

XXIII JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

San Miguel de Tucumán, 29/30 de septiembre y 1 de octubre de 2011

Comisión N°2 (Obligaciones): La transacción. Oponibilidad y vicisitudes

PONENCIA presentada por el Dr. **Eduardo C. Méndez Sierra** *

Tema: ***EL PACTO COMISORIO TÁCITO EN LA TRANSACCIÓN***

PONENCIA:

De lege lata:

La facultad resolutoria tácita prevista en el art. 1204 C.C. no tiene cabida en la transacción.-

RESUMEN DEL CONTENIDO

El pacto comisorio tácito es un elemento natural de los contratos bilaterales atributivos, cuya causa final abstracta, consistente en el intercambio recíproco de las atribuciones patrimoniales, puede frustrarse por el incumplimiento.- En cambio, en la transacción la finalidad práctica típica que las partes persiguen es superar de manera definitiva el conflicto jurídico de tal manera que no pueda renovarse en el futuro.- Y dicha causa fin no puede entenderse frustrada por el incumplimiento de uno de los transigentes a los compromisos asumidos.- Por tanto, no puede considerarse que el pacto comisorio tácito constituya un elemento natural de la transacción.-

* Director del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario (P.U.C.A.); Profesor protitular de "Obligaciones Civiles y Comerciales", de "Derecho de Daños", de "Responsabilidades Especiales y Seguros", y de "Teoría General de la Responsabilidad Civil" en la Carrera de Postgrado de Especialización en Derecho de Daños, todo en la misma Facultad.-

El pacto comisorio tácito en la transacción

PONENCIA presentada por el Dr. Eduardo C. Méndez Sierra

FUNDAMENTOS

Índice: 1. Antecedentes; 2. La cuestión en nuestro derecho; 3. Nuestra postura

1. Antecedentes

1.1.- En el derecho francés posterior a la codificación, y sobre la base de lo previsto por el art. 1184 del *Code* -que establece el pacto comisorio tácito en los contratos sinalagmáticos-, se han dado opiniones dispares respecto de si éste es aplicable a la transacción.- Un sector de la doctrina ha considerado que siendo la misma un contrato sinalagmático, se le debe aplicar dicho artículo, y por tanto puede demandarse su resolución por incumplimiento¹.- Mientras que otro ha entendido lo contrario, descartando que la transacción pueda estar sujeta al pacto comisorio implícito².- Y se ha sostenido también que esto es la regla general, o sea, que la transacción no es susceptible de resolución por incumplimiento de sus cláusulas por una de las partes; por cuanto no se reputa que ésta tiene como provenientes de la otra los derechos que la transacción le reconoce; pero de incluirse en la misma cláusulas constitutivas de obligaciones nuevas o translativas de derechos, la transacción deja de ser simplemente declarativa y puede, en tal sentido, ser resuelta por incumplimiento de las obligaciones creadas por ella³.-

Cabe destacar que, generalmente, los autores franceses citan como antecedente romano aplicable el Libro II Título IV del Código Justiniano, *De transactionibus* L. 33, *Si pro fundo*⁴: quienes han sostenido la aplicabilidad del art. 1184 a la transacción, para señalar que esta solución difiere del derecho romano; y quienes han postulado que el pacto comisorio tácito no cabe en la transacción, apoyándose en aquél; ya que, en definitiva, del mismo se desprende que aún frente

¹ Cfr.: PONT, Paul, *Explication théorique et pratique du Code Civil*, ed. Delamotte et fils, Paris 1867; T° IX, *Des petits contrats*, T° 2, n° 461, pg. 225; BAUDRY-LACANTINERIE, G., e t WAHL, Albert, *Traité théorique et pratique de Droit Civil*, 3a ed., Librairie de la Société du Recueil J.B. Sirey et du Journal du Palais, Paris 1907, T° XXIV, n° 1297, pg. 695; HUC, Théophile, *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*, ed. F. Pichon, Successeur, Paris 1899, T° XII, n° 275, pg. 312/313; GUILLOUARD, L., *Traité du cautionnement et des transactions*, 2a ed. A. Durand et Pedone-Lauriel, Paris 1895, n° 130 / 131, pg. 438/440; COLIN, Ambrosio y CAPITANT, H., *Curso Elemental de Derecho Civil*, trad. redac. Revista Gral. De Legislación y Jurisprudencia, ed. Reus, Madrid 1925, T°4, pg. 719.-

² Cfr.: ACCARIAS, Calixte, *Étude sur la transaction en droit romain et en droit français*, Cotillon, Libraire du Conseil d'État, Paris, 1863, n° 81, pg. 178/179; LAURENT, F., *Principes de Droit Civil Français*, 5ª ed., 1893, T° 28, n° 429/430, pg. 418/419.-

³ Cfr. PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, trad. Mario Díaz Cruz, ed. Cultural S.A., Habana 1946, T° XI°, n° 15 90/ 1591, pg. 950/951.-

