

La resolución por incumplimiento.

Margarita RAMONDA(*)

Siendo la resolución por incumplimiento uno de los supuestos más comunes de extinción del contrato, nos proponemos analizar la facultad comisorio en sus dos formas de actuación - judicial y extrajudicial - y el pacto comisorio, sintetizando los criterios doctrinarios y jurisprudenciales. Finalmente, referiremos a otras normas vigentes que resultan aplicables al instituto en estudio.

1. Resolución. Nociones generales.

Por eficacia del acto jurídico debemos entender la aptitud que se predica de él para alcanzar sus efectos propios: crear, modificar, transmitir o extinguir obligaciones. Como derivación negativa de la eficacia se presenta, obviamente, la noción de ineficacia.

Un contrato válido y originariamente eficaz, por hechos extraños a su estructura, puede quedar privado de producir algunos de sus efectos o todos sus efectos, sea entre las partes o bien respecto de terceros. Cuando se predica la ineficacia de un negocio en razón de que la pervivencia de la voluntad negocial, su valor vinculante, conduciría o bien a obtener un resultado contrario a derecho, o a los fines o intereses prácticos de los sujetos del negocio, no se atiende a la aptitud que el negocio tuvo como fuente de una relación idónea sino que se apunta, más bien a destituirlo por carecer de función económico-social. Hablamos en este caso de ineficacia sobrevenida o sobreviniente, extrínseca, o funcional.

La resolución es, entre otros, un supuesto de ineficacia extrínseca o funcional del acto jurídico, sobreviniente a su celebración (1). Así también se ha entendido jurisprudencialmente (2).

Podemos decir que resolución, como vimos, supuesto de ineficacia funcional, deviene del latín "resolvere", de "re" y "solvere"; soltar, desatar; es la extinción de un contrato por acaecimiento del hecho que la ley o las partes, expresa o tácitamente, previeron al celebrarlo. De modo que la vida del mismo está sujeta desde un comienzo al cumplimiento o no, del hecho previsto como causa de su extinción, en virtud de una

(*) Jefa de trabajos prácticos de la Cátedra de Derecho Civil III - Facultad de Derecho U.N.R.

(1) ZANNONI, Eduardo A., "Ineficacia y Nulidad de los actos jurídicos", Editorial Astrea, Bs. As. 1.986, pág. 124 y ss.

(2) CNCiv., SALA F, febrero 18-983 - Bougier, Francisco A. c. Tuells y Cía., S. A., V. A., ED, 107-146.

cláusula expresa o implícita contenida en él (3). Las circunstancias de las cuales depende la resolución pueden ser voluntarias o legales; son futuras, suponen el factor tiempo, y a veces está presente el factor incertidumbre.

Los caracteres de la resolución son los siguientes:

a) Depende de la previsión hecha en el contrato mismo, constituyendo una cláusula expresa o implícita de él.

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

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

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

e) La resolución supone siempre que las partes han dado al contrato un consentimiento condicional, en vista de una eventualidad determinada. Si esa eventualidad se concreta, el contrato será resuelto.

La resolución, así caracterizada, tiene en general efecto retroactivo en el sentido de que ocurrido el evento, debe restablecerse la situación jurídica y económica existente antes del nacimiento del extinguido contrato (art. 555 CC). Se produce el regreso, el retorno a la situación ante contractum, colocándose a ambas partes contratantes en una situación equivalente a la que habrían, causalmente tenido, si el contrato no se hubiera celebrado en su momento y circunstancias. Este principio es aplicable a los varios modos de resolución, que despliega por principio, efecto retroactivo, sin olvidar que, como se verá más adelante, en el supuesto de resolución por incumplimiento, el artículo 1204 del CC argentino establece una limitación a esta retroacción de los efectos.

La principal consecuencia es la obligación de restituirse todo cuanto hayan recibido las partes con motivo de dicho contrato con todos sus accesorios. Con respecto a los frutos, Farina entiende que el contratante de buena fe hace suyos los percibidos en el tiempo intermedio (art. 557CC). El de mala fe, en cambio, deberá restituirlos o abonar su valor equivalente.

