepcional a la resolución por incumplimiento. Se aprecia fundamentalmente la tipificación que realiza de este último, mediante una fórmula clara y precisa. Asimismo, un principio similar ha sido recogido por la regla 7.3.1 de los Principios de UNIDROIT que esgrime la caracterización de “esencial” como lo realiza nuestro Código. Además, se vislumbran los mismos principios en los arts.49.1 y 73.1 y 2 de la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías⁷⁵.

⁷⁵ RIVERA, Julio César, Medina Graciela, op. cit., pág. 667.

La Conversión de la sentencia. El artículo 1085 del nuevo código

El texto de este artículo ilustra acerca de una de las manifestaciones que pueden ostentar en orden al *ius variandi*. Los alcances del *ius variandi*, o derecho de variar, reconocidos a la parte cumplidora se encuentra de acuerdo con lo establecido con el artículo 1085 que admite que quien demandó el cumplimiento puede posteriormente de incumplida la sentencia pretender la resolución, dado que el mencionado artículo establece que la:

“La sentencia que condena al cumplimiento lleva implícito el apercibimiento de que, ante el incumplimiento, en el trámite de ejecución, el acreedor tiene derecho a optar por la resolución del contrato, con los efectos previstos en el artículo 1081”.

Es así, como queda consolidado un principio de nuestro derecho que establece que el *ius variandi* también puede ejercerse cuando el deudor que ha sido condenado al cumplimiento no cumple con la sentencia condenatoria. El supuesto es similar al caso en el cual el demandante al accionar solicitando el cumplimiento acumula a esa pretensión, de manera subsidiaria, a la acción de resolución para la eventualidad de que la prestación no sea cumplida en el tiempo que precise la sentencia⁷⁶.

El Pacto Comisorio Expreso

Este pacto está específicamente previsto en el artículo 1086. La norma recoge el instituto del pacto comisorio, denominado en el nuevo código "*cláusula resolutoria expresa*". Se trata de una norma que contiene el principio de la autonomía de la voluntad. El pacto comisorio expreso no exige una terminología sacramental en la enunciación de la cláusula. El artículo 1086 solo requiere que las partes "expresamente" estipulen la resolución (en caso de

⁷⁶LORENZETTI, Ricardo Luis, Director, DE LORENZO, Miguel Federico, LORENZETTI, Pablo, Coordinadores, op. Cit. , pag. 202.

incumplimientos genéricos o específicos), es decir, exterioricen el propósito de autorizarla ante el incumplimiento contractual⁷⁷. No obstante lo dicho la CN Com., sala B, 5-6-2008, "Kodak Argentina SA ef Foto Express SA", Lexis N° 70047690, se expidió en sentido contrario⁷⁸ manifestando:

"La cláusula resolutoria expresa debe contener la indicación concreta de las modalidades singular es cuya inobservancia se considera esencial por las partes. Ergo, si alude de modo genérico a los eventuales incumplimientos, se convierte en una cláusula de estilo y tendría la misma eficacia que la cláusula resolutoria tácita".

Las partes pueden disponer el dispositivo resolutorio que les parezca más acorde a sus necesidades, pudiendo prever que no se exija notificación, funcionando de forma automática. En caso de no preverse en el contrato la manera de realizar la resolución, se debe emplear de modo supletorio el párrafo final del artículo 1086, que expresa: *"En este supuesto, la resolución surte efectos a partir que la parte interesada comunica a la incumplidora en forma fehaciente su voluntad de resolver"*.

En este dispositivo, se sigue la solución que contenía el código civil derogado:

a) La comunicación debe ser *recepticia*, en otras palabras, dirigida al deudor. Además, se requiere que sea en forma fehaciente su voluntad de resolver, lo cual implica que debe bastarse a sí misma como prueba en juicio. Según lo expresa Julio César Rivera esta frase significa que *"se debe comunicar al deudor la voluntad de resolver pues no basta con que esa parte esté incurso en mora automática"*⁷⁹. Además, debe dar fe de la voluntad formulada, como por ejemplo, una carta documento o un telegrama establecido por la ley 750 y 1/2,

⁷⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis, Director, DE LORENZO, Miguel Federico, LORENZETTI, Pablo, Coordinadores, óp. Cit., pág. 205.

⁷⁸ Ídem.

⁷⁹ RIVERA, Julio César, Medina Graciela, óp. Cit., pág. 675.

o una comunicación notarial realizada conforme al art.12 de la ley 12.990⁸⁰.

b) No se impone requerimiento alguno, ni debe concederse un plazo para el cumplimiento. No obstante ello, hasta cuando se recibe la comunicación que notifica la resolución, el deudor moroso puede efectuar la prestación a su cargo, salvo que el plazo sea esencial (art. 1084, inc. b)⁸¹.

c) La resolución se origina de pleno derecho y empieza a surtir efectos desde el momento en que la parte interesada notifica a la incumplidora su voluntad de resolver.

