

PACTUM DE RETROVENDENDO Y LEX COMMISSORIA EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA: DESDE ROMA AL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN ARGENTINA

Mirta Beatriz Álvarez
Universidad de Buenos Aires

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. *Pactum de retrovendendo* y *lex commissoria* en la compraventa en Roma. – 2.1. *Pactum de retrovendendo*. – 2.2 *Lex commissoria*. – 3. Recepción en el Código civil argentino. – 3.1. Pacto de retroventa. – 3.2. Pacto comisorio. – 3.2.1. Pacto comisorio a partir de la reforma de la Ley 17711 al artículo 1204. – 4. El Código civil y comercial de la Nación Argentina 2014. – 4.1. Pacto de retroventa. – 4.2. Pacto comisorio. – 5. Conclusiones.

1. Introducción

Conforme un principio del derecho civil romano, el simple pacto no daba lugar a acciones que permitieran requerir su cumplimiento, sino que solamente concedían excepciones.

Maynz¹ sostiene que la jurisprudencia derogó esta regla en el caso de los pactos añadidos a un contrato de buena fe, con el fin de alterar los efectos naturales del mismo. Así ocurrió en la compraventa, donde se consideró a los pactos como parte integrante del contrato, ya que los mismos conformaban el consentimiento recíproco². Se reconoció que no era necesario crear una acción especial para perseguir su cumplimiento, sino que éste podía conseguirse con la misma acción propia del contrato³.

La jurisprudencia fue evolucionando en cuanto a la interpretación de estos pactos. En un comienzo, según opinión de Sabino (D. 41.4.2-3 [Paul. 54 *ad ed.*]), la mayoría

¹ C. MAYNZ, *Curso de derecho Romano*, II, Barcelona, 1913², p. 399, nt. 249.

² J.J. ALBA CRESPO, *Derecho romano*, II, Córdoba, 1993, p. 335: «La jurisprudencia llegó a aceptar que fueran exigibles mediante la acción surgida del contrato (de buena fe), al que estaban agregados por considerarlos elementos determinantes o condicionantes del negocio celebrado».

³ J. MIQUEL, *Curso de derecho romano*, Barcelona, 1987, p. 392 sostiene: «La naturaleza de contrato de buena fe de la compraventa hace que sean vinculantes los pactos que se concluyen con el contrato: el juez podrá tenerlos en cuenta en virtud de la cláusula *ex fide bona*».

de estos pactos podían ser agregados bajo la forma de una condición suspensiva. En el siglo II d.C., Juliano consideró la venta formada, pero sujeta a una condición (que actualmente llamaríamos resolutoria, y que para los romanos funcionaría como una condición suspensiva con efectos resolutorios), de tal manera que de suceder ésta, se consideraba como no comprada la cosa. Esta es la opinión aceptada por Ulpiano en D. 18.2.2 (Ulp. 28 *ad Sab.*) y D. 18.3.1 (Ulp. 28 *ad Sab.*) y D. 18.3.4 (Ulp. 32 *ad ed.*).

Si el vendedor no había hecho tradición de la cosa, los efectos del pacto provocaban la resolución. Pero si el vendedor hubiese dado la cosa vendida al comprador, como la propiedad no era revocable en Roma (no se admite el dominio *ad tempus*), no se da una revocación *ipso iure* de la propiedad.

Justiniano admite la propiedad sujeta a condición resolutoria, de modo que, producida ésta, el vendedor puede reivindicar la cosa (conf. D. 6.1.41 [Ulp. 17 *ad ed.*] y D. 18.2.4.3 [Ulp. 28 *ad Sab.*], referidos al pacto de mejor comprador)⁴.

Por último, los compiladores se atuvieron a lo que las partes hubieran acordado, y les permitieron optar entre ambas soluciones.

Teniendo en cuenta el principio de la autonomía de la voluntad, nos abocaremos al tratamiento de dos pactos: el de retroventa (*pactum de retrovendendo*) pues se trata de un pacto que ha recibido y continúa recibiendo muchos cuestionamientos referidos al motivo de su inclusión. Seguidamente nos referiremos al pacto comisorio (*lex commissoria*) que más tratamiento tiene en las fuentes (un título completo del Digesto) y que ha tenido en el derecho civil argentino, una importante evolución, donde opera tanto a favor del vendedor como del comprador, y aún se lo considera incluido tácitamente en todo contrato bilateral.

2. *Pactum de retrovendendo* y *lex commissoria* en la compraventa en Roma

2.1. *Pactum de retrovendendo*

Se trata del pacto al que la jurisprudencia romana prestó menos atención⁵. El vendedor se reservaba el derecho de volver a comprar la cosa vendida, dentro de cierto tiempo o sin límite de tiempo, por el mismo precio o por otro distinto, determinado o a determinarse (D. 19.5.12 [Proc. 11 *epist.*])⁶. Aunque el fragmento atribuido a

⁴ A. DI PIETRO, *Derecho privado romano*, Buenos Aires, 1996, p. 247.

⁵ V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, II, Napoli, 1990, p. 403.

⁶ E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1974, pp. 509 y s., afirma: «I pochi testi che ne parlano (D. 19, 5, 12; C. 4, 54, 2; 7) mostrano che i Romani lo configuravano come un patto, in forza del quale il compratore era tenuto non a rivendere la cosa al venditore, ma a restituirla, considerandola come se non fosse stata venduta (*inempta*)». El fragmento transcripto corresponde a Próculo, *Epistolarum libri*, Libro XI, bajo el Número 32, sin alteraciones.

Próculo se refiere a un supuesto muy particular, la parte final del fragmento admite la extensión de este pacto a otros supuestos.

El vendedor podía ejercer su derecho a la retroventa, mediante la *actio venditi*, o a través de la *actio prescriptis verbis* (C. 4.54.2), pues se consideraba que si el vendedor había cumplido el contrato al cual se hubiera agregado este pacto, se encontraba en la misma situación que el contratante que hubiera cumplido un contrato innominado.

Normalmente, en el contrato se indicaba el plazo dentro del cual el vendedor podía ejercer este derecho, pero también era perfectamente posible que no se hubiera fijado plazo y, en ese caso, pudiera ejercerlo en cualquier momento.

El vendedor podía, mediante la oferta del precio convenido, exigir la restitución de la cosa vendida, y si ésta estuviera deteriorada, los daños e intereses correspondientes.

Si el comprador hubiera transmitido la cosa a un tercero, el vendedor sólo podía exigir el resarcimiento de los daños e intereses, ya que no podría entablar la acción reivindicatoria contra el tercero, pues el pacto era para él, *res inter alios acta*. Si el comprador hubiera constituido sobre la cosa algún derecho real a favor de terceros, el vendedor al ejercer su derecho a la retroventa, debía recibir la cosa con los gravámenes que pesaren sobre ella, y tendría derecho a requerir al comprador los daños e intereses correspondientes.

La utilidad de este pacto podría encontrarse en caso que el vendedor se hubiera visto obligado a vender la cosa presionado por sus necesidades económicas. De esta manera, si sus negocios prosperaban, tenía la posibilidad de recuperar la cosa vendida⁷.

2.2. *Lex commissoria*⁸

Se trata de un derecho que se reserva el vendedor para resolver el contrato y solicitar la restitución de la cosa, si ésta hubiera sido entregada, si el comprador no paga el

⁷ A. DI PIETRO, A. LAPIEZA ELLI, *Derecho romano*, Buenos Aires, 1983, p. 295, sostienen que este pacto resultó siempre sospechoso, por ocultar generalmente operaciones usurarias, como cuando el prestamista se hace vender la cosa por un precio omnicomprendivo del capital e intereses, y que de no efectivizarse el pago, se queda directamente con la propiedad de la cosa. En el derecho argentino, – ver más adelante Borda –, este pacto genera sospechas de una simulación.

⁸ J. ADAME GODDARD, *Libro XVIII del Digesto (Sobre la compraventa)*, México, 1993, p. 48: «La traducción de *lex commissoria* por cláusula comisorias y, en general, la traducción de *lex* por cláusula, se justifica porque en el lenguaje jurídico actual no se usa la palabra “ley” para significar el contenido de la voluntad de un particular, como puede serlo un comprador o un vendedor, sino sólo para significar el contenido de la llamada “voluntad popular” o “voluntad pública”. No se habla hoy, como en el derecho clásico, de una “ley privada” (*lex privata*) en los contratos, por lo que el lector actual que leyera la palabra “ley” referida a un contrato, inmediatamente pensaría en una ley promulgada por el Estado que regulara dicho contrato., y no en una declaración de voluntad de las partes contractuales. Para designar actualmente lo que las partes acuerdan en un contrato se usa la palabra “cláusula”, aun cuando el contrato no se haga por escrito. La *lex commissoria* de la que habla este título es un acuerdo, pacto o “cláusula” que hacen las partes en la compraventa».

precio en el tiempo convenido (D. 18.3.1 [Ulp. 28 *ad Sab.*]; D. 18.3.2 [Pomp. 35 *ad Sab.*]; D. 18.3.3 [Ulp. 30 *ad ed.*])⁹.