⁴ Vide: *Code et Nouvelles de Justinien; Nouvelles de l'empereur Léon,, Fragmens de Gaius, D'Ulpian et de Paul*, trad. al francés P.A. Tissot, A. Metz, chez Behmer, éditeurs, Paris 1806, T° I, pg. 278/279.-

a la frustración de la expectativa de cumplimiento de la transacción, el derecho prohíbe renovar el proceso acabado⁵.-

1.2.- Resulta oportuno aquí hacer referencia al Código de las Obligaciones y de los Contratos de Marruecos.- Este código, promulgado en 1913 y con preeminente influencia del derecho francés, regula la transacción en el Título IX del Libro II, capítulo único, arts. 1098 al 1116.- Según su art. 1110 cuando una de las partes no cumple los compromisos que ella ha asumido en la transacción, la otra parte puede perseguir la ejecución del contrato, si ella es posible, y en su defecto, demandar la resolución, sin perjuicio de su derecho a daños en los dos casos ⁶.- Y en su art. 1115 dispone que la resolución de la transacción vuelve las partes al mismo y semejante estado de derecho donde ellas se encontraban al momento del contrato, y da apertura, a favor de cada una de ellas, a la repetición de lo que ha dado en ejecución de la transacción, salvo los derechos regularmente adquiridos, a título oneroso, por los terceros de buena fe.- Cuando el derecho al cual se ha renunciado no puede ser ejercido más, la repetición se logra sobre su valor ⁷.-

1.3.- En lo que respecta al derecho italiano, durante la vigencia del Código Civil de 1865 igualmente fue motivo de debate la posibilidad de resolver la transacción

⁵ PONT, P. op.cit., T° IX, Des Petits Contrats, T° 2 , n° 461, pg. 226; BAUDRY-LACANTINERIE, G., et WAHL, A., op.cit., T° XXIV, n° 1297, pg. 695, nota 7 al pie; ACCARIAS, C., op.cit., n° 81, pg. 179.-

No obstante, por otro lado se ha señalado que los glosadores lograron ensanchar los medios concretos de resolución por medio de una interpretación evolutiva de ciertos pasajes del Código de Justiniano referentes a la transacción.-

En tal sentido se ha dicho que aunque en el derecho romano la transacción era un contrato innominado y, como tal, carente de acción hasta que una de las partes no hubiese cumplido sus obligaciones, sin embargo, debido a las reglas contenidas en el Edicto del Pretor este ordenamiento había llegado a garantizar a las partes una protección eficaz contra cualquier violación del convenio.-

Si una de las partes quería intentar la acción a la cual había renunciado al transar, su demanda podía ser rechazada por medio de la *exceptio pacti conventi*.- Pero esta excepción no hubiera sido suficiente en caso de que en la transacción una sola de las partes hubiese renunciado a un derecho litigioso mientras la otra prometiera cumplir una prestación diferente de la que debiera ejecutar originariamente.- En caso de que la parte que se había comprometido a ejecutar una obligación de *facere* o *dare* no cumpliera lo prometido, como la otra parte no tenía algún medio jurídico para coaccionarla a cumplir (*ex nudo pacto actio non oritur*), se le concedió la facultad de utilizar la acción originaria a la cual había renunciado con la transacción; a la probable *exceptio transactionis* (una especie de *exceptio pacti conventi*) del contratante incumplidor se podrá contestar eficazmente con una réplica de dolo que eliminara la objeción contenida en la *exceptio*.-

En este medio pretorio de anular la transacción y hacer renacer las obligaciones originarias, los glosadores vieron una forma de resolución de la transacción con motivo del incumplimiento de una de las partes (Cfr. DELL' AQUILA, Enrico, "La resolución del contrato bilateral por incumplimiento", ed. Universidad Salamanca, Salamanca, 1981, pg. 64/66).-

Pero por otra parte, Accarias, al analizar cuál sería el resultado de la *replicatio*, apoyándose en la ley 36 C. *Des transactionibus*, concluye que el demandante sólo obtendría el provecho que hubiese logrado con la ejecución voluntaria de la transacción, y no el beneficio integral de su acción, como si no hubiese jamás transigido (Cfr. ACCARIAS, C., op.cit., n° 14, pg. 38/39).-

⁶ Article 1110 : « Lorsque l'une des parties n'accomplit pas les engagements qu'elle a pris dans la transaction, l'autre partie peut poursuivre l'exécution du contrat, si elle est possible, et, à défaut, en demander la résolution, sans préjudice de son droit aux dommages dans les deux cas. »

⁷ Article 1115 : « La résolution de la transaction remet les parties au même et semblable état de droit où elles se trouvaient au moment du contrat, et donne ouverture, en faveur de chacune d'elles, à la répétition de ce qu'elle a donné en exécution de la transaction, sauf les droits régulièrement acquis, à titre onéreux, par les tiers de bonne foi. Lorsque le droit auquel on a renoncé ne peut plus être exercé, la répétition porte sur sa valeur. »

por incumplimiento, con fundamento en la condición resolutoria tácita prevista en el anterior art. 1165 C.C.-