Si se tratase de la resolución de un contrato en que ninguna de las dos partes ha cumplido su prestación, los únicos efectos consisten en la extinción del vínculo.

(3) FARINA, Juan M., "Rescisión y Resolución Contratos Cíviles y Comerciales", Rosario Ediciones Jurídicas Orbir, 1.965.

2. Resolución por incumplimiento

Para tratar la resolución por incumplimiento, analizaremos primero las nociones y condiciones generales de la facultad comisorias, y luego las dos formas de actuación -judicial y extrajudicial-; finalmente, analizaremos el pacto comisorio.

2.1. Facultad comisorias.

2.1.1. Nociones generales. Requisitos para su ejercicio.

Hay facultad comisorias cuando la ley, en silencio de toda estipulación al respecto, permite a la parte no culpable optar por la resolución del contrato ante el incumplimiento de la otra. La resolución siempre se funda en la voluntad de las partes; y por tanto, la ley al dictar normas en tal sentido, no hace más que referirse a una voluntad que si bien quedó inexpresada, se encuentra implícita en los contratantes (4). Es una cláusula natural de los contratos (5).

Lo anterior surge de la letra del art. 1204 del CC. Esta norma no es de aquellas en cuya observancia se encuentre interesado el orden público (y que son inderogables por voluntad de las partes: art. 21 del CC). De allí que los contratantes gocen en la materia del más pleno ejercicio de su autonomía privada (6).

Se desprende del artículo mencionado que, los presupuestos de la resolución por incumplimiento son tres: a) existencia de contrato válido con prestaciones recíprocas; b) cumplimiento de la parte que invoca la resolución; c) incumplimiento del deudor.

a) Para que pueda hablarse de resolución por incumplimiento es requisito previo esencial que exista un contrato con prestaciones recíprocas, y que éste sea válido. Si el contrato no fuera válido, serían de aplicación las normas que gobiernan el sistema de las nulidades, arts. 1037 y siguientes del CC.

La facultad comisorias se presenta en los contratos con prestaciones recíprocas. Qué ha querido decir la ley con esta expresión?. Venida del nuevo art. 216 del Cód. de Comercio, y a través de él del art. 1453 italiano, se presenta ante nuestra doctrina como un enigma. La expresión italiana *contratti con prestazioni corrispettive* ha sido traducida por la de contratos con prestaciones correspectivas y con la traducción heredamos el problema interpretativo (7).

Quiéren algunos que con la expresión se aluda no sólo a los contratos bilaterales, tal como ellos son definidos en el art. 1138 del CC, sino que se comprenda también a los contratos bilaterales o sinalagmáticos imperfectos. Así, Borda y Piantoni. Creen otros, entre ellos Halperín, que la expresión contratos con prestaciones recíprocas se refiere sólo a los contratos bilaterales, tal como son definidos por el codificador en el art. 1138 del CC. Finalmente, no faltan quienes afirman que la expresión alude a los contratos

(4) FARINA, Juan M., *ob.cit.*, pág. 95.

(5) CCivil, Com. Minas, Paz y Tributario Mendoza, noviembre 8 - 978 -Domesi de Bertolino, D. c. Andrade, Pedro P. y otro, LA LEY, 979-401 (133-SP).

(6) LÓPEZ DE ZAVALÍA, "Teoría de los contratos", Ed. Zavallía, Bs. As., 1.992, pág. 361.

(7) *Idem.*

conmutativos onerosos, esto es, la facultad comisoraria es un precepto válido para los contratos bilaterales y los unilaterales onerosos, excluyéndose a los aleatorios(8).

Con lo expuesto, queda demostrado que, la doctrina dista de ser pacífica y no existe acuerdo en cuanto a la interpretación de la expresión contratos con prestaciones recíprocas que utiliza el art. 1204 del CC.

b)El segundo de los presupuestos de la resolución por incumplimiento es, precisamente, el cumplimiento de la parte que lo invoca. Se trate de una sanción, o de una defensa, según la postura adoptada respecto del fundamento del instituto y de su naturaleza jurídica, el mecanismo resolutorio sólo puede ser ejecutado por quien ha cumplido con las prestaciones que tenía a su cargo, o por quien ofrece cumplir las prestaciones pendientes (sin hallarse en mora por no ser aún exigibles), ante la inexecución de la contraparte (9).