Por otro lado, continúa vigente de acuerdo con las normas generales vistas en los arts. 1083 a1085 y con lo previsto en el art. 1086 las siguientes disposiciones:

a) se requiere intimación previa, en forma fehaciente, y

b) no hace falta pronunciamiento judicial para que opere la resolución de pleno derecho.

El Pacto Comisorio Tácito

Este pacto es también denominado *la cláusula resolutoria tácita*, o la *condición resolutoria implícita*. Sin embargo, no es una condición resolutoria puesto que no opera *ipso jure*.

Este pacto está establecido en el nuevo código en los artículos 1087, 1088 y 1089. Las pautas establecidas en los arts.1087 y 1088 se utilizan en los contextos que no estén regidos por otra disposición expresa.

El artículo 1089 excluye del ámbito de aplicación del requerimiento que establece el art.1088 a los casos en los que la ley faculta a una de las partes a resolver el contrato en forma unilateral, como por ejemplo: la obra por parte del locatario de obra (art.1261⁸²), el

⁸⁰ Ídem.

⁸¹ LORENZETTI, Ricardo Luis, Director, DE LORENZO, Miguel Federico, LORENZETTI, Pablo, Coordinadores, óp. Cit., pág. 205.

⁸²ARTICULO 1261.- "Desistimiento unilateral. El comitente puede desistir del contrato por su sola voluntad, aunque la ejecución haya comenzado; pero debe indemnizar al prestador

contrato de cuenta corriente bancaria (art. 1404⁸³) y en el contrato de comodato (arts.1539⁸⁴ y 1541⁸⁵), la revocación del mandato (art.1331⁸⁶) y todos los casos de desalojo en la locación de cosas con excepción del desalojo por falta de pago⁸⁷.

El dispositivo legal establece que al vencimiento del plazo, subsistiendo el incumplimiento, el contrato se resuelve de pleno derecho sin necesidad de actividad ni declaración judicial alguna produciendo efectos *ipso jure*. Este efecto significa que no necesita de otro acto adicional para lograr sus efectos propios, y la resolución se produce retroactivamente al tiempo de la mora que es preliminar al del requerimiento.

El nuevo código perfecciona lo establecido en el art.1204 del código de Vélez. Este último código manifestaba que no ejecutada la prestación, el acreedor podía exigir al incumplidor el cumplimiento de su obligación en un plazo y que transcurrido dicho plazo sin que la prestación fuera cumplida, quedaban resueltas, **sin más**, las obligaciones emergentes del contrato con derecho para el acreedor a solicitar el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados. Por todo lo expresado, la doctrina consideraba que la resolución era

todos los gastos y trabajos realizados y la utilidad que hubiera podido obtener. El juez puede reducir equitativamente la utilidad si la aplicación estricta de la norma conduce a una notoria injusticia”.

⁸³ ARTICULO 1404.- “Cierre de cuenta. La cuenta corriente se cierra: a) por decisión unilateral de cualquiera de las partes, previo aviso con una anticipación de diez días, excepto pacto en contrario; b) por quiebra, muerte o incapacidad del cuentacorrentista; c) por revocación de la autorización para funcionar, quiebra o liquidación del banco; d) por las demás causales que surjan de la reglamentación o de la convención”.

⁸⁴ ARTICULO 1539.- “Restitución anticipada. El comodante puede exigir la restitución de la cosa antes del vencimiento del plazo: a) si la necesita en razón de una circunstancia imprevista y urgente; o b) si el comodatario la usa para un destino distinto al pactado, aunque no la deteriore”.

⁸⁵ ARTICULO 1541.- “Extinción del comodato. El comodato se extingue: a) por destrucción de la cosa. No hay subrogación real, ni el comodante tiene obligación de prestar una cosa semejante; b) por vencimiento del plazo, se haya usado o no la cosa prestada; c) por voluntad unilateral del comodatario; d) por muerte del comodatario, excepto que se estipule lo contrario o que el comodato no haya sido celebrado exclusivamente en consideración a su persona”.

⁸⁶ ARTICULO 1331.- “Revocación. La revocación sin justa causa del mandato otorgado por tiempo o asunto determinado obliga al mandante a indemnizar los daños causados; si el mandato fue dado por plazo indeterminado, el mandante debe dar aviso adecuado a las circunstancias o, en su defecto, indemnizar los daños que cause su omisión”.

⁸⁷ RIVERA, Julio César, MEDINA, Graciela, óp. Cit., pág. 687.

automática sin que el acreedor tuviese la posibilidad de exigir el cumplimiento⁸⁸.