Parte de la doctrina consideraba que no cabía la resolución por incumplimiento en la transacción, subrayando su asimilación con la sentencia irrevocable contenida en el viejo art. 1772, y sosteniendo que la transacción tiene naturaleza declarativa⁸.-

Sin embargo, la cuestión ha sido zanjada en el nuevo Código de 1942.- Según se desprende del art. 1976, la resolución de la transacción por incumplimiento es admitida; el único límite a dicha admisibilidad es el supuesto de la transacción novativa.- En este caso, vale decir, cuando la relación creada por la transacción importa la extinción por novación de la relación controvertida preexistente, la resolución por incumplimiento no puede ser planteada, salvo que haya sido expresamente pactado el derecho a la resolución⁹.-

1.4.- Por su parte, en el derecho chileno tampoco es pacífica la cuestión.- Por un lado se ha dicho que si bien la transacción como contrato bilateral llevaría envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado (C.Civil chileno, art. 1489), una norma especial la hace producir el efecto de cosa juzgada en última instancia (C.Civil chileno, art. 2460), y de este modo conviértela en irresoluble¹⁰.- Mientras que por otra parte se ha resuelto que la transacción en que se reconoce la subsistencia de una servidumbre a favor de uno de los contratantes y se renuncia al derecho a demandarlo, obligándose este último, por su parte, a abrir un callejón, importa un contrato bilateral, pues crea obligaciones recíprocas y, en consecuencia, es susceptible de resolverse por incumplimiento de las obligaciones de una de las partes¹¹.-

⁸ Cfr. BUTERA, Antonio, en *"Digesto Italiano"*, Torino 1912-1916, T°XXIII, parte prima, n°200, pg. 1807 y ss., citado por BIANCHI, Enrique Tomás, *"Transacción y facultad resolutoria tácita"*, en J.A. T° 1977-III, pg. 657 y nota 50; POLACCO, Vittorio, *"Delle Obbligazioni (Parte generale). Del contratto di transazione"*, Athenaeum, Roma 1921, pg. 68.-

⁹ Cfr. *"Codice Civile: Relazione..."*, 1ª Edizione Stereotipa dal testo ufficiale, Istituto Poligrafico dello Stato, Roma, 1943, n°773, pg. 523/524.- Allí se destaca que el problema relativo a la naturaleza declarativa o constitutiva de la transacción, vivamente discutido en doctrina, no podría encontrar solución en sede legislativa.- Pero prescindiendo de la solución de ello, son resueltas las cuestiones más importantes que se derivaran de aquel problema fundamental, y según exigencias prácticas.- Entre las cuestiones así resueltas se señala la admisión de la resolución de la transacción por incumplimiento, art. 1976, que consagra legislativamente la tendencia doctrinal prevaleciente que hace bastante tiempo se ha afirmado en la jurisprudencia; e introduce un límite sólo para el caso en que la relación creada mediante el negocio transaccional importe la extinción por novación de la relación controvertida.- En tal caso es claro que el incumplimiento de una de las partes no puede hacer revivir la relación definitivamente extinguida, sino cuando la voluntad de ambas hubiera subordinado al efectivo cumplimiento la extinción misma.-

¹⁰ C. Concepción, 10/4/1885. G. 1885, N°572, p. 330 (C. 2°, 1ª Inst., p. 331); C. Concepción, 21/10/1908. G. 1908, t. II, N° 224, p. 397; C. Concepción, 11/5/1909. G. 1909, t. I, N° 316, p. 470 (C. 6°, p. 472), citados por: FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo (redactor, con colaboradores), *"Código Civil y leyes complementarias"*, 3ª ed. actualizada, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1998, T°XI, art. 2460, pg. 133.-

¹¹ C. Suprema, 14/12/1923, R., t. 22, sec. 1ª, pg. 732, ibídem, pg. 133.-

2. La cuestión en nuestro derecho

2.1.- También son divergentes los criterios en nuestro derecho.- Diversos autores han sostenido la aplicación del pacto comisorio tácito a la transacción.- Antes de la reforma de la ley 17.711 al art. 1204 C.C., cuando éste no regía en materia civil pero sí en el orden comercial de acuerdo al art. 216 C.Com., según Salvat debía admitirse que aquí el incumplimiento de la transacción por una de las partes autorizaba a la otra para demandar la resolución, como consecuencia de su carácter bilateral¹².- Y en el mismo sentido se pronunciaba De Gásperi¹³.-