Torrent¹⁰ opina que este pacto corresponde a una época más tardía¹¹.

A la *lex commissoria* le dedica el Digesto, íntegramente, el Título 3 del Libro 18 que recoge ocho fragmentos¹².

Si el comprador no paga el precio en el tiempo convenido, el vendedor podía solicitar la resolución, sin necesidad de constituirlo en mora (D. 18.3.4.4 [Ulp. 32 *ad ed.*])¹³.

El comprador quedaba, como consecuencia de este pacto, obligado a restituir la cosa comprada en el estado en que la había recibido, libre de cargas y con todos sus frutos (D. 18.3.5 [Ner. 5 *membra.*])¹⁴; para ello, se le reconoce al vendedor, en la época justiniana una *actio in rem*, pues este pacto concedía la revocación real de la adquisición de la propiedad¹⁵, en contraposición a la eficacia meramente obligatoria que tiene el mismo pacto en la época clásica¹⁶. Si la cosa se hubiera deteriorado por culpa del comprador, respondía por los daños. Si no podía restituirla, respondía por los daños e intereses.

Si la restitución se hiciera imposible por haber dispuesto de la cosa el comprador, en principio, el vendedor no tendría acción contra el tercero, conforme una Constitución de Alejandro Severo (C. 4.54.3), aunque las opiniones se encuentran divididas.

El segundo efecto del pacto comisorio es el derecho del vendedor de retener las cantidades recibidas en concepto de arras, o como parte del precio¹⁷.

⁹ F. FERNANDEZ DE BUJAN, *Sistema contractual romano*, Madrid, 2004, p. 244: «A través de este pacto, el vendedor pretende asegurarse el cobro del precio».

¹⁰ A. TORRENT, *Manual de derecho privado romano*, Zaragoza, 1995, p. 460.

¹¹ A. CASTRESANA, *Derecho romano. El arte de lo bueno y de lo justo*, Madrid, 2013, p. 244 sostiene que la historia de los pactos no precede a la de los contratos consensuales, sino que es una historia subsiguiente.

¹² F. FERNANDEZ DE BUJAN, *Sistema contractual romano*, cit., p. 245. J. ADAME GODDARD, *Libro XVIII del Digesto (Sobre la compraventa)*, cit., p. XVIII: «El título tercero (sólo ocho párrafos) se refiere a la venta con cláusula comisoria, esto es, a la venta con el pacto de que el vendedor pueda resolverla en caso de que el comprador no pague el precio, o parte del precio, en un momento determinado. Se plantea aquí también la discusión acerca de la naturaleza de esta venta, en términos semejantes a los que se planteó respecto de la venta con adjudicación a término, es decir, si se trata de una venta que se contrae o se resuelve bajo condición».

¹³ E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, cit. p. 509 sostiene: «Probabilmente anche questo patto è stato configurato come una condizione sospensiva apposta alla vendita e successivamente come una facoltà del venditore di rescindere una vendita pura. Anche rispetto a questo patto i compilatori giustiniani introducono, mediante interpolazioni a testi classici, la regola che l'interpretazione del patto in un senso o nell'altro dipende dalla volontà delle parti».

¹⁴ F. FERNANDEZ DE BUJAN, *Sistema contractual romano*, cit., p. 249 afirma: «En el pasaje Neracio recoge una opinión de Aristón, en el que el jurista no concede al comprador derecho alguno de retención de los frutos. La razón que se aduce, bien podría ser una apostilla postclásica, reconduciendo la cuestión a la confianza defraudada por el comprador que no cumple con el abono del precio establecido».

¹⁵ P. BONFANTE, *Instituciones de derecho romano*, Madrid, 1965, p. 495.

¹⁶ V. ARANGIO-RUIZ, *Instituciones de derecho romano*, Buenos Aires, 1986, p. 101, nt. 17.

¹⁷ F. FERNANDEZ DE BUJAN, *Sistema contractual romano*, cit., pp. 249 y s.

Es conveniente señalar que el vendedor podía, indistintamente, solicitar la resolución o exigir el cumplimiento, aunque, si optara por esto último, se considera que renunció al pacto comisorio (D. 18.3.7 [Herm. 2 *iur. epit.*]). Igual presunción se aplica si, expirado el plazo para el pago del precio, el vendedor recibía todo el precio o parte de él a cuenta (D. 18.3.6.2 [Scaev. 2 *resp.*]). Vale decir, que no se le reconoce al vendedor el *ius variandi*¹⁸.

En el Digesto, citando a Paulo, se considera a este pacto como condición resolutoria (D. 41.4.2.3 [Paul. 54 *ad ed.*], *in fine*)¹⁹ ²⁰.

Arangio-Ruiz²¹ manifiesta que en dos pactos (*lex commissoria e in diem addictio*) se ha hecho hincapié primero en las distintas jerarquías de la propiedad y de la posesión, de manera que el goce asegurado desde el primer momento al comprador, cedía al derecho del vendedor siempre que (y solamente en ese caso), el precio no hubiese sido pagado o hubiese tenido lugar la mejor oferta.

Para las *res Mancipi*, que requerían de la *mancipatio* ó *in iure cessio* para la transmisión de la propiedad, este resultado se lograba haciendo al adquirente bajo condición resolutoria, la simple *traditio*. Así, el vendedor continuaba siendo propietario, pero si quería reivindicar la cosa, se lo impedía la *exceptio rei venditae et traditae*. Pero después de verificada la condición resolutoria, el vendedor podía contraponer a esta excepción, la *replicatio doli*. Para las *res nec Mancipi*, el mismo resultado podía obtenerse considerando precaria la posesión que se transfería al comprador, con lo que la *traditio* no valía para hacerlo propietario²².

3. Recepción en el Código civil argentino

Como señala Borda²³, en razón de que en el ámbito contractual impera el principio de la libertad (art. 1197), las partes pueden pactar las cláusulas y modalidades que

¹⁸ F. FERNANDEZ DE BUJAN, *Sistema contractual romano*, cit., p. 246: «El vendedor decide, en tanto dicha cláusula está puesta en su interés, si bien su decisión condiciona una eventual reclamación posterior».

¹⁹ F. FERNANDEZ DE BUJAN, *Sistema contractual romano*, cit., p. 245, sostiene: «Es cuestión pacífica en la doctrina, que hasta Neracio Prisco, el pacto de *lex commissoria* debía ser considerado como una condición suspensiva. A partir del siglo II d. C., se admitió su configuración como condición resolutoria. Los juristas tardíos, de finales de la época clásica, y, de forma definitiva, ya en la época justiniana, dejan a la voluntad de los intervinientes su configuración como uno u otro tipo de condición».

²⁰ F. FERNANDEZ DE BUJAN, *Sistema contractual romano*, cit., p. 245, sostiene con respecto al primer pasaje (D. 18.3.1 [Ulp. 28 *ad Sab.*]) que: «Ulpiano afirma la naturaleza resolutoria del pacto de ley comisorio, es decir, si se produce la circunstancia prevista en el pacto, falta de pago del precio en el plazo prefijado, la consecuencia es la nulidad de la venta. Dicha nulidad, se retrotrae al momento de realización de la venta, por lo que ésta es nula o inexistente. En el mismo sentido, se pronuncia también el siguiente fragmento, D. 18.3.2».

²¹ V. ARANGIO-RUIZ, *Instituciones de derecho romano*, cit., p. 101.

²² V. ARANGIO-RUIZ, *Instituciones de derecho romano*, cit., p. 101, nt. 17.

²³ G. BORDA, *Manual de contratos*, Buenos Aires, 1991, p. 230.

estimen convenientes (art. 1363)²⁴. Salvo contadas excepciones, las disposiciones del Código civil argentino tienen carácter supletorio. El Código se ha limitado a reglamentar las cláusulas más frecuentes.

El capítulo 4, del Título 3 del Código civil denominado: “De las cláusulas especiales que pueden ser agregadas al contrato de compra y venta” desarrolla el tema desde el artículo 1363 donde el codificador Vélez Sarsfield sienta el principio general, al artículo 1407, inclusive. Todos los artículos incluidos en el capítulo referido, conservan su redacción original.

Mencionaremos en primer lugar lo normado sobre condiciones suspensivas y resolutorias, para luego analizar los dos pactos específicos que venimos analizando y que Vélez contempló, con la metodología ya utilizada en el presente trabajo.

Finalmente analizaremos en qué medida la reforma parcial que la Ley 17.711 realizó en la parte general de los contratos, incidió en los pactos accesorios al contrato de compraventa tratados por Vélez.

