



# ¿ES POSIBLE PLANTEAR LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO DE UN CONVENIO DE DIVISIÓN DE CONDominio?

ESTEBAN LOUGE EMILIOZZI  
JOSÉ MARTÍN ZÁRATE  
*UNIVERSIDAD NACIONAL DEL CENTRO*

## INTRODUCCIÓN

**E**l interrogante con el que creímos oportuno titular este trabajo –esto es, si resulta posible plantear la resolución por incumplimiento de un convenio de división de condominio- surgió con motivo de una sentencia de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul (Provincia de Buenos Aires), que contó con voto preopinante de uno de los autores de este trabajo (causa n° 51.358, del 20.02.2008). En primera instancia se había hecho lugar a la demanda, declarando en consecuencia resuelto el convenio de división de condominio por el cual cuatro condóminos se repartían tres parcelas de campo, por entender que tres de ellos habían incumplido con la obligación de finalizar el trámite de una sucesión y con ello posibilitar la instrumentación del acuerdo. Si bien los perdedores apelaron la sentencia ante la Cámara, en sus agravios no atacaron lo que en cierto modo era el punto de partida –implícito- del razonamiento del fallo de primera instancia, es decir, que un convenio de división de condominio es pasible de ser resuelto por incumplimiento de algunas de las obligaciones que de él emergen. Ello motivó que la sentencia de la Cámara tampoco se centrara en esa cuestión, por lo que directamente se pasó a tratar los agravios, los que estaban centrados en la existencia misma de un incumplimiento y en la presunta

abusividad en el ejercicio de la facultad comisoria. Así las cosas, queda en claro que las ideas que esbozaremos a continuación no implican en modo alguno un comentario al aludido fallo, sino que responden simplemente a una inquietud surgida en ocasión del conocimiento de la causa.

### 1. MATIZ TELEOLÓGICO DEL PACTO<sup>1</sup> COMISORIO TÁCITO

Como primer paso que hemos de dar en este camino, corresponde indagar cuál fue la finalidad que tuvo el legislador al permitir a las partes de un contrato resolver el mismo frente al incumplimiento de la otra (arts. 1203, 1204 y conc. del Código Civil). Evidentemente, lo que se persigue a través de este instituto es ampliar la gama de recursos que se le brindan al contratante cumplidor frente al incumplimiento de la contraria, de modo que, a la posibilidad que le brinda el ordenamiento de pedir el cumplimiento forzado del contrato, se le suma también la de dejar sin efecto la relación contractual, lo que puede ser particularmente útil para el cumplidor en los casos en que vislumbra que el cumplimiento forzado puede acarrearle dificultades o resultar estéril. Así lo señalaba Farina, citando a su vez a Pothier, en una obra cuyas primeras ediciones son anteriores a la reforma de la ley 17.711, diciendo, en relación con el pacto comisorio tácito, que “se evita así que el contratante de buena fe se vea obligado a perseguir a deudores morosos, perdiendo tiempo y dinero, muchas veces inútilmente. La resolución subsana esos inconvenientes y salva el derecho del contratante de buena fe”. Y luego, en otro pasaje en el que aconsejaba la modificación del anterior texto del art. 1204 del Código Civil, decía – esta vez con cita de Spota- lo siguiente: “Los inconvenientes que acarrea al comercio jurídico un precepto como el del art. 1204, son evidentes; una de las partes si no ha previsto la facultad de resolver el contrato para el caso de que la otra no cumple, sólo le quedan estos dos caminos: u oponer la excepción de cumplimiento total o parcial (“exceptio non adimpleti contractus” o “exceptio

---

<sup>1</sup> Coincidimos con Santiago, Horacio César, en la obra cuyo director es Stiglitz, Ruben “Contratos. Teoría General” Tº I, pág. 724, Ed. Depalma, 1990, en que el término “pacto” para referirnos a la facultad comisoria tácita no es la técnicamente más ajustada. Sin embargo esta referencia se ha hecho usual en nuestra doctrina y ha sido adoptada también por la jurisprudencia en forma unánime.