Luego de la reforma, Llambías deriva del carácter bilateral de la transacción que le sea aplicable el pacto resolutorio tácito, conforme el actual art. 1204 C.C.¹⁴.- Trigo Represas igualmente considera que siendo la transacción un acto jurídico bilateral, va de suyo que en su régimen de aplicación se cuentan, entre otras, la norma del art. 1204, que instituye el pacto comisorio implícito y faculta a cualquiera de las partes para “resolver” la transacción, en caso de que la otra parte no cumpliera con el compromiso a su cargo¹⁵.-

2.2.- Sin embargo, otros autores participan de un criterio opuesto.- Según Bianchi, en la transacción “pura”, el efecto declarativo que claramente dispone en nuestro derecho el art. 836 del C.C. conduce a que deba estimarse improcedente reconocer acción resolutoria a uno de los transigentes, ante el incumplimiento del otro.- No sería concebible la resolución por incumplimiento en un acto meramente declarativo.- Las partes no son causahabientes una de la otra; no se “transmiten” nada, sólo “reconocen”, por lo que faltaría la base jurídica para la resolución.- Advierte que la remisión a las disposiciones sobre los contratos del art. 833 C.C. deja a salvo que será “con las excepciones y modificaciones” contenidas en el título de la transacción, por lo que la norma del 836, como cualquiera otra específica, derogará sin más los principios generales¹⁶.-

En la transacción “mixta”, aunque reconoce que la solución ofrece más dificultad por la mezcla de efectos declarativos y traslativos, arriba a la misma

¹² Cfr. SALVAT, Raymundo M., “*Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones en general*”, 6ª ed. actualizada por GALLI, Enrique V., ed. T.E.A., Bs. As. 1956, TºIII, nº1911, pg. 248.-

¹³ Cfr. DE GÁSPERI, Luis, “*Tratado de Derecho Civil*”, con la colaboración de Augusto M. Morello, ed. Tea, Bs.As. 1964, TºIII. *De las Obligaciones (Parte especial)*, nº1386, pg. 311.-

¹⁴ Cfr. LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, “*Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*”, ed. Perrot, Bs.As. 1973, Tº III, nº1808, pg. 79.- Más adelante, al estudiar el efecto vinculatorio de la transacción, el autor distingue dos situaciones: cuando la transacción impone a los transigentes la ejecución de obligaciones recíprocas, el incumplimiento de uno abre a favor del otro, como posibilidades, oponer la “*exceptio non adimpleti contractus*”, alegar la resolución por incumplimiento vía la facultad resolutoria implícita del art. 1204, o exigir la ejecución de las obligaciones incumplidas.- Si la transacción deja pendientes obligaciones a cargo de uno de los contratantes, en caso de incumplimiento el otro sólo puede hacer valer esta posibilidad (ibídem, nº1838, pg. 115).-

¹⁵ Cfr. CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A., “*Derecho de las Obligaciones*”, 4ª ed., La Ley, Bs.As. 2010, TºIV, nº1701, pg.398.-

En igual sentido: PUGA, Mónica, “*Efectos de la transacción: los co-transigentes y los terceros en la doctrina de la Corte federal*”, en “*Cuadernos de Obligaciones*”, Carlos G. Vallespinos (Dir.), nº3, “La transacción”, ed. Alveroni, Córdoba 2008, pg. 304.-

¹⁶ Cfr. BIANCHI, E.T., loc.cit., pg. 659.-

conclusión.- Trae en su apoyo el pensamiento de Gropallo¹⁷, quien afirma que en la transacción no puede verse un cambio de prestaciones causalmente ligadas entre sí, no es tanto un genuino contrato bilateral, cuanto una figura de entendimiento o acuerdo.- La transacción tiene por finalidad esencial poner fin a una situación controvertida sustituyéndola por una situación cierta.- Por ello las partes hacen sacrificios recíprocos, pero éstos no son asimilables a un intercambio de prestaciones con contenido económico de un patrimonio a otro.- Se trata, en cambio, de renunciaciones respecto de las posiciones extremas iniciales, dirigidas a realizar aquel acuerdo que debe definir el estado de derecho, señalando el verdadero límite entre sus respectivas esferas jurídicas.- Y esto funciona así aún en aquellas transacciones donde, a cambio del “reconocimiento” de una parte, la otra le “transmite” derechos.- Aquí hay constitución de un nuevo derecho, pero que tiene por causa la fijación de una situación jurídica cierta y definitiva.- La causa contractual no es (como en los sinalagmáticos) el intercambio de prestaciones, sino la obtención de la certeza y la eliminación de la controversia.- Para Bianchi esta concepción, que deduce que falta en este caso el presupuesto de la facultad resolutoria tácita, es la que se concilia mejor con la naturaleza de la transacción, cuya finalidad primordial es la de poner certidumbre allí donde hubo controversia; la admisión de la facultad resolutoria tácita, al permitir el renacimiento de la controversia, debilitaría inadmisiblemente el instituto¹⁸.-