El artículo 1370 establece los efectos de la compraventa condicional cuando la condición fuese suspensiva, y el artículo 1371 contempla los efectos para los casos en que la condición fuese resolutoria. En ambas disposiciones, la fuente citada por Vélez en su nota es Troplong.

El artículo 1372 dispone que en caso de duda sobre si la condición fuese suspensiva o resolutoria, se juzgará que es resolutoria, siempre que, pendiente la condición, el vendedor hubiese hecho entrega de la cosa al comprador. En este caso, el codificador cita en su nota a la Ley 12 y siguientes del Título 11 de la Partida 5^a, sobre las ventas condicionales.

3.1. Pacto de retroventa

Hay venta con pacto de retroventa (término que utiliza el codificador y que ha sido cuestionado)²⁵ cuando el vendedor se reserva la facultad de recuperar la cosa vendida

²⁴ GARRIDO-ZAGO, *Contratos Civiles y Comerciales*, II, *Parte especial*, pp. 120 y ss., manifiesta que este criterio tan absoluto no ha sido aceptado ni por la jurisprudencia ni por la doctrina, aún antes de la reforma de la ley 17711 (en virtud del cuadro general de nulidades y la amplitud del art. 953) y luego de la reforma, por el art. 1071, 2º párrafo y el 1º párrafo del art. 1198.

²⁵ S. CRESPO, *Las ventas con el pacto de retroventa*, en *Revista del Notariado*, 57, 01/01/1902, 337 Cita Online: AR/DOC/6766/2011 sostiene: «Ciertamente que el concepto retroventa que el Codificador usó, implica una segunda venta; pero fácil es ver que no se armoniza con las disposiciones citadas, que son las que obligan; y aquí está la razón por la que dejo dicho, que el concepto verdadero y debió emplearse, es el de retracto convencional. Esta crítica la hizo Marcadé al Código francés, a quien siguió el nuestro, comentando el art. 1659 en los siguientes términos: “El Código aceptando la locución impropia de nuestros antiguos autores, especialmente Pothier, llama pacto de retroventa, a la estipulación por la cual el vendedor y comprador convienen, que el primero podrá recuperar la cosa y dejar la venta inexistente, reembolsando al comprador en un plazo cierto: 1º el precio de la adquisición, etc [...]”. Decimos que por el ejercicio de la facultad de que se trata, la venta se vuelve inexistente, y que, por consecuencia la

devolviendo el precio o una cantidad mayor o menor estipulada en el mismo contrato (art. 1366)²⁶.

Conforme surge del propio texto de la norma, se requiere una compraventa en la que se haya perfeccionado la transferencia del dominio (arts. 1373, 1382 y ss.); es decir, que la facultad de retroventa sea ejercida luego de efectuada la tradición de la cosa al comprador y pagado el precio al vendedor, sin que importe aquí que la compraventa sea un contrato consensual. Es por ello, que el artículo citado alude a recuperar la cosa vendida, agregando luego que ello se hará restituyendo el precio recibido; los vocablos destacados no dejan lugar a dudas respecto de la alusión a una compraventa en la cual el vendedor ya haya recibido su paga y hecho tradición de la cosa al comprador. López de Zavalía se basa en dicho requisito para distinguir al pacto de retroventa de las llamadas “cláusulas de arrepentimiento”, que operarían mientras se hallara pendiente el pago del precio o la entrega de la cosa²⁷.

El adquirente en virtud de una compraventa con pacto de retroventa, recibe un dominio revocable por todo el plazo de vigencia de esta facultad resolutoria. Finalizado dicho plazo sin que haya tenido lugar la retroventa, el dominio del adquirente deviene irrevocable. Caso contrario, la venta se resuelve y el vendedor tiene derecho a reclamar la tradición de la cosa (art. 1371, inc. 2, Cód. civil)²⁸.

A lo dicho cabe agregar que la facultad que confiere la retroventa es potestativa, en el sentido que permite al vendedor recuperar la propiedad de la cosa por la sola manifestación de su voluntad y la puesta a disposición del precio, sin requerir el concurso de, por ejemplo, incumplimientos por parte del comprador. Esto último la distingue claramente del pacto comisorio²⁹.

En cuanto a la naturaleza de este pacto, Borda³⁰ sostiene que ha sido controvertida, e indica que en sus orígenes románicos, era un compromiso adquirido por el comprador de volver a vender la cosa al primitivo enajenante, idea que hoy se

calificación de retroventa es inexacta. No se trata, en efecto, de que el vendedor recompre la cosa, no se trata de una reventa, sino de la resolución, de la anulación de la venta primitiva: como lo decía muy bien Pothier, no hay *novus contractus*, sino por el contrario, *distractus*; la nueva operación no es una segunda venta, es la supresión de la primera: la venta con ese pacto es una venta hecha bajo condición resolutoria. El comprador no adquiere más que una propiedad resoluble, y el vendedor continúa siendo propietario bajo condición suspensiva: si la condición, esto es, el retracto, se cumple, el vendedor no habría jamás dejado de ser propietario. Y por consiguiente, las hipotecas, servidumbres y otras cargas reales que haya podido imponer, se consideran inexistentes, como lo declara formalmente el inciso 2° del art. 1673; si al contrario, el plazo pasa sin que el retracto tenga lugar, el comprador se convierte en propietario irrevocable, según lo explica el art. 1662». Es de la misma opinión Goyena, según puede verse en sus explicaciones al art. 1436 del Código civil para España.

²⁶ G. BORDA, *Manual de Contratos*, cit., p. 240.

²⁷ G. PENNINPEDE, *Prohibición de retroventa de cosa mueble: ¿es aplicable extensivamente?*, en *LA LEY*, 2009, I, F, 1074.

²⁸ G. PENNINPEDE, *Prohibición de retroventa de cosa mueble: ¿es aplicable extensivamente?*, cit.

²⁹ G. PENNINPEDE, *Prohibición de retroventa de cosa mueble: ¿es aplicable extensivamente?*, cit.

³⁰ G. BORDA, *Manual de contratos*, cit., p. 241.

rechaza, porque la retroventa funciona automáticamente, sin el concurso de la voluntad del comprador. El citado jurista sostiene que en la opinión predominante, que nuestro Código ha adoptado, es una venta hecha bajo condición resolutoria³¹. La adopción de esta última teoría tiene importantes consecuencias, ya que el rescate se opera retroactivamente³².

En la realidad económica estos pactos – sostiene Borda – encubren siempre o casi siempre un préstamo de dinero; la venta funciona como garantía que la suma prestada será devuelta. Por este motivo, estos pactos fueron combatidos por el derecho canónico³³ y la cuestión de su licitud ha sido planteada con frecuencia y algunas legislaciones lo han prohibido (Código civil mexicano, Código portugués, ley rumana contra la usura).

Penninpede, sostiene, por su parte, que la retroventa no necesariamente oculta un préstamo usurario, por lo que parece excesivo prohibirla con dicho fundamento. En primer lugar, porque la retroventa es un instrumento útil, pues puede emplearse con fines de garantía y también como medio de otorgar liquidez inmediata al vendedor sin que éste pierda irrevocablemente la propiedad del bien vendido³⁴. Adicional-

³¹ C. REY LEYES, *Manual de derecho civil*, III, *Contratos*, Ediciones Universidad Católica de Santa Fe, 1992, p. 214, n° 12, en el mismo sentido.

³² J. MAZZINGHI, *La calificación de los bienes de los cónyuges y el ejercicio de un pacto de retroventa*, en *LA LEY*, 1984-A, p. 182, afirma: «Y si es una venta sujeta a condición, no cabe ninguna duda de que el cumplimiento de la condición opera en forma retroactiva, borrando todo vestigio de la primitiva operación y fijando el bien en el patrimonio del vendedor. El art. 543 del Cód. Civil establece el principio de la retroactividad de las condiciones, y Vélez Sarsfield explica sus alcances en la nota al art. 555 en donde dice: “En la condición resolutoria, desde que ésta se cumple, la obligación queda para ambas partes como no sucedida”. Es verdad que en la nota al art. 3117, – citada por el voto de la minoría –, Vélez parece contradecir el alcance retroactivo del pacto de retroventa, aludiendo al vendedor que “vuelve a adquirir la propiedad” de la cosa. Estimo que no corresponde tomar la expresión al pie de la letra, pues parece claro que la nota está dirigida a explicar las razones por las cuales el vendedor no puede hipotecar el inmueble que ha enajenado con pacto de retroventa. Y es evidente que no puede hacerlo, porque la venta, aún pendiente la condición, es efectiva, al extremo de que es el adquirente quien puede hipotecar y hasta vender el inmueble comprado. (Conf. art. 1388, Cód. Civil). Es para reforzar este carácter efectivo de la operación – el vendedor se desprende de la cosa y la entrega al comprador –, que Vélez llega a utilizar algunos términos que pueden interpretarse equivocadamente. La vuelta de la cosa al patrimonio del vendedor es material y física, pero no jurídica, pues, – de acuerdo a los efectos retroactivos de la condición resolutoria –, debe considerarse como si ésta nunca se hubiese enajenado. Ello es hasta tal punto así, que los autores afirman que, en rigor, el ejercicio de la retroventa no requiere una nueva escritura, ni el rescate de la cosa tiene porqué abonar el impuesto que grava las transferencias de dominio».

