

¿Puede el contratante cumplidor exigir el cumplimiento del contrato luego de haber intimado infructuosamente al contratante incumpliente a cumplir las prestaciones debidas bajo apercibimiento de resolución?

Juan Alberto Nallib

I. Introducción [\[arriba\]](#)

El propósito de este aporte es indagar sobre una cuestión vinculada a la resolución de los contratos por incumplimiento, y se relaciona con la conducta que puede asumir el contratante cumplidor luego de realizada de manera infructuosa la intimación a cumplir el contrato prevista en el art. 216 del Código de Comercio al contratante remiso.

En concreto, mi intención es, mantenido el incumplimiento por parte del contratante no cumplidor luego del mencionado emplazamiento, desentrañar si el contratante no incumplidor conserva la opción de exigir el cumplimiento del contrato o si éste queda resuelto inexorablemente una vez vencido el plazo otorgado para cumplir, perdiendo en consecuencia aquella facultad.

II. Las posiciones doctrinarias [\[arriba\]](#)

Sobre esta cuestión, la mayoría de la doctrina se ha expedido en el sentido de que vencido el aludido plazo sin mediar cumplimiento del contratante emplazado, el contrato queda fatalmente extinguido, careciendo la parte cumpliente de la facultad de exigir su cumplimiento. No obstante, existe una importante corriente doctrinaria que entiende que aún en ese supuesto, el cumplidor conserva la potestad de perseguir el acatamiento de la prestación debida, razón que me motiva a intentar examinar el debate planteado.

III. La resolución por incumplimiento es una facultad del contratante cumplidor [\[arriba\]](#)

Como es habitual en el estudio de los distintos institutos del Derecho, el esclarecimiento de las controversias hay que buscarlo en la naturaleza de aquéllos. En ese orden, no es ocioso traer a colación un elemento distintivo de la figura en análisis, lo cual no es un aspecto controvertido, cual es que la resolución por incumplimiento no opera de pleno derecho, sino que es una facultad del acreedor que nace ante el incumplimiento de su deudor. Es decir, conceptualmente, la extinción contractual por incumplimiento no es una consecuencia forzosa o necesaria de la falta de cumplimiento, sino que es una opción que la normativa le concede al cumplidor. Esta característica es la que distingue a la resolución por incumplimiento de la condición resolutoria, en donde la producción del evento previsto como tal determina la extinción del contrato sin necesidad de que exista una parte incumpliente y sin que se requiera el desarrollo de un procedimiento para que operen sus consecuencias extintivas.

Pero paradójicamente, es justamente esa característica de la naturaleza del instituto en examen la que, a mi juicio, ha llevado al equívoco a los autores que sostienen la posición minoritaria.

En efecto, quienes se enrolan en esta tesitura argumentan que la facultad comisoría implícita abre una opción a favor del contratante no incumplidor frente al incumplimiento

de su cocontratante, y que ante el requisito legal de intimar el acatamiento, tal exigencia lo privaría de opción al cumplidor si se considera que ese requerimiento lo lleva inexorablemente a la resolución, tornando ilusoria esa facultad ínsita del instituto.

IV. El momento de ejercicio de la opción resolutoria - Una distinción fundamental [\[arriba\]](#)

Como puede verse, los autores alineados en la posición minoritaria basan su postura en una cualidad de la naturaleza del instituto, aunque a mi entender lo hacen erróneamente al no advertir que la opción la ejerce el cumplidor en otro momento, y no cuando el contrato ya está extinguido como consecuencia de una opción ya ejercitada con anterioridad.