El Código Civil y Comercial introduce expresamente en el 3.er párrafo del artículo 1088 que

"el requerimiento no es necesario si ha vencido un plazo esencial para el cumplimiento, si la parte incumplidora ha manifestado su decisión de no cumplir, o si el cumplimiento resulta imposible. En tales casos, la resolución total o parcial del contrato se produce cuando el acreedor la declara y la comunicación es recibida por la otra parte".

La primera de estas pautas se encontraba contenida en el artículo 1204 pero no en forma tan definida.

La norma establece que el requerimiento es innecesario cuando:

a) ha vencido un plazo esencial para el cumplimiento, en este supuesto el tiempo para cumplir la prestación es vital, como por ejemplo en la compraventa de los árboles para celebrar la navidad. Este supuesto estaba contenido en el antiguo artículo 1204 del código civil, en forma implícita, que establecía: *"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...** establecieran uno menor,..."*

b) el deudor declara explícitamente su voluntad de incumplir su prestación lo que configura *dolo* como incumplimiento voluntario de las obligaciones a su cargo.

c) el cumplimiento se ha tornado imposible.

⁸⁸ RIVERA, Julio César, MEDINA, Graciela, 2014, "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", Editorial Thomson Reuters, La Ley, Tomo III, pág. 684.

Conclusiones

Expresaba Ulpiano

"... si el pacto de la ley comisorio tendrá lugar si el requerido no pagara, o si no hubiese ofrecido el precio. Y juzgo más cierto, que debe él ofrecerlo, si quiere librarse de la eficacia del pacto de la ley comisorio, pero que si no tiene a quien ofrecerlo puede estar seguro". (D. 18, 3, 4, § 4).

A este respecto se puede demarcar formalmente el supuesto de hecho que debe presentarse para que se pueda realizar la facultad de resolver el contrato, circunscribiendo la interposición judicial, a un control de revisión de supuestos para su procedencia, sin que le sea viable obligar a perseverar en el contrato cuando los escenarios de procedencia se han confirmado.

El pacto comisorio es un instituto justo, pues si solo fuera extintivo, implicaría que la parte de un contrato que ha cumplido con sus obligaciones no tendría otra solución que solicitar la extinción ante el incumplimiento de la contraria. Se debe tener en cuenta que el principio general es que *los contratos se celebran para cumplirse* y, por otra parte, que el deudor no puede evitar el cumplimiento brindando la reparación de daños y perjuicios.

Si esta figura legal solo autorizara a resolver, sucedería que quedaría en poder del deudor rehusar el cumplimiento e indemnizar daños y perjuicios ante la demanda.

Bibliografía

BAUDRIT CARRILLO, Diego, 2007, *Teoría General del Contrato*, Volumen I. Editorial Juricentro. San José, Costa Rica.

BRENES CÓRDOBA, Alberto, 1998, *Tratado de los Contratos*, Quinta Edición, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica.

BRENES CÓRDOBA, Alberto, 1981, *Tratado de los Bienes*, Sexta Edición Editorial Juricentro, San José, Costa Rica.

CASTAN TOBEÑAS, José, 1961, *Derecho Civil Español*, Centro de Enseñanzas y Publicaciones, Madrid, España.

DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio, 1978, *Sistema de Derecho Civil*. Volumen II, Editorial Tecnos, Madrid, España.

IBAÑEZ, Carlos Miguel, 2003, *Resolución por Incumplimiento*, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina.

LLAMBÍAS, Jorge Joaquin, Alterini, Atilio A., 2002, *Código Civil Anotado* Editorial Abeledo Perrot, Tomo III, Buenos Aires, Argentina.

LLAMBIAS, Jorge Joaquín, 2002, *Manual de Derecho Civil, Obligaciones*, Editorial Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Décimo tercera edición, Buenos Aires, Argentina.

LOPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los Contratos*, Tomo 1, Parte general, Editor Zavallía, Buenos Aires, Argentina.

LORENZETTI, Ricardo Luis, Director, 2015, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, DE LORENZO, Miguel Federico, LORENZETTI, Pablo, Coordinadores, Rubinzal- Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina.

MOSSET ITURRRASPE, Jorge, 2003, *Contratos*, Edición actualizada, Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, Argentina.

RAMELLA, Anteo E., 1975, *La resolución por incumplimiento. Pacto comisorio y mora en los derechos civil y comercial*, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina.

RIVERA, Julio César, Medina Graciela, 2014, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Editorial Thomson Reuters, La Ley, Tomo III. Buenos Aires, Argentina.

SPOTA, Alberto, 1977, *Contratos*, Editorial Depalma, Buenos Aires. Argentina.

Elsa Manrique: "El pacto comisorio en el Código Civil y Comercial de la Nación". pp. 25-43

Cita de este artículo:

MANRIQUE, E. (2017) "El pacto comisorio en el Código Civil y Comercial de la Nación". *Revista IN IURE [en línea]* 15 de Mayo de 2017, Año 7, Vol. 1. pp.25-43. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>