La razón del cuarto párrafo del art. 1204, en cuanto dice que goza de la facultad resolutoria la “parte que haya cumplido”, es que contra quien no hubiera cumplido, prosperaría la *exceptio non adimpleti contractus* (art. 1201).

c) Como hemos dicho anteriormente, el tercer requisito es el incumplimiento del deudor.

La resolución se dirige contra la parte incumplidora. Es necesario que la contraparte esté en mora. En las obligaciones a plazo, la mora se produce por su sólo vencimiento (art. 509 del CC). En los supuestos que ello no acontece, será preciso interpelar previamente. Y esto porque tampoco hay incumplimiento jurídicamente computable si el deudor no es constituido en mora, “lo que se explica -dice LLambías- porque la resolución se basa en el incumplimiento y sin mora no ha quedado denunciado el mencionado incumplimiento. Hasta la constitución en mora, el deudor puede cumplir válidamente su obligación(10).

El incumplimiento del deudor se desprende del texto del artículo 1203 del CC, cuando expresa: “si la otra no lo cumpliera”, y del art. 1204 del CC: “en caso de que uno de los contratantes no cumpliera su compromiso” (11). Incumplir significa dejar de hacer aquello a lo que se está obligado.

El incumplimiento contractual debe ser importante y relevante a los efectos del funcionamiento de la facultad resolutoria. La obligación dejada de cumplir debe tener una importancia básica en la concertación del negocio. Si el incumplimiento del deudor tiene escasa importancia, no procede la acción resolutoria.

(8) La jurisprudencia sostuvo distintos criterios, p.v.: CNCom., SALA D, abril 13 - 982 -Lauzan, Eduardo y otros c. Fleiderman, Roberto y otros, LA LEY, 1982-C, 381; CNCom., SALA D, abril 13 - 982 - Lauzan, Eduardo y otros c. Fleiderman, Roberto y otros LA LEY, 1982-C, 381.

(9) CApel. CC Morón ,SALA II, julio 21 - 984 - Saucedo de Cardozo, Blanca M. c. Caffarena, Angelo y otros ED del 22/11/84, p. 6; CApel. Concepción del Uruguay ,SALA Civil y Com. , julio 11 - 978- Musachi de Iconicoff, V. c. Benítez, R. R. y Benítez, G. Z, 980-21-167.

(10) La jurisprudencia es concordante: CNCiv.,SALA F, setiembre 19 - 985 - García, Ramón B. c. Quel, S. A. LA LEY, 1986-B, 321; CApel. CC Concepción del Uruguay, setiembre 24 - 976 -Delorenzi, Carlos M. c. Colombo, Héctor E., Z, 978-15-279).

(11) Mosset Iturraspe, ob. cit., pág. 379.

Doctrina y jurisprudencia, conforme lo señalado, coinciden en sostener que tanto el incumplimiento, total o parcial, como el cumplimiento inexacto o irritual, permiten el ejercicio de la facultad resolutoria a condición de revestir importancia. El incumplimiento importante es normalmente el relativo a la prestación principal. Son obligaciones principales las que sirven de manera necesaria para la consecución del resultado de un contrato determinado(12). El incumplimiento de obligaciones accesorias, en principio, no autoriza a resolver el contrato (13).

Sin embargo, el incumplimiento de las obligaciones accesorias puede también dar lugar a la resolución, pero sólo cuando es capaz de poner en peligro la principal. En otros términos, el incumplimiento de una obligación accesoria puede legitimar la resolución cuando hace imposible o dificulta el exacto cumplimiento de la obligación principal; o constituye una disminución o no otorgamiento de las medidas pactadas, con tal que ponga verdaderamente en peligro el cumplimiento de la obligación principal (14).