Además, señala Bianchi, esta solución encuentra sólido fundamento normativo en el art. 855 C.C.- Este artículo, no modificado por la Reforma, considera definitivo e intangible lo sucedido en el área de los “efectos declarativos”, aquel núcleo específico del contrato.- Lo “reconocido”, reconocido está.- No puede “revivir” la pretensión extinguida por virtud de la transacción, aunque se haya producido la evicción de aquel bien que fue el “precio” de la misma.- No hay resolución posible¹⁹.-

Por último, otra razón a favor del rechazo del ejercicio de la facultad resolutoria tácita en la transacción está dada por los categóricos términos del art. 850 C.C.- Según Bianchi, el principio de la asimilación con la cosa juzgada apunta a constituir a ambas (sentencia y transacción) en el “punto final” de la controversia, más allá de las cuales ésta queda definitivamente terminada, sin posibilidad de revivir en el futuro.- La transacción está dotada de un vigor “extintivo” tal que permite la equiparación con la “cosa juzgada”.- No sólo es el principio de la fuerza vinculatoria de los contratos: es un “plus” que se adiciona en el caso específico de la transacción para que ésta, como aquélla, impida que la controversia reviva²⁰.- Esta peculiaridad propia de la transacción como “tipo” contractual justifica que la facultad resolutoria tácita o implícita, que es propia de la naturaleza pero no de la esencia de los contratos bilaterales, no funcione en ella.-

Nos hemos permitido detenernos en la síntesis del pensamiento de Bianchi por cuanto al presente es quien más ha profundizado el análisis de la cuestión

¹⁷ A quien cita en: GROPALLO, E., “*La natura giuridica della transazione*” en *Rivista de Diritto Civile*, año 1931, ps. 363 y ss.; vide: *ibidem*, notas 71, pg. 661, y 56, pg. 658.- Advertimos que este trabajo es anterior al nuevo Código Italiano de 1942, el que, según vimos, admite la resolución de la transacción por incumplimiento.-

¹⁸ Cfr. BIANCHI, E.T., *loc.cit.*, pg. 661.-

¹⁹ *Ibidem*, pg. 661.-

²⁰ *Ibidem*, pg. 663.-

en nuestro derecho.- Quienes coinciden con su parecer, complementan sus fundamentos.- Así Zannoni, quien pone el énfasis en el carácter declarativo de la transacción; expresando que la facultad resolutoria implícita es sólo aplicable a los contratos que, como tales, constituyen negocios atributivos o constitutivos, pero no a los actos que, como la transacción, tienen sólo un efecto declarativo²¹.-

Por su parte, Pizarro-Vallespinos agregan a aquellas consideraciones otro argumento de importancia: en el ámbito de la transacción judicial homologada, la resolución contractual deviene absolutamente inconciliable con la autoridad de cosa juzgada que emana del pronunciamiento.- La irrevocabilidad y la intangibilidad del decisorio que homologa el acuerdo son incompatibles con la idea de resolución por incumplimiento, ya que aquél ha marcado el final de la controversia de manera irreversible, sin posibilidad de revivirla para el futuro.- No hay ya factibilidad de disolución retroactiva, sin una completa tergiversación del sistema²².-

Además, Lorenzetti señala que sería inconveniente desde el punto de vista de la política legislativa.- Si se admitiera que una de las partes pueda, frente al incumplimiento de la otra, plantearse requerirle que cumpla bajo apercibimiento de resolver, habría una extinción con efectos retroactivos a la situación anterior, es decir, el derecho transado volvería a ser dudoso o litigioso; y sería incomprensible que un derecho sea dudoso, luego admitido como cierto y posteriormente vuelva a su estado de incerteza²³.-

Por lo demás, existen decisiones jurisprudenciales posteriores a la reforma de 1968²⁴ que han adoptado esta tendencia²⁵.- Así, la Suprema Corte de Justicia de Bs.As., en *“Millán, Antonio y otra c. Alonso, E.A.”* (23/10/1990) ha decidido que si el pleito concluyó por transacción, el régimen legal vigente (arts. 836, 850, 855, Cód. Civil) impide que, alegando incumplimiento, se pretenda su resolución²⁶.- Igualmente la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, en *“Giglio de*

²¹ Cfr. ZANNONI, Eduardo A. (con la colaboración de Roberto M. López Cabana en comentario al art. 832), en *“Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado”*, Augusto C. Belluscio (dir.) y Eduardo A. Zannoni (coord.), ed. Astrea, Bs.As. 1994, T°3, art. 834/836, pg. 713. -

²² Cfr. PIZARRO, Daniel, VALLESPINOS, Carlos Gustavo, *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1999, Tomo III, § 773, pg 629; VALLESPINOS, Carlos Gustavo, *“Del contrato de transacción a la transacción legal”*, en *“Cuadernos de Obligaciones”*, Carlos G. Vallespinos (Dir.), n° 3, *“La transacción”*, ed. Alveroni, Córdoba 2008, pg. 69/70.- Acotamos que el Código Procesal Civil del Perú expresamente dispone en su art. 337, 2° párrafo, que la transacción judicial homologada, que pone fin al proceso, tiene la autoridad de la cosa juzgada; y su incumplimiento no autoriza al perjudicado a solicitar la resolución de la misma.