non rite adimpleti contractus”), que autoriza el artículo 1201 del Código civil, o bien, exigir el cumplimiento forzoso, por sí o por terceros, o las indemnizaciones respectivas (arts. 505 y 1204). En otros términos, en el segundo supuesto debe embarcarse en una acción de cumplimiento contractual contra quien con culpa o dolo no ha ejecutado la prestación prometida. La parte no culpable, pues, se halla forzosamente vinculada con quien puede ser insolvente, o ha demostrado su mala fe, o que sabe que no cumplirá con su obligación” (Farina, Juan M., “El pacto comisorio”, págs. 74/75 y 77/78). Más elocuentes aún resultan las palabras vertidas por este autor en la introducción a la obra citada, donde dice lo siguiente: “El pacto comisorio, aparece en el régimen de los contratos, como institución destinada a defender al contratante de buena fe, cuando la otra parte no cumple las obligaciones a su cargo, o se sabe que cumplirá tarde y mal, en cuyo caso el perjuicio será mayor. La ley procura evitar, a quien contrata para cumplir, los perjuicios derivados de esta conducta irregular de la otra parte, dándole el medio: el pacto comisorio. Institución propia del derecho privado, tiene enorme repercusión en la vida social, pues afianza y facilita las transacciones, evita la proliferación de pleitos y permite poner fin en forma práctica a las cuestiones derivadas del incumplimiento de los contratos”

Concluimos, de esta manera, que la facultad o potestad resolutoria tácita responde a la necesidad de tutelar la paridad inter partes del contrato, no al momento de la celebración ni de la conclusión del convenio, sino durante su desarrollo. Del mismo modo, entendemos que constituye una manifestación de la libertad contractual, ya que, frente al incumplimiento de la contraria, amplía el abanico de soluciones disponibles para el contratante cumplidor, permitiéndole optar libremente por aquélla que considere más adecuada a sus intereses.

## **2. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO**

Tanto el pacto comisorio como la facultad comisoria (arts. 1203 y 1204 del Código Civil, respectivamente) son institutos que sólo resultan aplicables a los

contratos, siendo inaplicables fuera de ese ámbito<sup>2</sup>. Ello resulta no sólo de su ubicación en dicho Código (tercera sección del libro II, la que lleva por título “De las obligaciones que nacen de los contratos”), sino también del texto mismo de ambos artículos, ya que en ellos se hace referencia expresa a esta especie de actos jurídicos, sin mencionarse otra.

Ahora bien, no obstante la aparente sencillez del principio expuesto, a poco que se avanza en la cuestión sobrevienen algunas dificultades en torno al ámbito objetivo de aplicación de la figura en análisis. Así, en primer lugar, es sabido que la resolución por incumplimiento no es aplicable a todos los contratos, lo que ha dado lugar a extensas consideraciones por parte de la doctrina procurando determinar a qué contratos le resulta aplicable esta causal de ineficacia sobreviniente. En este orden, una primera dificultad viene dada por la interpretación de la referencia a las “prestaciones recíprocas” contenida en el art. 1204 del Código Civil, generándose el interrogante de si la norma se está refiriendo a los contratos bilaterales (definidos en el art. 1138 del Código Civil) o si se trata de una categoría distinta en la que también podrían quedar incluidos los contratos sinalagmáticos imperfectos<sup>3</sup>. Otra dificultad viene dada por la subsistencia, luego de la reforma introducida por la ley 17.711 al art. 1204 del Código Civil, de ciertas normas especiales ya contenidas en el Código de Vélez que niegan el pacto comisorio tácito para determinados contratos, lo que ha dado lugar a dos tesis, ya que algunos autores sostienen que el nuevo art. 1204 derogó tácitamente las disposiciones especiales, mientras que otros se pronuncian por su vigencia<sup>4</sup>.

Por otro lado, también es sabido que los contratos no conforman un *numerus clausus*, ya que a la par de los expresamente regulados en los Códigos Civil y Comercial o en leyes especiales existen los llamados “contratos innominados”. Respecto de ellos, existe consenso en que les resulta aplicable la resolución por incumplimiento en la medida –claro está– en que contengan en su

---

<sup>2</sup> IBAÑEZ, Carlos Miguel “Resolución por incumplimiento”, pág. 155, Editorial Astrea, 2003.

<sup>3</sup> RAMELLA, Anteo E. “La resolución por incumplimiento”, pág. 135 y subs.; Ibañez, Carlos M., “Resolución...”, cit., pág. 97 y sig.

<sup>4</sup> IBAÑEZ, ob. cit., pág. 93 y subs.

estructura prestaciones recíprocas<sup>5</sup>, lo que obviamente genera una importante expansión en el ámbito objetivo de aplicación del instituto.

Y las dificultades no terminan aquí, ya que si bien suele utilizarse la voz “contrato” para hacer referencia a los actos jurídicos de contenido patrimonial que tienen por fin inmediato establecer entre las partes relaciones jurídicas (art. 944 del Código Civil), es decir, vincular jurídicamente a dos personas que hasta ese entonces no estaban ligadas por una relación jurídica, lo cierto es que también son contratos –al menos en la concepción que en la actualidad es mayoritaria- los actos jurídicos patrimoniales que modifican, transmiten o extinguen obligaciones, o inciden en el campo de los derechos reales<sup>6</sup>.