En cuanto al incumplimiento parcial, o al incumplimiento inexacto o irritual, la gravedad o importancia queda en definitiva sujeta a la apreciación judicial, en establecer las pautas o standards jurídicos (15). La orientación más segura para efectuar la valoración, está en determinar si la prestación parcial no satisface al acreedor la utilidad que tenía derecho a esperar del contrato (16). El juez, colocándose en la posición de uno de los contratantes, observará cuándo el incumplimiento deja insatisfecho totalmente o en parte importante, el interés del acreedor, de tal modo que la prestación tardía o parcial sería irrelevante para él (17).

Debe tratarse entonces de un acreedor insatisfecho, es decir, de quien se encuentra en condiciones de exigir el cumplimiento (18). La exigencia se desprende de las normas contenidas en los arts. 510, 1201, 1203 y 1204 del CC y es aceptada por la jurisprudencia de manera uniforme (19).

No puede hablarse de incumplimiento cuando es el propio acreedor el que con su comportamiento impide la realización del pago que quiera hacer el deudor; en tal caso el deudor debe colocar en mora al acreedor (20).

(12) CNCom., SALA C, abril 23 - 984 - Peralta Hnos., S. A. c. Citroen Argentina, S. A., ED del 6/8/84, p. 4.

(13) CNCom., sala B, mayo 8 - 987. - Automóviles Saavedra, S. A. c. Fiat Argentina, S. A., LA LEY, 1987-D, 419; CNCom., sala A, agosto 22 - 984 - Persechini, Norberto P. c. Esévez, Manuel, LA LEY, 1985-B, 108, DJ, 985-28-882, ED, 111-97; CApel. CC Paraná, SALA I, julio 14 - 978 - Godoy, Elsa B. c. Larsen Pedro J., Z, 979-17-28.

(14) FARINA, Juan, ob cit., pág. 82.

(15) MOSSET ITURRASPE, ob. cit., pág.380.

(16) FARINA, Juan M., ob. cit., pág. 82.

(17) MOSSET ITURRASPE, ob. cit., pág. 380. Igual criterio se sostuvo la CNCom., sala B, mayo 8 - 987. - Automóviles Saavedra, S. A. Fiat Argentina S. A, LA LEY, 1987-D, 419

(18) LÓPEZ DE ZAVALÍA, ob. citada, pág. 365.

(19) MIQUEL, Juan Luis, "Resolución de los contratos por incumplimiento", 2da. ed. actualizada, Depalma, Bs. As., 1.986, pág. 365.

(20) CNCiv., Com., Laboral y de Minería, Santa Rosa, agosto 21 - 980 - Trouboul, Rubén E. A. c. Carrizo, Ceferino P., BJLP, 981-28-78;

En caso de ser ambas partes culpables de incumplimiento, el juez apreciará la importancia de las prestaciones insatisfechas de una y otra parte, para “decidir si entre ellas existe nexo de causalidad y la relación de proporcionalidad necesarios” para hacer lugar o no a la resolución y, en su caso, poner la resolución a cargo de uno u otro contratante (21). Jurisprudencialmente se ha resuelto que si media mora de ambas partes, la resolución no procede (22)

Reunidos los tres presupuestos mencionados, la resolución producirá la aniquilación retroactiva de las obligaciones emergentes del contrato. El art. 1204 del CC. contiene una limitación a dicho efecto retroactivo: “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 ello, los efectos correspondientes.” La retroacción no alcanza ni afecta las prestaciones divisibles que se hubiesen cumplido antes de la resolución en forma parcial, recíproca y equivalente (23). Las prestaciones divisibles y ejecutadas equivalentemente, se consideran firmes y no son alcanzadas por la retroacción, conforme al sentido limitativo del artículo.

Finalmente, cabe decir que a los herederos pasa tanto la acción por cumplimiento como la potestad resolutoria (art. 1195 del CC). En cuanto a los acreedores, pueden ejercer la primera (art. 1196 del CC), pero no la segunda, porque si se les permitiera ésta, ello conduciría a la pérdida del derecho a exigir el cumplimiento (art. 1204 in fine) lo que contraría los fines del art. 1196 estructurado para permitir actuar y no destruir los derechos del deudor (24). En caso de pluralidad de acreedores, la facultad es ejercida por todos conjuntamente, no admitiéndosela por partes.