²³ Cfr. LORENZETTI, Ricardo Luis, *“Tratado de los Contratos”*, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 2006, T° III, pg. 805/806.-

²⁴ Véase también: SALVAT, R.M., act. por GALLI, E.V., op.cit., T° III, n° 1911, pg. 248, nota 129 al pie , donde se citan dos fallos de la Cámara de Apelaciones en lo Comercial, en los cuales se resolvió que las partes sólo podían exigir el cumplimiento, pero no la resolución de la transacción por falta de ejecución (del 9 de mayo de 1882, y del 15 de mayo de 1882).- Según Salvat estos fallos se explican teniendo en cuenta que ellos son anteriores a la vigencia del actual Código de Comercio y que el vigente entonces no consagraba la condición resolutoria.-

²⁵ Sostiene esta postura igualmente: OSSOLA, Federico Alejandro, *“Nulidad de las transacciones y otras ineficacias”*, en *“Cuadernos de Obligaciones”*, Carlos G. Vallespinos (Dir.), n° 3, *“La transacción”*, ed. Alveroni, Córdoba 2008, pg. 113/114.- También parece ser esta la posición de MIQUEL, Juan Luis, *“Resolución de los contratos por incumplimiento”*, 3ª ed.act., LexisNexis, Bs.As. 2008, pg. 248.-

²⁶ En L.L. T° 1991-A, pg. 320.-

Zapiola, Teresa B. y otros c. Radioemisora Cultural S.A.” (30/08/1996), ha entendido que el ejercicio del pacto comisorio tácito no puede funcionar en el campo del contrato de transacción en virtud del alcance "declarativo" que el código de fondo acuerda al instituto²⁷. Y en el mismo sentido se ha pronunciado la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, in re “*Técnicas y Obras S.A. c. Itargen Italimpianti Argentina S.A.*” (30/5/1997)²⁸.- Aquí, puesta en tela de juicio la resolución por incumplimiento aducida por la actora de un convenio celebrado con la demandada, el Tribunal, atribuyéndole el carácter de transacción, considera que la misma produce como efecto característico y fundamental la extinción de los derechos y obligaciones que han sido objeto de ella, que las partes entienden renunciar; y éstas no pueden, en adelante, exigirse nuevamente el cumplimiento de esos derechos u obligaciones, lo que impide que alegando incumplimiento se intente su resolución con el alcance pretendido.- Si bien la facultad resolutoria tácita o implícita hace a la naturaleza de los contratos bilaterales, no es de su esencia y no puede aplicarse cuando su régimen legal está estructurado de tal manera que el ejercicio de aquella resulta incompatible con las características de la figura, como ocurre con la transacción.-

3. Nuestra postura

3.1.- Por nuestra parte adherimos a esta última posición, considerando que, por sobre todo, la facultad resolutoria tácita prevista en el art. 1204 C.C. no tiene cabida en la transacción por cuanto aquella es un elemento natural de los contratos bilaterales atributivos, carácter del cual no participa la transacción.-

El fundamento del pacto comisorio, particularmente del tácito, hay que buscarlo en la causa fin y su frustración a partir del incumplimiento²⁹.- En todo contrato

²⁷ En L.L. T°1997-D, pg. 77; DJ 1997-2, pg. 30.- El Dr. Moreno Hueyo, en su voto preopinante, funda su conclusión además, en los categóricos términos del art. 850 del Cód. Civil, expresando: “*Si la transacción es equiparable a una sentencia y ésta no se cumple por alguna de las partes, a nadie se le ocurrirá pensar que por este incumplimiento del fallo éste debiera dejarse sin efecto o declararse resuelto con alcance retroactivo. No, la sentencia termina la cuestión y lo hace de manera definitiva.*”.- Sin embargo, la Dra. Estévez Brasa, en su voto, acepta con reservas acordarle a la transacción el efecto de la cosa juzgada; ya que una cosa es un acuerdo de partes y otra muy diferente una sentencia; si bien ambas --con su distinta tipificación-- son "ley para las partes" (art. 1197). Por ello --sostiene-- parece imponerse una interpretación restrictiva a los efectos de la cosa juzgada en el caso de la transacción.-

Cabe señalar que en el caso lo discutido era si una transacción que después queda sin efecto por voluntad compartida de las mismas partes celebrantes, importa hacer revivir los derechos litigiosos o dudosos extinguidos definitivamente por aquella transacción.- El tribunal considera que lo que no puede hacerse por vía de pacto comisorio tácito, tampoco puede funcionar, por analogía de fundamentos, en el campo de la facultad rescisoria bilateral prevista en el art. 1200 C.C.; y en consecuencia, que la sola circunstancia de que ambas partes hayan resuelto rescindir de común acuerdo la transacción realizada no importa en manera alguna hacer resucitar o revivir los derechos litigiosos o dudosos, definitivamente extinguidos por la transacción.-