³³ C. REY LEYES, *Manual de derecho civil*, III, *Contratos*, cit., p. 215 y GARRIDO-ZAGO, *Contratos civiles y comerciales*, II, *Parte especial*, cit., p.129, al referirse a la prohibición del pacto en la venta de cosas muebles.

³⁴ M. HERSALIS, *Pacto de retroventa. Cláusula de arrepentimiento. Pérdida de la chance*, en *LA LEY* 11/09/2006, 11/09/2006, 8 - LA LEY2006-E, 380 - Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales Tomo V, 01/01/2009, 255, sostiene: «Georges Ripert y Jean Boulanger definen al pacto en cuestión como “[...] el contrato por el cual el vendedor se reserva el derecho de recuperar la cosa restituyendo al comprador el precio y los gastos dentro de un plazo convenido (art. 1659)”. De ello se sigue que la retroventa es una facultad de rescate, como la ley la denomina, aunque sus efectos sean muy diferentes

mente, si en un determinado caso se advirtiera un supuesto de usura encubierta (en este punto véase a Salvat, quien ofrece toda una serie de guías para distinguir una retroventa real de un contrato de préstamo simulado bajo el aspecto de aquélla), el mutuario objeto de abuso tendría a su disposición variados remedios legales, que tornarían exagerada e injustificada la prohibición genérica de la retroventa. De hecho, la prestataria ya cuenta con el instituto de la lesión (art. 954 Código civil), la acción de simulación, y, finalmente, la acción de nulidad, sin olvidar las figuras del derecho criminal (art. 175 *bis* Código penal)³⁵.

La jurisprudencia en diversos fallos ha sentado las bases para determinar si el pacto de retroventa encubre un préstamo de dinero. Así, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Nicolás (Provincia de Buenos Aires), con fecha 23 de junio de 2009, dispuso: «Si bien en el límpido plano de las instituciones jurídicas, la venta con pacto de retroventa es cláusula válida a la que pueden recurrir libremente los contratantes sin que tenga que ver en ella ningún designio espurio, lo es, en tanto la operación se manifieste como un acto real, normal, libre de mácula. Es requisito *sine qua non* para que haya venta con pacto de retroventa, que el comprador haya recibido el bien tal como lo prescribe el artículo 1366 del Código civil. Para distinguir el verdadero contrato de retroventa del préstamo disfrazado debemos estar atentos a dos circunstancias: la vileza del precio y la posesión del inmueble por el vendedor durante el tiempo del pacto: ello demuestra la simulación a la cual las partes han querido recurrir [...]»³⁶.

El Código civil argentino ha limitado su ámbito de aplicación, ya que el artículo 1380 lo prohíbe en las ventas de cosas muebles. En la nota al citado artículo, Vélez

de los que produciría una venta voluntaria consentida por el comprador al vendedor. Los mencionados autores entienden que este pacto es útil para aquellas personas que tienen necesidad de dinero y que quieren procurárselo disponiendo de sus pertenencias, es decir, existe una transmisión del dominio, pero el vendedor conserva “la esperanza” de recuperarla, y lo denominan como “un mal sistema de crédito”, ya que encubre préstamos usurarios, a raíz de lo expuesto, la comparan a un préstamo hipotecario, pero en sentido inverso «[...] el que toma prestado hipotecando su inmueble retiene provisoriamente su propiedad y sólo la perderá si no está en condiciones de reembolsar el préstamo al vencimiento; el que vende con pacto de retroventa comienza por enajenar y sólo recobrará su propiedad si está en condiciones de reembolsar al vencimiento los fondos que le fueran entregados».

³⁵ G. PENNINPEDE, *Prohibición de retroventa de cosa mueble: ¿es aplicable extensivamente?*, cit.

³⁶ “Ferreira de Almeida Orlando Omar c/ Basualdo Santiago Luis s/ cumplimiento de contratos” Microjuris: MJJ46216. En el mismo sentido, La Cámara de Apelaciones de Concordia (Provincia de Entre Ríos), con fecha 7 de junio de 2007, en autos “Dezzutto Sergio Raúl c/ Albors José s/ ordinario”, había dispuesto: «Adoctrinan los autores que en el supuesto de la compraventa con pacto de retroventa se simula vender a fin de disimular un mutuo oneroso – que puede o no ser usurario – donde el acuerdo simulatorio deja en claro que (a) el vendedor con pacto de retroventa es un prestatario; (b) el comprador, un prestamista; (c) el precio, el capital prestado; (d) el precio convenido para el ejercicio del retracto, el capital que se debe restituir con más los intereses convenidos; (e) la cosa vendida, cuya propiedad y posesión pasan al prestamista – sin olvidar que advertí que en los llamados boletos no puede hablarse con propiedad de retroventa ya que no hay transferencia dominial – de manera que si el deudor no cumple, el prestamista se queda con la propiedad de la cosa transmitida», Microjuris: MJJ 14561.

cita sobre la definición dada a esta cláusula, la Ley 42, Título 5, Partida 5^a³⁷ y el Código de Justiniano³⁸.

La cláusula de retroventa normalmente fija el precio que deberá pagar el vendedor para rescatar la cosa, el que puede ser menor, igual o mayor que el de la venta (art. 1366). Si nada se hubiera dicho al respecto, se debe interpretar que las partes entendieron ajustarse al mismo precio de la venta.

En síntesis, las condiciones de validez son las siguientes: 1) Sólo se permite en relación a bienes inmuebles (art. 1380)³⁹; 2) Su plazo no puede exceder de tres años a partir de la fecha del contrato⁴⁰ (en el derecho romano, podía no tener plazo de caducidad) (art. 1381). Si se pactó uno mayor o no se estableció plazo alguno, se entiende reducido o convenido por el plazo de tres años; c) Debe estipularse en el mismo acto de la venta (simultaneidad del pacto y la compraventa) d) determinación del valor (precio) y e) publicidad (inscripción registral).

Como lo sostiene Hersalis⁴¹, el Codificador Vélez Sarsfield nada ha dicho respecto de la forma de cómo debe ser ejercido el pacto, vale decir, ha dejado a las partes que elijan la forma de ejercerlo y expresarla, es decir, por instrumento privado, escritura pública e incluso verbalmente.

Sin embargo el autor Hersalis precisa algunos puntos:

a. - La manifestación de la voluntad deber tener entidad suficiente para producir efectos en el mundo jurídico.

³⁷ D. MARCELO MARTÍNEZ DE ALCUBILLA, *Códigos antiguos de España*, I, *Leyes nuevas de Alfonso el Sabio*, Madrid, 1885, Ed. Administración Arco de Santa María, 41 Triplicado principal, p. 532. *Ley XLII – De los que venden por cierto precio a otros alguna cosa con condicion quel vendedor o su heredero la puedan cobrar tornando el precio.* “Por cierto precio vendiendo vn ome a otro alguna cosa, poniendo tal pleyto entre si en la vendida, que quando quier, que el vendedor, o sus herederos, tornassen el precio al comprador, o a los suyos que fuesen tenudos de tornarle, aquella cosa, que assi vendiesse: dezimos que si tal pleyto fuere puesto en la vendida, que deue ser guardado, e si el comprador, o sus herederos, non quisieren recibir la pena, deuese partir la cosa vendida, fueras ende si el pleyto fue puesto, que tornasse la cosa, e pechasse, la pena. E si pena non fue puesta en el pleyto, entonce el comprador, es tenuto de tornar la cosa en todas guisas, si es en su poder: e si en su poder non es, deue pechar, al vendedor todos los daños, e los menoscabos, que le vinieron porque non torno aquella cosa, que assi auia vendida”.

³⁸ C. 4.54.2 y 7, Constituciones de Alejandro (C. 4.54.2) y Diocleciano y Maximiano (C. 4.54.7).

³⁹ Es de resaltar la influencia romanista de esta prohibición, pues tanto en la Constitución 7 en Código 4, Título 54 que cita Vélez en su nota al artículo 1380, como en el fragmento atribuido a Próculo en D. 19.5.12 (Proc. 11 *epist.*), las referencias al pacto de retroventa están relacionadas a la venta de fundos.

⁴⁰ I. DI CHIAZZA, P. VAN THIENEN, *Pacto de retroventa, cláusula de rescate y opción de compra sobre acciones*, en LA LEY 10/11/2009, 10/11/2009, 1-LA LEY2009-F, 1160 Cita Online: AR/DOC/3436/2009, sostienen coincidiendo con Borda: «El plazo máximo de tres años que fija nuestro código para el pacto de retroventa es prueba elocuente de que la cláusula de rescate no goza de buena prensa en nuestro entorno académico, llegando incluso a decirse que este plazo es de orden público. Mirado el negocio con tanta sospecha y recelo, el legislador cortó por lo sano: su absoluta prohibición sobre cosas muebles».