2.1.2. Funcionamiento de la facultad comisorias en sus dos formas de actuación.

La facultad comisorias implícita conduce a la resolución del vínculo contractual por un doble camino: a) por autoridad del acreedor, sobre la base del procedimiento que la misma norma prevé, art. 1.204, segundo párrafo; y b) por sentencia judicial, lo que resulta indirectamente del cuarto párrafo del citado texto (25).

a) La resolución por autoridad del acreedor.

Debe intimarse al deudor para que cumpla, otorgándole un plazo a esos fines “no inferior a quince días, salvo que los usos o un pacto expreso establecieran uno menor”. Transcurrido el plazo sin que se haya verificado el cumplimiento, queda sin necesidad de ninguna otra actividad, resuelto el negocio.

El requerimiento es un negocio unilateral, que implica el ejercicio de la facultad normativa en cuya virtud se signa la suerte del contrato con eficacia vinculante tanto para

(21) MOSSET ITURRASPE, ob. cit., pág. 382.

(22) CApel. CC Morón, SALA II, julio 21 - 984 - Saucedo de Cardozo, Blanca M. c. Caffarena, Angelo y otros, ED del 22/11/84, p. 6; CApel. Junin, julio 20 - 978 - Karlen, Eduardo C. y otra c. Lancuba, José A. y otro, SPLA LEY, 978-89, (15-SP).

(23) LÓPEZ DE ZAVALÍA, ob. citada, pág. 440.

(24) FARINA, Juan M., citado por López de Zavalía, ob. cit., pág. 366.

(25) CNCiv., SALA A, mayo 17 - 979 - Callardo, Hugo S. c. Segal, Raquel, LA LEY, 1979-C, 484

el requeridor como para el requerido. Para el primero, porque pierde la posibilidad de exigir el cumplimiento debiendo conformarse con el que voluntariamente verifique el requerido durante el plazo acordado; para el segundo, porque en caso de incumplimiento la consecuencia le es inevitable, como lo es también para el requeridor. Puesto en movimiento el mecanismo extrajudicial, sólo es apto para detenerlo, el cumplimiento del requerido. No bastaría la voluntad contraria del requeridor, pues su potestad normativa se agota con él, y por ende es irrevocable la voluntad unilateral (26).

A diferencia del artículo 1454 del Código Civil italiano, que prevé que el requerimiento debe ser hecho por escrito, nuestro texto guarda silencio sobre la forma del mismo, por lo que corresponde aplicar la regla del art. 974 del CC sobre la libertad en la elección de las formas, y recordar que la prudencia aconseja recurrir a medios comunicativos de fácil prueba, como el telegrama colacionado.

También a diferencia del modelo italiano, nuestro texto no contiene la aclaración acerca de que la intimación se hace "bajo apercibimiento de que, transcurrido inútilmente dicho término, el contrato se entenderá, sin más, resuelto" -art. 1454 Cód. italiano-; y esa omisión motiva discrepancias doctrinarias sobre la necesidad o no del apercibimiento. Ocurre que si nada se dice, si la intimación al deudor para que cumpla no contiene ni apercibimiento de resolución ni reserva del derecho a demandar por cumplimiento, será el deudor renitente el árbitro de la resolución, puesto que podrá, conforme su conveniencia, cumplir la prestación debida o no hacerlo provocando la resolución. Para Halperín la intimación debe contener el apercibimiento de resolución, para que ésta se produzca; en opinión de Mosset Iturraspe, tal apercibimiento no es necesario y la resolución se producirá de pleno derecho, "a menos que el acreedor haya dejado a salvo su derecho a demandar el cumplimiento del contrato, en el acto del requerimiento mismo".

El otorgamiento de un plazo para que el deudor renitente cumpla, es la segunda condición para la resolución por autoridad del acreedor; dicho plazo de gracia debe ser idóneo para la ejecución de la prestación insatisfecha. La extensión del plazo la fija el acreedor, atendiendo a las modalidades de la obligación incumplida, no pudiendo ser inferior a quince días, salvo que las partes hubiesen pactado un plazo más breve que el mínimo legal o así se desprenda de los usos. Si el deudor entendiera que el plazo es insuficiente, podría impugnarlo y ello conduciría a un litigio donde el juez tendría la última palabra. El plazo se computa desde que el deudor recibe la notificación (27).