Ya expresé que el cumplidor, ante el incumplimiento de su cocontratante, tiene la facultad de optar entre exigir el cumplimiento del contrato o poner en funcionamiento el mecanismo resolutorio que la ley le concede. Es en esa oportunidad en la que el contratante no incumpliente ejerce la opción a la que venimos aludiendo, pues nadie lo obliga a optar por uno u otro de los dos caminos, de manera que el instituto no se desnaturaliza si luego de optar por intimar bajo apercibimiento de resolución, el contrato se resuelve, sencillamente porque antes de asumir esa postura estuvo facultado a exigir su cumplimiento sin recurrir a aquel apercibimiento. Es decir, no se veda a la parte cumplidora de una facultad que le es inherente, sino que escogida la opción que la ley le concede ya no estará facultado a exigir su cumplimiento si el requerido no acata el emplazamiento.

Los autores que sostienen la tesis que vengo analizando, también argumentan que si se obliga al acreedor a requerir el cumplimiento y luego se le veda la posibilidad de exigir que su deudor cumpla la prestación debida, se estaría dejando en manos del incumplidor el resultado del contrato, pues éste decidirá si cumple o no y según sea el sentido de la decisión que adopte, será el rumbo que tomará la contratación.

Entiendo que a este argumento le caben similares réplicas que al anterior, pues si bien es cierto que en esas instancias la actitud que asuma el contratante remiso será decisiva en cuanto a la suerte del contrato, este último se verá colocado en esa situación sólo si en forma previa el contratante no incumplidor optó por exigir el cumplimiento del contrato bajo apercibimiento de su resolución, con lo cual queda en evidencia que aquélla afirmación es sólo una verdad relativa, en tanto el destino del contrato sólo estará en manos del remiso si en forma previa y deliberada el cumplidor decide situarlo en esa posición. Además, no debe olvidarse que el cumplidor podrá siempre optar por no activar el mecanismo de resolución extrajudicial y reclamar judicialmente la resolución sin necesidad de requerimiento extrajudicial previo, lo que también evidencia que siempre estará en el ámbito de decisión del contratante no incumpliente la determinación de la situación en que quedará colocado el incumplidor.

Como afirma el Dr. Juan Luis Miquel[1] “No es el deudor incumpliente el árbitro de la resolución, sino el contratante fiel que puede optar por seguir el camino del cumplimiento; pero si adopta el de la resolución, renuncia a su derecho a demandar el cumplimiento”, reflejando claramente este pensamiento quién es en definitiva el verdadero árbitro del destino del contrato.

También arguyen los que se enrolan en la posición minoritaria que el mero requerimiento no puede ocasionar por sí la resolución, de lo contrario se convertiría en una vacuidad la última

parte del Artículo 216 del Código de Comercio[2], en el entendimiento que esta norma sólo impide solicitar el cumplimiento cuando se “demandó” por resolución, pero en el sentido de haber iniciado juicio por resolución.

Al respecto, el maestro Borda se pregunta si la ley al hablar de “demanda” se refiere exclusivamente a la demanda judicial, y resalta la importancia del interrogante, porque si fuera así, entiende que habría que admitir que la notificación extrajudicial de que se tiene por resuelto el contrato, no impedirá más tarde accionar por cumplimiento, aunque concluye que es claro que no es ése el sistema de nuestra ley, pues “El apartado tercero del art. 1204 dice que en el caso de pacto comisorio tácito, comunicada al deudor la voluntad de resolver, la resolución se produce de pleno derecho. Por consiguiente, no se concibe que más tarde pueda pedirse el cumplimiento” [3].

Según el sistema adoptado por nuestra legislación, existen dos procedimientos para resolver el contrato. Uno es la resolución por vía extrajudicial, también denominada “resolución por autoridad del acreedor” o “resolución por requerimiento”, mientras que el otro mecanismo resolutorio es por vía judicial o “resolución por demanda”. Además, de existir pacto comisorio expreso, éste abre la vía extrajudicial mediante el mecanismo previsto en el tercer párrafo del artículo 216 del Código de Comercio[4]. Ahora bien, la norma no especifica a cuál de las vías se está refiriendo, por lo que puede ser a la extrajudicial como a la judicial, con lo cual concluyo que el legislador al referirse a “demanda” no lo hace en sentido de “juicio”, sino de reclamo en cualquiera de sus variantes.