⁴¹ M. HERSALIS, *Pacto de retroventa. Cláusula de arrepentimiento. Pérdida de la chance*, cit.

b. - La manifestación debe cumplir los siguientes requisitos del Código civil conforme los artículos 914, 915, 916 y 973, debería ser realizada por escrito, esto es, por cualquier medio fehaciente que demuestre la voluntad de hacer efectivo el pacto; puede ser por escritura pública y por instrumento privado y, siguiendo a Salvat, debería tener “[...] fecha cierta” (art. 1035).

c. - La voluntad debe ser expresada en forma indubitable, es decir dirigida al fin convenido.

d. - Si el vendedor expresa su voluntad en tiempo y forma a los efectos de hacer valer sus derechos, y el comprador por el contrario es remiso a cumplir con las obligaciones asumidas, convendría: 1) dejar constancia documentada de la negativa; 2) ofrecer el pago conforme a las sumas establecidas; 3) consignar judicialmente las sumas a los efectos de no caer en mora.

El derecho de rescate puede ser ejercido por el vendedor, por sus cesionarios, por los herederos del vendedor, y por los acreedores del vendedor en el ejercicio de la acción subrogatoria (conforme lo establece el art. 1386).

La obligación de sufrir el rescate pesa sobre el comprador, sobre los herederos y sobre los terceros adquirentes de la cosa (art. 1388).

En cuanto a los efectos del ejercicio de rescate, el principio general es que provoca la resolución retroactiva de la venta.

El rescatante debe restituir el precio, con lo más o menos que se hubiera pactado (art. 1366), debe reembolsar las sumas que hubiere gastado el comprador en la entrega de la cosa vendida, como también las mejoras necesarias o útiles que el comprador haya hecho en la cosa,⁴² no así las voluntarias (art. 1384). En el caso de las voluntarias o suntuarias, el comprador puede retirarlas, si ello no causa daños a la cosa vendida⁴³.

Por su parte, el comprador debe devolver la cosa con todos sus accesorios y responde por la pérdida de la cosa y por el deterioro causado por su culpa (art. 1385).

La retroventa concluye cuando: a) vence el plazo fijado, con el máximo de tres años; b) el vendedor renuncia expresamente a ejercer su potestad de retroventa; c) la cosa se pierde por caso fortuito o fuerza mayor⁴⁴.

3.2. Pacto comisorio

Desde la teoría general de los actos jurídicos, el pacto comisorio es una causal de ineficacia sobreviniente o funcional del negocio jurídico (resolución) que lo priva de sus efectos en virtud del incumplimiento de una de las partes⁴⁵.

⁴² GARRIDO-ZAGO, *Contratos civiles y comerciales*, II, *Parte especial*, cit., p. 130, el adquirente puede ejercer el derecho de retención hasta que se le paguen las mejores.

⁴³ C. REY LEYES, *Manual de derecho civil*, III, *Contratos*, cit., p. 215.

⁴⁴ C. REY LEYES, *Manual de derecho civil*, III, *Contratos*, cit., p. citadas.

⁴⁵ L. CROVI, *¿Es aplicable el pacto comisorio a las transacciones?*, LLBA2012 (mayo), 379, Fallo comentado: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala II - 2012-02-07 - M., A. L. c. R., L. V. Cita Online: AR/DOC/1988/2012.

Bueres⁴⁶ ha ensayado una definición que describe adecuadamente el funcionamiento de este instituto y su naturaleza jurídica: «El pacto comisorio es el derecho subjetivo opcional emanado de la ley o del contrato, que permite a la parte que no ha incumplido, solicitar el cumplimiento del deber jurídico calificado insatisfecho (*in natura* o por equivalente), o bien obtener la resolución del contrato, judicial o extrajudicialmente, ante el incumplimiento subjetiva u objetivamente adjudicable a la contraparte».

El artículo 1375 del Código de Vélez⁴⁷ contempla el pacto comisorio a favor del vendedor únicamente⁴⁸ (tal como lo hacía el derecho romano, aunque Vélez cita en su nota como fuente la Ley 38, Título 5, Partida 5^a)⁴⁹, y establece los siguientes supuestos:

1. Si hubo plazo determinado para el pago del precio, el vendedor podrá demandar la resolución del contrato, desde el día del vencimiento del plazo, si en ese día no fuese pagado el precio.
2. Si no hubiese plazo, el comprador no quedará constituido en mora de pago del precio, sino después de la interpelación judicial.
3. Puede el vendedor a su arbitrio demandar la resolución de la venta, o exigir el pago del precio. Si prefiriese este último expediente,

⁴⁶ A. BUERES, *El pacto comisorio táctico y la mora del deudor*, LL 1980-A-843, citado por Covi, ver nt. 45.

⁴⁷ Según sostiene A. ALTERINI, *Seña, pacto comisorio y compraventa de muebles*, RCyS2002, 1198 - Derecho Comercial Doctrinas Esenciales Tomo II, 01/01/2009, 885 - Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales Tomo IV, 01/01/2009, 1011 Cita Online: AR/DOC/10923/2001 «VELEZ SARSFIELD, al redactar el Código civil, siguió en parte el pensamiento de FREITAS (art. 1960 del Esbôço) y su precedente austríaco (art. 919), en materia de pacto comisorio; muy distinto es el sistema francés (art. 1184 de su Cód. civil) que presupone tácito el pacto comisorio, de modo semejante a nuestra legislación mercantil».

⁴⁸ J. ADAME GODDARD, *Libro XVIII del Digesto (Sobre la compraventa)*, cit., p. 48, nt. 113, afirma: «En la compraventa internacional se da la cláusula comisorio en las operaciones en las que se pacta que la mercadería se entregará contra el pago del precio (por ejemplo, ventas COD), de modo que el vendedor queda liberado de su obligación de entregar si el comprador no paga el precio en el momento fijado. Si no se da una cláusula de este tipo, la demora de pago de precio no necesariamente da al vendedor el derecho de resolver el contrato (ver los artículos 61 a 64 de la *Convención*)».

⁴⁹ En contra, G. BORDA, *Manual de Contratos*, cit., p. 234, n° 345; D. MARCELO MARTÍNEZ DE ALCUBILLA, *Códigos antiguos de España, I, Leyes nuevas de Alfonso el Sabio*, cit., p. 532. *Partida Quinta. Ley XXXVIII. Quales posturas o pleytos que fazen el vendedor, e el comprador entre si son valederas. Postura o pleyto que pone entre si el vendedor con aquel que compra la cosa del, (solo que non sea contra las leyes deste nuestro libro, nin contra buenas costumbres) deue ser guardada. Otrosi dezimos, que si el vendedor, e el comprador ponen pleyto entre si que el comprador pague el precio a dia señalado: e si non lo pagare aquel dia que sea desfecha por ende la vendida, que tal pleyto como este es valedero: e gana por ende el vendedor la señal, o la otra parte del precio que le fue dado, si al plazo non le fue fecha la paga toda o la mayor parte della: e desfazese la vendida. Pero con todo esto en su escogencia es del vendedor, de demandar todo el precio, e fazer que vala la vendida, o de reuocarla, teniendo para si la señal, o la parte del precio, segund que de suso es decho. E despues que ouiere escogido vna destas cosas sobredichas, non se puede despues arrepentir, de manera que dexa aquella por auer la otra. Otrosi dezimos, que si el comprador ouisse rescibidos algunos frutos de la cosa, que assi ouiesse comprada, que los deue tornar al vendedor: fueras ende si aquel que la vendio non quisiesse tornar la señal, o la parte del precio que ouiesse rescibido: ca entonces non deue auer los frutos.*

no podrá en adelante demandar la resolución del contrato. 4. Si vencido el plazo de pago, el vendedor recibiese solamente una parte del precio, sin reserva del derecho a resolver la venta, se juzgará que ha renunciado este derecho.

Como se advierte a simple vista, las disposiciones transcritas tienen una indudable fuente romanista, y, específicamente, el inc. 3º, como su fuente, tampoco admite el *ius variandi*.

Pero, si bien Vélez no contempló el pacto comisorio a favor del comprador en el capítulo correspondiente a “las cláusulas especiales que pueden agregarse al contrato de compraventa”, en el capítulo 5, al referirse a las “obligaciones del vendedor”, en el artículo 1412, establece tácitamente el pacto comisorio a favor del comprador, quién puede pedir la resolución de la venta, o la entrega de la cosa, si el vendedor no entrega la cosa al tiempo fijado en el contrato (Vélez cita en la nota como fuente, también la Partida 5ª).