Transcurrido el plazo sin que la prestación haya sido cumplida, se resuelve sin más el vínculo contractual (art. 1204 2do. párrafo). No es necesaria, en consecuencia, una nueva declaración de voluntad por parte del acreedor ni una convalidación judicial. El contrato se ha extinguido.

La extinción del negocio no impide reclamar el resarcimiento de los daños y perjuicios que el acreedor hubiere sufrido. Así, operada la resolución, las partes deberán devolverse las prestaciones cumplidas dentro de los límites de la retroacción, es decir

(26) López de Zavalía, ob. cit., pág. 371.

(27) CNCiv., SALA F., setiembre 19 - 985 -García, Ramón B. c. Quel, S. A., LA LEY, 1986-B, 321.

hasta allí donde alcancen los efectos resolutorios. La parte culpable deberá además, el resarcimiento de los daños y perjuicios (28).

De lo anterior se desprende que, transcurrido el plazo, no pueda el acreedor optar por exigir el cumplimiento ni pretender ejecutar la prestación del deudor, con más daños y perjuicios. La relación se ha extinguido.

b) La resolución por sentencia judicial constituye el otro camino a disposición del acreedor no culpable del incumplimiento. Debe existir cumplimiento por parte del acreedor e incumplimiento importante de la contraria, condiciones ambas que ya han sido analizadas más arriba (29).

La demanda por resolución debe expresar con claridad la voluntad de concluir la relación pudiendo promoverse por vía de acción o reconvención.

La notificación de la demanda implica la puesta en marcha del derecho del acreedor a la resolución, y obsta a la ejecución posterior por el deudor, no obstante que es la sentencia firme la que pone fin al vínculo. Los efectos de la sentencia se retrotraen a la época de la promoción de la demanda. Cuando la parte acreedora esté constituida por varias personas, la resolución sólo podrá ser exigida por todos; y si fueren varios los deudores -las personas que concurren o integran esa parte- deberá demandarse a todos.

2.2. Pacto comisorio.

Es la cláusula inserta en un contrato por la que cualquiera de las partes, o una de ellas, puede optar por la resolución del mismo si el otro contratante no cumple la obligación u obligaciones que contrajo (art. 1203 del CC y tercer párrafo art. 1204). Mientras la facultad comisorio es un elemento natural de los contratos con prestaciones recíprocas, el pacto comisorio es un elemento accidental que puede o no ser incorporado por las partes al contrato para modificar sus efectos normales. La facultad comisorio se refiere al incumplimiento de las obligaciones. El pacto de que aquí se trata, al de alguna obligación...con las modalidades convenidas, como surge del tercer párrafo del art. 1204 del CC.

Las modalidades convencionalmente dispuestas no pueden facultar el ejercicio abusivo de la cláusula resolutoria, su juego ante un incumplimiento mínimo o un cumplimiento en algo distinto, pues ello importaría exceder "los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres" (art. 1071 del CC). Con esa inteligencia debe interpretarse la expresión ya citada: "alguna obligación no sea cumplida con las modalidades convenidas"- del párrafo tercero del art. 1204.

El ejercicio del pacto comisorio está condicionado, al igual que la facultad comisorio, por el cumplimiento de la parte que pretende resolver el negocio y el incumplimiento de la contraparte, con los alcances que ut supra estudiamos.

(28) CNCiv., SALA C, octubre 19 - 982 - Cerain, Raúl I. c. Duncan, Guillermo Ltda., ED, 102-805.

(29) CApel. CC Concepción del Uruguay, setiembre 24 - 976 - Delorenzi, Carlos M. c. Colombo, Héctor E., Z, 978-15-279

El pacto comisorio no exige términos sacramentales. Es suficiente que resulte del texto del contrato que cada uno de los interesados se ha reservado la facultad de no cumplir el contrato si la otra, a la vez, no lo cumpliera, para que deba admitirse la existencia de un pacto comisorio expreso (30).