### **3. EL ACUERDO O CONVENIO DE DIVISIÓN DE CONDOMINIO**

El condominio, vale aclararlo, no es un derecho real autónomo que forme parte de ese número clausus que taxativamente se nos informa, o sea las formas que tenemos de relacionarnos las personas con las cosas. El condominio es, en definitiva, una de las formas en que puede presentarse la propiedad de una cosa, caracterizada en este supuesto, por corresponder subjetivamente a varias personas. Así lo establece el art. 2673 del Código cuando establece que: “el condominio es el derecho real de propiedad que pertenece a varias personas, por una parte indivisa, sobre una cosa mueble o inmueble”. Como claramente se ha dicho, el condominio no resultaría ni más ni menos que un dominio con sujeto múltiple<sup>7</sup>.

El copropietario (en analogía con el propietario en el derecho de dominio) tiene sobre su parte indivisa todos los derechos de un verdadero propietario (ya que lo es), y más aún en los condominios sin indivisión forzosa, que resultan ser los analizados en esta oportunidad. Entonces puede vender, hipotecar, preñar, ceder, donar, y cualquier otro acto jurídico que esté en su voluntad y

---

<sup>5</sup> IBAÑEZ, ob. cit., pág. 163; RAMELLA, ob. cit., pág. 154.

<sup>6</sup> LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando; “Teoría de los Contratos”, T. I, pág. 12, Editorial Zavalía, 1991; también puede consultarse a Lorenzetti, Ricardo L., “Tratado de los Contratos. Parte General”, pág. 176 y sig., Editorial Rubinzal-Culzoni, 1999; Compagnucci de Casò, Rubén “Transacción y lesión subjetiva”, La Ley del 12.12.2007.

<sup>7</sup> MARIANI DE VIDAL, Marina “Curso de Derechos Reales”, Tº 2, pág. 115, Editor Zavalía, 1997.

en su alcance materializar (siempre respecto de su alícuota proporcional abstracta, esto es sin materializar dicha porción, art. 2680 y ss. del CC). Ello, con el límite fáctico al momento de usar y gozar de la cosa, de respetar el mismo derecho que puedan tener los otros condóminos. Pero en el plano jurídico su libertad es amplia, pudiendo posicionarse incluso frente a estos mismos condóminos con los cuales comparte la condición de “dueño”, como contraparte contractual, dado que no recibe ninguna incapacidad de derecho diferenciada (dejamos a salvo el régimen de las incapacidades de los arts. 1160 y ss. del Código Civil cuyas reglas no perecen por la circunstancia del condominio).

Sin embargo, el legislador consideró ineficiente el régimen legal de la copropiedad, atento la poca agilidad que se logra en la circulación de los bienes al momento de requerir, en principio, la voluntad de todos los condóminos para su disposición y administración, reservándose el régimen de mayoría para supuestos excepcionales. De allí que la regla sentada en el artículo 2692 del código sella una suerte de principio general, que dice: “Cada copropietario está autorizado a pedir en cualquier tiempo la división de la cosa común, cuando no se encuentre sometida a una indivisión forzosa”. Resulta ser la división de la copropiedad, la separación de tantas propiedades como propietarios pueda haber, la finalidad que en el tópico persigue nuestra ley. Incluso en aquellos supuestos de indivisión forzosa pactada o dispuesta por acto de última voluntad, el legislador se encargó de acotar la libertad de disposición, imponiendo un límite temporario de cinco años, como modo de compatibilizar el interés privado con el de la sociedad.

Como bien se ha dicho, el modo típico de conclusión y liquidación del condominio es la división o partición de la cosa común<sup>8</sup>. La partición consiste en la conversión de la parte ideal que le corresponde a cada comunero, en una porción o lote material equivalente a su interés en la cosa.

Sólo para supuestos donde no existiendo indivisión forzosa impuesta por la ley, por convenio de partes, o por cláusula testamentaria, la división resulte nociva “por cualquier motivo” el art. 2715 del Código prevé una suspensión de dicha división, utilizando el verbo “demorar” que mas allá de su significa-

---

<sup>8</sup> MARIANI DE VIDAL, Marina op cit. Pag. 160

ción semántica apropiada al caso, es ilustrativa del sentido al cual apunta el legislador de llegar, antes o después, a la división del condominio<sup>9</sup>. Ese “cualquier motivo” debe resultar de situaciones alegadas por la parte interesada en mantener la indivisión, basándose en parámetros objetivos, derivadas de situaciones graves y excepcionales, como únicos argumentos válidos para dilatar la partición (nunca impedir absolutamente).