Esta diferencia de tratamiento, ha quedado zanjada de alguna manera por la reforma de la ley 17.711, que introduce en el artículo 1204, el pacto comisorio tácito. Analizaremos la situación actual al tratar específicamente la mencionada reforma, y las interpretaciones de la doctrina argentina al respecto⁵⁰.

El artículo 1374 prohíbe expresamente este pacto en la venta de cosas muebles.

En cuanto a los efectos, el principio general en esta materia es que la venta se reputa hecha bajo condición resolutoria (art. 1374).

Respecto de los inmuebles, el vendedor sólo podrá reivindicarlos del comprador o de terceros, si la venta se ha hecho al contado (art. 3923)⁵¹.

3.2.1. Pacto comisorio a partir de la reforma de la Ley 17711 al artículo 1204

Si bien la reforma parcial del Código civil argentino realizada por la ley 17.711 no modificó ninguno de los artículos de la parte especial del capítulo 4 (“De las cláusulas especiales que pueden ser agregadas al contrato de compraventa”), a los que nos hemos venido refiriendo, la actual redacción del artículo 1204, estableció el pacto comisorio tácito para todos los contratos con prestaciones recíprocas, además de modificar la regulación del pacto comisorio expreso.

El nuevo artículo 1204 del Código civil es idéntico al artículo 216 del Código de comercio, y elimina toda duda de que beneficia a ambas partes⁵². El “pacto comisorio” es considerado, a partir de la reforma de la Ley 17.711 un elemento natural de los contratos con prestaciones recíprocas, que otorga a las partes la facultad de resolver las obligaciones emergentes de ellos, en caso de que uno de los contratantes

⁵⁰ Ver más adelante punto II.- 3.- Pactos a favor del vendedor y el comprador, n° 3.2.

⁵¹ G. BORDA, *Manual de contratos*, cit., p. 240.

⁵² G. BORDA, *Manual de contratos*, cit., p. 234, nt. 345.

no cumpla su compromiso, según resulta de la norma contenida en los artículos 216 del Código de comercio y 1204 del Código civil.

Sin embargo, para que funcione la facultad de resolver el contrato, «el incumplimiento del deudor debe ser sustancial, esencial, de importancia, que comprometa el fin propio del negocio y analizado conforme a las particulares circunstancias de cada caso» (conf. C.N.Civ., Sala E, La Ley, 1975-C, 369; SCBA, ED 99-779, citado por Mosset Iturraspe y Piedecasas, Directores, *Cód. civil comentado, Contratos-Parte general*, Ed. Rubinzal Culzoni, 2008, p. 438)⁵³.

Como condiciones mínimas e indispensables para la procedencia de esta figura atento a que el Código civil argentino aún vigente no las enumera, los autores, casi con unanimidad, refieren: a) debe tratarse de un contrato con prestaciones recíprocas o sinalagmático; b) debe haber incumplimiento de una de las partes contratantes, suficiente para frustrar el propósito práctico del contrato o, dicho de otro modo, que afecte su economía o el fin último que llevó a las partes a celebrarlo; c) el incumplimiento debe ser trascendente o significativo, en el sentido que debe recaer sobre una obligación principal, o en su defecto, accesoria siempre y cuando ésta repercuta sobre el buen desenlace de una principal; d) el remedio es invocable por la parte que ha cumplido u ofrece cumplir la prestación a su cargo; e) en el pacto comisorio tácito, se requiere la intimación al cumplimiento y el transcurso del plazo que la ley fija -quince días- para luego poder hacer valer la resolución con intervención judicial; tratándose de una cláusula resolutoria expresa, bastará – ante la mora del deudor – una simple comunicación fehaciente de la voluntad resolutoria del acreedor, para que la figura surta todos sus efectos de pleno derecho⁵⁴.

Con la reforma efectuada por la Ley 17.711, es necesario analizar cuáles artículos del Código civil en su redacción original han quedado derogados de hecho. Según opina Borda, la prohibición del pacto comisorio en el caso de muebles, establecida en el segundo párrafo del artículo 1374, se tiene por no escrita⁵⁵.

Con relación a los incisos 1º y 2º del artículo 1375, Borda, considera que han perdido interés, en razón de la reforma al artículo 509, que regula la mora⁵⁶.

⁵³ Definición citada por el Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Resistencia, sala III (CCivComResistencia) (SalaIII) Fecha: 05/12/2013 Partes: Colombo, Jorge Alberto c. Quijano, Ismael s/ resolución de contrato y daños y perjuicios Publicado en: RCyS2014-VI, 150 - RCyS2014-VII, 104 Cita Online: AR/JUR/88859/2013.

⁵⁴ F. DEPETRIS, *Análisis del pacto comisorio tácito en una compraventa comercial y de la extensión del resarcimiento*, LLGran Cuyo2011 (abril), 238 Fallo comentado: Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan, sala II (CCivComyMineriaSanJuan) (SalaII) - 2010-09-15 - Valdez, Duilio Anastasio c. Leotta de Jorda, María Isabel y otros Cita Online: AR/DOC/698/2011.

⁵⁵ G. BORDA, *Manual de contratos*, cit., p. 235; C. REY LEYES, *Manual de derecho civil*, III, *Contratos*, cit., p. 211 y GARRIDO-ZAGO, *Contratos civiles y comerciales*, II, *Parte especial*, cit., p. 137.

⁵⁶ G. BORDA, *Manual de contratos*, cit., p. 236.

Con respecto al inciso 3º del artículo 1375 que establece que el vendedor puede a su arbitrio demandar la resolución del contrato o exigir el pago del precio, pero si prefiriese esto último, no podrá en adelante demandar la resolución, esta disposición ha quedado derogada por el último párrafo del artículo 1204, que adopta la solución contraria: *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*⁵⁷.

El inc. 4º del artículo 1375, que presume la renuncia del vendedor a demandar por resolución, cuando vencido el plazo para el pago, recibiese sólo una parte del precio, se mantendría vigente⁵⁸.

En cuanto al artículo 1429, tratándose de una norma específica para el caso de la compraventa de cosas muebles a crédito, en que la ley niega el derecho a pedir la resolución, se mantendría vigente en la actualidad.

Por tratarse también de una norma específica, mantendría su vigencia el artículo 1432 que dispone que si el comprador no pagase el precio del inmueble comprado a crédito, el vendedor sólo tendrá derecho para cobrar los intereses por la demora, y no para pedir la resolución de la venta, a no ser que hubiese pacto comisorio expreso estipulado en el contrato.

4. El Código civil y comercial de la Nación Argentina 2014

Analizaremos en este acápite cómo se encuentran regulados los dos pactos analizados en el Código civil y comercial de la Nación Argentina que ha sido aprobado recientemente y comenzará a regir el 1º de agosto de 2015.

4.1. Pacto de retroventa

El pacto de retroventa se encuentra definido de la misma manera que en el Código civil vigente y, a pesar de las críticas que este pacto ha tenido, el nuevo Código lo ha mantenido como una de las cláusulas que pueden añadirse al contrato de compraventa.

El Pacto de retroventa se encuentra tratado en el Libro Tercero de los Derecho Personales, Título IV de los Contratos en particular, Sección 7º sobre “Algunas cláusulas que pueden ser agregadas al contrato de compraventa”. El artículo 1163 lo define de la siguiente manera: *Pacto de retroventa es aquél por el cual el vendedor se reserva el derecho de recuperar la cosa vendida y entregada al comprador contra restitución del*

⁵⁷ Con la modificación se admite el *ius variandi* que el derecho romano no aceptó.

⁵⁸ G. BORDA, *Manual de contratos*, cit., p. 236.

precio, con el exceso o disminución convenidos. El contrato sujeto a este pacto se rige por las reglas de la compraventa sometida a condición resolutoria.

En este tema vamos a seguir a Alejandro Borda en un trabajo de doctrina muy exhaustivo sobre la compraventa, cuando el recientemente sancionado Código civil y comercial de la Nación Argentina, era aún un Proyecto en el año 2012⁵⁹.

La sección 7^a del capítulo de la compraventa, que comienza con este artículo, se refiere a algunas cláusulas que pueden agregarse al contrato en estudio. La primera de ellas es el llamado pacto de retroventa.

Como sostiene Borda⁶⁰, parece claro que para que haya venta con pacto de retroventa es necesario que se haya hecho tradición de la cosa, pues la norma hace referencia al derecho a recuperar la cosa vendida y entregada al comprador.

Es posible que se incluya una cláusula de rescate en un boleto de compraventa e, incluso, que se dé la posesión. Si hay boleto de compraventa más posesión, en realidad no hay – todavía – transferencia de dominio, lo que ocurrirá recién con la escrituración.

Asimismo resulta necesario efectuar otra aclaración: la tradición no será necesaria cuando la ley disponga que sea la inscripción registral la forma de transmitir el dominio, como sucede en materia de automotores.