²⁸ En L.L. T°1997-D, pg.143; DJ 1997-2, pg.768.-

²⁹ Cfr. MIQUEL, J.L., op.cit., 64/80; BUERES, Alberto J., “*El pacto comisorio tácito y la mora del deudor*”, en La Ley T°1980-A, pg. 845/849, y “*Objeto del negocio jurídico*”, ed. Hammurabi, Bs.As. 1986, § 18, pg. 118/122; MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “*Estudios de derecho civil. Cartas y polémicas*”, ed. Víctor P. Zavalía, Córdoba 1982, pg. 138; CORNET, Manuel, “*Efectos de la resolución de los contratos por incumplimiento*”, (Córdoba s/f), Marcos Lerner Editora Córdoba, pgs. 35/39; ZANNONI, Eduardo A., “*Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*”, ed. Astrea, Bs.As. 1986, pg. 443/446; LORENZETTI, R. L., op.cit., Parte General, pg. 655.- En la jurisprudencia: C 2ª Civil, Com. Minas y Trabajo, Catamarca, in re “*Figuroa Acuña, Nilda J. c. De la Barrera, Carlos*” (6/8/98), en La Ley T°2000-A, pg. 579, 42.369-S y en La Ley NOA T°1999, pg. 485; CNCom. sala “B”, re “*Comelec S.A. c. Maderas y Vivienda Lago Fagnano*”

con prestaciones recíprocas la causa-fin, en su significación “abstracta”, consiste en el intercambio recíproco de las atribuciones patrimoniales; esto es, cada parte se obliga frente a la otra a cumplir una prestación para obtener, mediante la relación establecida, la contraprestación estipulada a su favor.- De ahí que la obligación asumida por cada parte sea la causa de la obligación contraída por la otra, lo que implica un mutuo condicionamiento de las prestaciones.- Esto se evidencia al momento de celebrarse el acto jurídico, pero también durante toda la vida del negocio, y es por ello que el incumplimiento de una de las partes justifica la resolución del contrato por frustración de la causa en su faz “funcional”³⁰.-

Puesto que la función práctica del pacto comisorio responde a tales fundamentos, y atendiendo así a la causa-fin de tales negocios³¹, constituye un elemento natural de los contratos bilaterales o sinalagmáticos atributivos; vale decir, aquellos cuyo contenido es, en las relaciones entre los interesados, una transformación patrimonial social y jurídicamente relevante.-

3.2.- Pero la causa final de la transacción, en su sentido abstracto, objetivo e inmediato, es distinta.- Como hemos visto, la razón determinante de la misma, la finalidad práctica típica en vista de la cual llegan a esta declaración de voluntad común, es precisamente la de poner fin a la incertidumbre que conlleva la disputa.- Con ella las partes persiguen superar de manera definitiva la controversia, extinguiendo el conflicto jurídico de tal manera que no podrá volver a plantearse en el futuro.-

Ello así, las concesiones recíprocas que las partes se realizan en la transacción –y aunque configuren, en su caso, verdaderas obligaciones- asumen un rol diferente al que tienen las prestaciones recíprocas en los contratos bilaterales atributivos, como también hemos observado.- En la transacción lo que cada parte sacrifica no lo hace en vista de lo que obtiene de la otra, sino más bien significa el medio para finiquitar la disputa y obtener certidumbre en su derecho.- La transacción consagra el “punto de encuentro” en el cual cada interesado considera satisfactorio lo que cede de su posición original en pos de superar la controversia y dar certeza a lo que antes era contestado; y siendo así, lo que se conceden recíprocamente es el costo para lograr ese fin, en suma, para conseguir la referida certidumbre³².-

S.R.L” (25/9/91), en La Ley T° 1992-E, pg. 222.-

³⁰ Explica Bueres que puede suceder que el acreedor, a despecho del injusto contractual, le interese el cumplimiento del negocio, en cuyo caso mantendrá su vigencia auxiliado por la justicia y con ella, la vigencia de la causa.- Pero también es perfectamente factible que aunque la obligación del deudor incumplidor todavía pueda ser satisfecha, al acreedor ya no le interese esa solución, en razón de haberse frustrado la finalidad funcionalmente apreciada, es decir, el resultado económico perseguido, la utilidad esperada, las ventajas o atribuciones que debía reeditar la consumación del programa o plan de prestación (Cfr. BUERES, A.J., “*El pacto comisorio tácito...*”, loc.cit., pg. 447.-