El acreedor que opta por la resolución -posibilitada por el pacto comisorio- tiene derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios originados en el incumplimiento.

La voluntad de resolver el vínculo contractual debe ser declarada por el acreedor y comunicada a la incumplidora en forma fehaciente y esto porque "*Hasta tanto no medie comunicación de la voluntad de resolver por el acreedor, el deudor puede cumplir con su obligación.*" (31).

Opera de pleno derecho desde ese momento -de la notificación- sin necesidad de demanda judicial; hasta ser notificado el deudor puede purgar la mora ofreciendo cumplir con más los daños y perjuicios por el retraso; luego de la notificación la relación se ha extinguido y por ende cesado su derecho de pagar. De ahí que, mientras en la facultad comisorio, cuando se actúa extrajudicialmente, existe un requerimiento que acuerda un plazo para cumplir, aquí no hay requerimiento alguno, sino la notificación fehaciente de la voluntad de resolver.

Asimismo cesa el derecho de pagar, pendiente la mora, si el plazo fuere esencial (término esencial), por hallarse expresa o tácitamente pactado o por depender de la misma naturaleza de la prestación (criterio subjetivo y objetivo). La prestación, vencido el plazo, carece de interés para el acreedor, se vuelve inútil. El cód. Civil italiano prevé en caso de término esencial para una de las partes, que "el contrato se entenderá resuelto de derecho aunque no se hubiese pactado expresamente la resolución" (art. 1457, últ. parte). Entendemos que para que se produzca la misma, vencido el término esencial -y a falta de regulación legal- es preciso que el acreedor declare y notifique su voluntad en tal sentido, dado que el acreedor podría optar por la acción de cumplimiento.

Los efectos del pacto comisorio expreso se producen "ex tunc", es decir, que las cosas vuelven al estado en el cual se encontraban al momento de celebrarse el acuerdo (32).

3. El jus variandi.

El acreedor no culpable puede optar por demandar por cumplimiento o por resolución del vínculo: "la parte que haya cumplido -dice el nuevo art. 1204, última parte- podrá optar por exigir a la incumplidora la ejecución de sus obligaciones con daños y perjuicios".

Demandado el cumplimiento del contrato el acreedor puede variar su decisión y reclamar posteriormente la resolución; "la resolución podrá pedirse aunque se hubiese demandado el cumplimiento del contrato". Este derecho puede ejercerse, para un sector

(30) Farina, Juan M., ob. cit., pág. 168.

(31) CNCiv., SALA D, agosto 18 - 978 - Duffau de Domene, María C. c. Kring, Edmundo, JA, 979-II-371.

(32) C2CC La Plata, SALA III, febrero 21 - 978 — Causa B 43.699) R.J., 979-2-36, sum. 161 - JA, 979-I-221.

de la doctrina, mientras no haya recaído sentencia firme en la causa por cumplimiento; para otro, aún cuando exista sentencia firme -o pasada en autoridad de cosa juzgada- hasta tanto no se ejecute. Diversa es la solución del artículo 1375 inc. 3: "Puede el vendedor a su arbitrio demandar la resolución de la venta o exigir el pago del precio. Si prefiriese este último expediente, no podrá en adelante demandar la resolución del contrato". No ejecutada la sentencia que condena a pagar perdura el incumplimiento y de ahí que sea admisible el ejercicio del jus variandi. La norma se inspira en el artículo 1453 del Código Civil italiano.

Pero "no podrá solicitarse el cumplimiento cuando se hubiese demandado por resolución" (art. 1204 in fine). La solución se justifica, no obstante que es la sentencia y no la demanda la que extingue la relación, porque el deudor no "puede quedar sometido a las variaciones del interés del acreedor, quien al decidir su voluntad por la resolución debe ponderar todas las consecuencias" (33).

(33) CApel. CC San Martín, SALA I, abril 19 - 979 - Purrinos García, José M. c. Millara, Héctor J. y otros, SP LA LEY, 979-380.