La norma precedentemente transcripta del nuevo Código dispone, además, que el contrato sujeto a este pacto se rige por las reglas de la compraventa sometida a condición resolutoria, lo cual es regulado en el artículo 1169. Es conveniente señalar que esta precisión no existe en el Código civil vigente.

Las condiciones de validez del pacto de retroventa son dos: (i) un plazo máximo, que se fija en el artículo 1167, y (ii) que sea pactada en el mismo contrato de compraventa. Esto último surge de la ubicación de la norma comentada, que se encuentra en la sección referida a “algunas cláusulas que pueden ser agregadas al contrato de compraventa”. Si no se hubiera pactado en el mismo contrato, se estaría en presencia de un nuevo contrato y no tendría efectos respecto de terceros.

Es oportuno señalar que, por lo que se establece en el artículo 1166, el nuevo Código civil y comercial introduce un cambio importante en lo que respecta al objeto de los contratos que pueden incluir un pacto de retroventa. El Código civil vigente admite exclusivamente que los contratos que tengan por objeto bienes inmuebles incluyan este pacto, pues el artículo 1380 dispone que las cosas muebles no pueden venderse con pacto de retroventa. La reforma ha avanzado un paso más: no solamente admite la posibilidad de incluir el pacto de retroventa en el contrato de compra-

⁵⁹ A. BORDA, *La compraventa en Proyecto de Código civil y comercial de la Nación de 2012*, en RCyS2013-II, 14 Cita Online: AR/DOC/6241/2012.

⁶⁰ A. BORDA, *La compraventa en Proyecto de Código civil y comercial de la Nación de 2012*, cit., ver nt. 59.

venta de cosas muebles registrables, sino también cuando lo que se venden son cosas muebles no registrables.

Si el tercero conoció o pudo conocer la existencia del pacto de retroventa, este pacto le es oponible y, por lo tanto, no podrá hacer valer los derechos que hubiera adquirido por acto de disposición del comprador. Ello es así, pues este pacto funciona como condición resolutoria (artículo 1163): producida la condición, se resuelve el contrato y, consiguientemente, todos los derechos adquiridos por el tercero a raíz de actos de disposición del comprador, quedan sin efecto

El texto del artículo 1167 establece que la validez de los pactos de retroventa, de reventa y de preferencia no puede exceder el plazo de cinco años, si se trata de la enajenación de bienes inmuebles, y de dos años, si lo que se enajena son cosas muebles. Como se ve, el nuevo Código amplía el plazo vigente de los pactos de retroventa y de reventa referidos a inmuebles (que es de tres años, conforme artículo 1381 del Código civil vigente). Además, al incorporar la posibilidad de convenir estos pactos en compraventas de cosas muebles, fija un nuevo plazo, que es de dos años, para ejercer el derecho de rescate en estos casos.

El plazo, que comienza a correr desde la fecha de la celebración del contrato, es perentorio e improrrogable. Y si las partes hubiesen acordado un plazo superior, deberá reducirse imperativamente al plazo legal.

Se debe señalar, en primer lugar, que el plazo comienza a correr – al igual que en la legislación vigente – desde la fecha de celebración del contrato, resultando irrelevante la tradición. La solución es razonable si el objeto del contrato de compraventa es una cosa no registrable. En cambio, el texto legal se resiente de cierta incongruencia cuando lo vendido es una cosa registrable; en este caso, hubiera sido preferible, según sostiene Borda, que el plazo comenzara a correr a partir de la registración, pues es a partir de ese momento, que el tercero estuvo en condiciones de conocer su existencia.

En segundo lugar, el plazo legal es de orden público, por lo cual, si no se hubiera fijado el plazo, debe entenderse que las partes se han referido al plazo legal.

En tercer lugar, que el vencimiento del plazo se opera *ipso iure*, sin necesidad de constitución en mora, pues – como lo dice la norma propuesta – es perentorio.

En materia de mejoras, el nuevo Código utilizando nueva terminología, diferencia entre mejoras naturales o artificiales. Establece que la mejora natural autoriza al deudor a exigir un mayor valor (artículo 752). Con respecto a la mejora artificial (se trata de las mejoras que se denominan usualmente como necesarias) el deudor está obligado a realizarlas pero no se le permite reclamar su valor (artículo 753). El mismo artículo 753 establece que el deudor no tiene derecho a reclamar indemnización por las mejoras útiles ni por las de mero lujo, recreo o suntuarias, pero se lo faculta a retirarlas si no deterioran la cosa.

Convenidos los pactos de retroventa o de reventa, el comprador es el deudor de la obligación de devolver la cosa y, por lo tanto, con las facultades expuestas prece-

dentamente. Sin embargo, es importante señalar que a la par de los artículos 752 y 753, el artículo 1938 ubicado en el Libro IV Derecho Reales, Título II Posesión y Tenencia, Capítulo 3 denominado “Efectos de las relaciones de poder”, da una solución diferente pues prevé como regla, que se puede reclamar el costo de las mejoras necesarias (excepto que se hayan originado por su culpa si es de mala fe), y el pago de las mejoras útiles pero sólo hasta el mayor valor adquirido por la cosa. Se trata de respuestas diferentes a los mismos interrogantes, lo que resulta por demás llamativo.

Con respecto a la contradicción apuntada, Borda afirma que esta diversidad puede resultar conveniente para resolver con criterios de justicia los problemas suscitados por estos dos pactos. El jurista sostiene que no pueden ser tratados de igual manera porque la situación fáctica es diversa, toda vez que el comprador – en el pacto de reventa – es quien toma la iniciativa de deshacer el contrato; en cambio, en el pacto de retroventa, es el vendedor el que actúa. Y esta diferencia tiene que tener incidencia en el régimen de las mejoras. Por ello, y por una razón de justicia, se inclina por dar prevalencia al artículo 1938 si se trata de un pacto de retroventa y al artículo 753 si es un pacto de reventa⁶¹.

No nos parece conveniente que en el mismo Código se utilice terminología diferente para designar a las mismas mejoras. Asimismo, las diversas soluciones propiciadas en dos de los libros del nuevo Código respecto de las mejoras, revela una falta de unidad de criterio en el cuerpo legal, fruto del trabajo legislativo de comisiones y subcomisiones que no siempre contaron con la debida coordinación. También disintimos con Borda en las diferentes soluciones que propone para cada uno de los pactos.

4.2. Pacto comisorio

En el Libro Tercero de los Derecho Personales, Título II de los Contratos en general, Capítulo 13 de la “Extinción, modificación y adecuación del contrato” en el artículo 1086 se regula la cláusula resolutoria expresa, de la siguiente manera: *Las partes pueden pactar expresamente que la resolución se produzca en caso de incumplimientos genéricos o específicos debidamente identificados. En este supuesto, la resolución surte efectos a partir que la parte interesada comunica a la incumplidora en forma fehaciente su voluntad de resolver.*

A continuación, en el artículo 1087, se determina que en los contratos bilaterales, la cláusula resolutoria es implícita; y que quedará sujeta a los artículos 1088 y 1089, los cuales agregan que el incumplimiento deberá ser esencial en los términos *ut supra* planteados, que el deudor deberá estar en mora, y que resulta necesario el apercibi-

⁶¹ A. BORDA, *La compraventa en Proyecto de Código civil y comercial de la Nación de 2012*, cit., ver nt. 57.

miento previo en términos similares a los actualmente vigentes, con el agregado de algunas excepciones⁶².

El artículo 1087 regula la cláusula resolutoria implícita de la siguiente manera: *En los contratos bilaterales la cláusula resolutoria es implícita y queda sujeta a lo dispuesto en los artículos 1088 y 1089.*

El artículo 1088 establece los presupuestos de la resolución por cláusula resolutoria implícita, de la siguiente forma:

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. b) que el deudor esté en mora; c) que el acreedor emplace al deudor, bajo apercibimiento expreso de la resolución total o parcial del contrato, a que cumpla en un plazo no menor de QUINCE (15) días, excepto que de los usos, o de la índole de la prestación, resulte la procedencia de uno menor. La resolución se produce de pleno derecho al vencimiento de dicho plazo. Dicho 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.

De acuerdo con el primer inciso, entonces, solo se podría resolver el contrato si se verificase un incumplimiento subsumible en el artículo 1084. Esta norma – bajo el título “Configuración del incumplimiento” –, dispone que “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”.

Como sostiene Julia Fernández, al detallarse cuáles deberán ser los presupuestos para la extinción del contrato, queda un lugar más estrecho para la interpretación.

⁶² J. FERNÁNDEZ, *El pacto comisario: presupuestos básicos para su planteo y gravedad del incumplimiento*, en LLBA2013 (octubre), 962 Fallo comentado: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala II - 2012-11-01 - Inmotta SA c. Fernández, Andrés y ot. s/daños y perjuicios Cita Online: AR/DOC/2494/2013.