La expresión con la que el legislador cerró el Artículo 216 del Código de Comercio, vino a cristalizar el criterio rector en el que se enmarca la potestad resolutoria, en cualquiera de sus alternativas: “Elegido el camino del cumplimiento, puede luego variarse al camino de la resolución; mas, una vez que ha optado por la resolución, por medio de cualquiera de sus mecanismos, ya no puede volverse al camino del cumplimiento” [5].

Como consecuencia de las fundamentaciones que he venido desarrollando, uno de los defensores más caracterizados de la tesis en minoría, el Dr. Alberto Bueres, entiende que vencido el plazo del requerimiento sin que medie acatamiento, el acreedor conserva la opción que el pacto comisorio por esencia le confiere, de manera tal que el contratante cumplidor quedaría en iguales condiciones a las que estaría de mediar un pacto comisorio expreso, pudiendo exigir judicialmente la prestación insatisfecha, resolver extrajudicialmente el contrato con la sola notificación fehaciente de la decisión, o demandar la resolución ante el órgano judicial,[6] aunque creo haber expuesto razones de peso que desacreditan la posibilidad de conservar esa opción.

En apoyo de la tesis mayoritaria, vale mencionar lo que al respecto se pensó en el Proyecto Bibiloni: “Si no se ejecuta la prestación en el plazo señalado, el acreedor podrá a su elección demandar el cumplimiento del contrato, si fuese posible, con daños e intereses, o declararlo resuelto, haciéndolo saber a la otra parte si en la declaración anterior no hubiera manifestado esa determinación” [7] y contrastarlo con el régimen vigente, de donde se desprende que luego de ejecutado el mecanismo que la ley adopta para poner en funcionamiento el pacto comisorio implícito, sin que el contratante renuente cumpla con la prestación a su cargo dentro del plazo que se le concedió, “...quedarán resueltas, sin más, las obligaciones emergentes del contrato...” [8]. De ese contraste se advierte claramente que la ley se ha expresado sin dejar lugar a dudas, en el sentido que si el acreedor ha hecho

uso de la opción resolutoria extrajudicial, pierde el derecho de reclamar judicialmente el cumplimiento del contrato.

V. Conclusión [\[arriba\]](#)

Para concluir, y en base a las dos soluciones puestas en comparación en el párrafo anterior, menciono que más allá de las razones que en uno o en otro sentido se pudieran esgrimir, los términos utilizados por el legislador son categóricos, y cuando expresó que la resolución se produce “sin más” no puede interpretarse otra cosa que no sea lo que una alocución tan sencilla significa, no pudiendo entonces el contratante que optó por intimar al cumplimiento bajo apercibimiento de resolución, volver tras sus pasos y pretender la prestación de un contrato a ese entonces resuelto, ello porque la opción la ejerció al momento de la intimación, no teniendo por lo tanto otra alternativa que aceptar la resolución y reclamar daños y perjuicios.

[1] Juan Luis Miquel Resolución de los Contratos por Incumplimiento; Ed. Depalma, 2º edición, pág. 173

[2] Artículo 216 Código de Comercio último párrafo: “La parte que haya cumplido podrá optar por exigir a la incumplidora la ejecución de sus obligaciones con daños y perjuicios. La resolución podrá pedirse aunque se hubiese demandado el cumplimiento del contrato; pero no podrá solicitarse el cumplimiento cuando se hubiese demandado por resolución”.

[3] Borda, La Reforma del Código Civil. Pacto Comisorio, E.D., Tº 31, pág. 992.

[4] Artículo 216 Código de Comercio 3º párrafo: “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”.

[5] Miguel, ob. cit., pág. 170.

[6] Cfr. Alberto Bueres, El pacto comisorio tácito y la mora del deudor, LL, 1980-A-858, nota 61

[7] Proyecto Bibiloni; art. 55, libro II, sección II, De las fuentes de las obligaciones

[8] Artículo 216 Código de Comercio, segundo párrafo