³¹ Entre los aspectos de la trascendencia jurídica de la causa, además de lo relativo a la calificación jurídica del negocio y a su interpretación, Betti señala el de servir de criterio de distinción entre los elementos esenciales, naturales y accidentales del mismo (Cfr. BETTI, Emilio, “*Teoría general del negocio jurídico*”, trad. A. Martín Pérez, 2ª ed., Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1959, pg. 144).-

³² Mantiene su vigencia las consideraciones realizadas por Accarias para el derecho francés.- Al admitir el carácter sinalagmático de la transacción, se pregunta si del mismo debemos concluir que la inejecución de una de las partes autoriza a la otra a demandar la resolución del contrato, lo que sería una consecuencia muy lógicamente deducida del art. 1184.- Sin embargo, el autor sostiene que ello choca con el espíritu de dicho artículo.- Y explica: “...el legislador, al establecer el incumplimiento de una de las partes como condición resolutoria en provecho de la otra, no hace más que interpretar su

3.3.- Por lo expuesto, la causa-fin de la transacción -poner fin a la incertidumbre que conlleva la disputa- no puede entenderse frustrada por el incumplimiento de uno de los transigentes a los compromisos asumidos en la misma; y en consecuencia, no puede considerarse que el pacto comisorio tácito regulado en el art. 1204 C.C. constituya un elemento natural de la transacción.-

Todo lo contrario, la disciplina de la transacción se encamina a la eficacia de su finalidad.- Ello explica el principio de la asimilación con la cosa juzgada, para impedir que la controversia reviva; como asimismo la disposición del art. 855 C.C., del cual puede inducirse un principio que permite concluir que tampoco en caso de incumplimiento de una de las partes podrá revivir la otra la controversia despejada por una transacción válidamente celebrada³³.-

3.4.- Por supuesto que en la transacción pura, a lo antedicho se puede añadir que el efecto declarativo previsto expresamente en el art. 836 resulta incompatible con la resolución por incumplimiento.- Pero a nuestro juicio lo dirimente es lo anterior, ya que aun cuando no juegue el efecto declarativo, en la transacción no tiene cabida la facultad resolutoria tácita prevista en el art. 1204 C.C., por las razones antes expresadas.-

3.5.- De todos modos, esto no implica que las partes no puedan pactar expresamente un pacto comisorio.- En la medida que no se afecten derechos de terceros y obedezca a una voluntad negocial sana, ello queda dentro de los dominios de la autonomía de la voluntad, la cual debe ser respetada³⁴.-

pensamiento probable y establecer un modo de indemnidad que es el más exacto y el más seguro de todos.- Un ejemplo nos mostrará si es ese el resultado al que se arribaría por la aplicación del art. 1184 a nuestra materia.- Yo me pretendía propietario de un fundo valuado alrededor de 20.000 francos.- Por transacción, yo consentí abandonarlo a su poseedor, mediante la obligación contraída por él de pagarme 10.000 francos.- Como el no pagaba, yo demandé y obtuve la resolución.- He aquí en lo sucesivo las cosas restituidas exactamente en el estado en el que se hallaban antes del contrato, es decir que mi derecho de propiedad no es más cierto que antes de la transacción, pero me es posible reivindicar el inmueble, sin que el poseedor pueda alegar la convención resuelta.- ¿No es esto manifiestamente contrario a nuestra intención, ya que habíamos querido extinguir para siempre nuestro diferendo?...” (Cfr. ACCARIAS, C., op.cit., n°81, pg. 178/179; la traducción nos pertenece).-

³³ Adviértase que el art. 855 brinda la solución que daba la Ley 33, *Si pro fundo*, del Libro II Título IV, *De transactionibus*, del Código Justiniano; que aunque es citada por Vélez en la nota al art. 854, también contempla la situación del siguiente, esto es, el art. 855.- Refiriéndose a esta segunda situación y a la solución que a ella daba la ley romana, expresa Pont, según traducción que nos pertenece: “*En este caso todavía, la transacción sujeta sin duda; quien es desposeído por la evicción o quien, en lugar de un fundo libre, toma un fundo gravado, no puede restablecer su antigua pretensión, y a partir de ello, hacer revivir el proceso transado; pero tiene derecho a la garantía*” (PONT, P., op.cit., T° IX, Des Petits Contrats, T°2, n°640, pg. 332) .- Ver igualmente, BAUDRY-LACANTINERIE, G., et WAHL, A., op.cit., T° XXIV, n° 1309, pg. 707, nota 1 al pie, citando la L.33, C., *De transact.*, en relación al supuesto regulado por nuestro art. 855.-

Como vemos, es la misma ley romana que da apoyo a descartar la cláusula comisorio tácita en la transacción, según los autores franceses.-

³⁴ Cfr. BIANCHI, E.T., loc.cit., pg. 663, nota 79 al pie, donde hace referencia a opiniones en contrario de Butera y Barberis; LORENZETTI, R.L., op.cit., T° II I, pg. 806.-