Es evidente e inevitable, que siempre existirá un lugar para la discrecionalidad y subjetividad judicial, sería necio intentar negar su existencia y necesidad. Sin embargo, consideramos que es conveniente que se expliciten lo más posible los requisitos que deberán evaluarse⁶³.

Conforme Sánchez Herrero⁶⁴ de acuerdo con las normas transcriptas, solo se puede resolver un contrato en virtud de la facultad resolutoria implícita, si el incumplimiento es esencial. Esta exigencia no está prevista en nuestras normas vigentes. En efecto, la normativa vigente no determina con qué criterio debe medirse la gravedad del incumplimiento, lo que no es de extrañar, dado que ni siquiera exige este requisito.

¿Cuál es el criterio acogido por el nuevo Código civil y comercial? Para Sánchez Herrero, se trata de un criterio mixto, aunque con un mayor acento en la dimensión objetiva. Esto último se refleja, particularmente, en el inciso a) del artículo 1084, según el cual el incumplimiento es esencial cuando: [...] *el cumplimiento estricto de la prestación es fundamental dentro del contexto del contrato* [...]. En cuanto a su costado subjetivo, en cierto modo surge del inciso c), conforme al cual el incumplimiento es esencial si: [...] *priva a la parte perjudicada de lo que sustancialmente tiene derecho a esperar* [...].

Con respecto al fondo de la cuestión, de acuerdo con la norma incorporada al nuevo Código, un contrato se puede resolver si uno de los contratantes manifiesta en forma seria y definitiva su voluntad de no cumplir. Aunque no existe una norma similar en el derecho civil argentino vigente, la doctrina y la jurisprudencia han llegado a la misma solución: si el deudor manifiesta su voluntad de no cumplir, el acreedor tiene derecho a resolver el contrato. Dada la gravedad de sus consecuencias, la resolución sólo es viable ante una manifestación de voluntad de no cumplir concluyente, cierta e inequívoca.

Y Sánchez Herrero⁶⁵ concluye que, en general, la regla es acertada, pero no lo será en aquellos casos en los que el incumplimiento intencional o la manifestación de la voluntad de no cumplir se refieran a un aspecto irrelevante de la prestación adeudada. En estos casos, el remedio resolutorio es desproporcionado frente a la (falta de) gravedad de la falta, por lo que el acreedor tendría que conformarse con los demás medios de tutela del crédito – la acción de cumplimiento y la responsabilidad civil⁶⁶.

⁶³ J. FERNANDEZ, *El pacto comisorio: presupuestos básicos para su planteo y gravedad del incumplimiento*, cit., ver nt. 64.

⁶⁴ A. SÁNCHEZ HERRERO, *Incumplimiento y facultad resolutoria implícita en el Proyecto de Código*, en LA LEY 20/12/2013, 20/12/2013, 1 - LA LEY2013-F, 1105 Cita Online: AR/DOC/4018/2013

⁶⁵ A. SÁNCHEZ HERRERO, *Incumplimiento y facultad resolutoria implícita en el Proyecto de Código*, cit., ver nt. 60.

⁶⁶ A. Sánchez Herrero concluye: «Asimismo, intentando encontrar parámetro objetivos, se consideró que “[...] el ejercicio del pacto comisorio debe considerarse abusivo cuando se ha pagado una parte importante del precio, en general, más de la mitad (Lavalle Cobo, en Código Civil y leyes complementarias, director Belluscio, coordinador Zannoni, tomo 5, pág. 990)».

El artículo 1089 establece que: *El requerimiento dispuesto en el artículo anterior no es necesario en los casos en que la ley faculta a la parte para declarar unilateralmente la extinción del contrato, sin perjuicio de disposiciones especiales.*

Con respecto al pacto comisorio, el mismo se contempla para todos los contratos bilaterales y en las dos modalidades: expreso o implícito, tal como lo dispuso la reforma de la ley 17.711 con la nueva redacción del artículo 1204 del Código civil, aunque la terminología utilizada es diferente y se ha eliminado el término “pacto comisorio” y se lo ha reemplazado por “cláusula resolutoria expresa” y “cláusula resolutoria implícita”.

Asimismo, encontramos una diferencia en la redacción de las normas. El artículo 1204 del Código civil, cuando se refiere al pacto comisorio tácito, establece que el acreedor podrá requerir al incumplidor el cumplimiento en un plazo no inferior a quince días. En cambio, el artículo 1088 del Proyecto que menciona los presupuestos de la resolución por cláusula resolutoria implícita en el inciso c) establece que el acreedor emplazó al deudor, bajo apercibimiento expreso de la resolución total o parcial del contrato, a que cumpla en un plazo no menor de quince días. Vale decir, que en el nuevo Código civil y comercial, el emplazamiento es uno de los presupuestos para que proceda la cláusula resolutoria implícita y ya no una facultad del acreedor como resulta en el derecho vigente.

5. Conclusiones

Sin perjuicio de la libertad de las partes para introducir las cláusulas que consideren convenientes en el contrato de compraventa, en el derecho romano (específicamente en la compilación justiniana), aparecen reguladas muchas más cláusulas a favor del vendedor, que a favor del comprador.

Esta misma situación se advierte al examinar el Libro III, Sección 3º, Título 3º, Capítulo 4, del Código civil argentino, denominado “De las cláusulas especiales que pueden ser agregadas al contrato de compra y venta”, de indudable fuente romanista, aunque el Derecho Romano casi no está citado directamente en las notas respectivas, aunque sí lo está indirectamente a través de Las Partidas y específicamente la Partida quinta⁶⁷.

⁶⁷ D. MARCELO MARTÍNEZ DE ALCUBILLA, *Códigos antiguos de España*, I, *Leyes nuevas de Alfonso el Sabio*, cit., p. 521: «La Partida quinta es una de las piezas mejor acabadas del Código de Alfonso el Sabio, según el docto Marina, cuya opinión concuerda la de otros ilustres escritores. Sus leyes son en resumen copia o extracto de las del Código y Digesto, lo mejor que se contiene en Derecho romano sobre el asunto de este libro; por mas que, cree Marina, que hubiera sido más perfecta la obra si se hubiera prescindido de las sutilezas y las solemnidades de la estipulación romana (doctrina reformada atinadamente por Alfonso XI en el ordenamiento de Alcalá, ley única del tít. XVI) y también si el legislador se hubiera atendido en otros puntos á las leyes y costumbres patrias. Antequera cree también

Podemos afirmar la gran influencia romanista del Código de Vélez en este tema (atenuado – en algún caso – por la reforma de la Ley 17.711) y la mayor protección que se le concede actualmente al comprador, como ocurre también en la interpretación de los contratos, por considerársele la parte más débil del contrato de compraventa.

La reforma parcial de la Ley 17711, si bien no modificó el Capítulo 4 precedentemente mencionado, con la reforma del artículo 1204, amplió la aplicación del pacto comisorio al contrato de compraventa, y, conforme la mayoría de la doctrina, derogó, de hecho, algunas disposiciones de la parte especial del Código, con lo que se aumentó la defensa de la parte compradora.

Ni el pacto de retroventa ni el pacto comisorio expreso se aplican a la venta de cosas muebles en el Código civil argentino actualmente vigente.

La reforma parcial del Código civil argentino por la Ley 17.711 amplió el ámbito de aplicación del pacto comisorio a todos los contratos con prestaciones bilaterales concibiendo inclusive, no solamente el pacto comisorio expreso, sino también el implícito.

El nuevo Código civil y comercial de la Nación Argentina que entrará en vigencia en los próximos meses, receptó ambos pactos analizados en la presente comunicación, con las siguientes aclaraciones:

1) Con respecto al pacto de retroventa, largamente criticado por la doctrina y jurisprudencia argentinas, no solamente se ha mantenido, sino que se lo ha ampliado, al permitir incorporarlo a la compraventa tanto de cosas inmuebles como de cosas muebles (antes prohibido) sean éstas registrables o no. Con respecto a los plazos para hacerlos valer, se han ampliado, para los inmuebles (de tres años a cinco años) y para los muebles se les ha incorporado un plazo de dos años.

2) Con respecto al pacto comisorio, si bien se ha modificado la denominación y el término vigente “pacto comisorio” que tiene su origen en la *lex commissoria* romana ha desaparecido de su texto, es admitido con la denominación de “cláusula resolutoria expresa” y “cláusula resolutoria implícita” para todos los contratos bilaterales con prestaciones recíprocas y se han incorporado precisiones en cuanto a la gravedad que debe tener el incumplimiento para facultar el uso de la cláusula resolutoria, a fin de que el ejercicio de esta cláusula no configure un abuso hacia la contraparte.

que, calcada esta Partida sobre la jurisprudencia romana, á la que es muy difícil enmendar y mejorar, es una de las mejores del Código, como obra legal, añadiendo que caben en su grande extensión de 15 títulos y 374 leyes, numerosas é interesantes disposiciones sobre cuanto se relaciona con la materia que en ella se trata».