Conforme lo dispone el art. 2698 del Código Civil, a la división de condominio le resultan aplicables las reglas relativas a la división de las sucesiones en cuanto a la manera de hacerla y a los efectos que produce, en todo aquello que no estuviese expresamente modificado por las disposiciones de los arts. 2691 a 2697<sup>10</sup>. Y es así que en virtud de esta remisión legal resulta aplicable a la división de condominio el art. 3462 del Código Civil, según el cual “Si todos los herederos están presentes y son capaces, la partición puede hacerse en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen conveniente”<sup>11</sup>.

En consecuencia, el denominado “convenio” o “acuerdo” de división de condominio reviste la condición de acto jurídico<sup>12</sup>, y, dentro de este género, pertenece a la especie de los contratos, al menos si se adhiere a la concepción amplia a la que antes hacíamos referencia. Se trata, en definitiva, de un contrato que proyecta efectos en el campo de los derechos reales (tal como lo señala López de Zavalía en el pasaje antes citado) y en el que frecuentemente se establecen obligaciones a cargo de las partes, como eran, en el caso concreto del precedente mencionado al inicio, las tendientes a posibilitar la instrumentación de la división del condominio mediante la escrituración.

---

<sup>9</sup> El artículo dice: “Habrá también indivisión forzosa, cuando la ley prohíbe la división de una cosa común, o cuando lo prohibiere una estipulación válida y temporal de los condóminos, o el cato de última voluntad también temporal que no exceda, en uno y en otro caso, el termino de cinco años, o cuando la división fuere nociva por cualquier motivo, en cuyo caso debe ser demorada cuanto sea necesario para que no haya perjuicio a los condóminos.”

<sup>10</sup> BORDA, Guillermo “Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales”, T. I, pág. 495, Editorial Perrot, 1992; Laquis, Flah, Smayerovsky, “Derechos Reales”, T. V., pág. 340, Editorial Depalma, 2000.

<sup>11</sup> BORDA, Guillermo, ob. cit., pág. 495.

<sup>12</sup> GOYENA COPELLO, Héctor R., “Procedimiento sucesorio”, pág. 250, Editorial Astrea, 1993.

#### 4. LA RESOLUCIÓN DE UN CONVENIO DE DIVISIÓN DE CONDOMINIO

Así caracterizados los convenios de división de condominio, entendemos que en principio no cabe descartar la aplicación de la resolución por incumplimiento a los mismos, conclusión a la que arribamos con fundamento en su carácter de acto jurídico –más precisamente pertenecen a la especie de los contratos- y en el hecho de generar obligaciones recíprocas para las partes. De este modo, coincidimos con lo decidido implícitamente por la primera instancia en la causa que inspira estas reflexiones.

Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con los “clásicos” contratos que tienen por fin inmediato establecer entre las partes relaciones jurídicas, y cuya resolución permite a los contratantes quedar desvinculados y de ese modo evitar los inconvenientes derivados de un pedido de cumplimiento forzado (manteniendo la paridad contractual), se advierte que una eventual resolución del convenio de división de condominio no surtiría ese efecto –que es, como acaba de verse, el perseguido por la ley-, ya que las partes seguirían vinculadas por la situación de condominio y cualquiera de ellas podría pedir en cualquier momento la división de la cosa común (art. 2692 del Código civil).

De modo, pues, que se asiste a una situación paradójica, ya que la resolución del convenio de división de condominio, lejos de desvincular a las partes, surtiría el efecto de colocarlas en la necesidad de accionar judicialmente para procurar aquello que ya se había pautado en el acuerdo (la división del condominio), restando sólo su instrumentación (y que ya vimos la ley otorga primacía al acuerdo de partes en cuanto a la forma de instrumentarlo). Así las cosas, a primera vista resulta más razonable y práctico solicitar el cumplimiento del acuerdo que fulminarlo con un pedido de resolución.

Es por ello que cada caso concreto deberá ser evaluado, analizándose la razonabilidad y justicia que encierre la pretensión resolutoria del convenio de división de condominio, impidiendo la misma cuando resulte abusiva, es decir, cuanto contraríe los fines que el legislador tuvo en miras al incorporar a nuestro sistema la facultad comisoria (art. 1071 del Código Civil). Por el contrario, deberá admitirse la resolución –y, por añadidura, permitir a las partes liberarse del efecto vinculante del convenio- cuando la trascendencia y gravedad de los incumplimientos (frente a los cumplimientos) aconsejen hacerlo. En tal senti-

do, entendemos que si las obligaciones asumidas en el convenio fueren de difícil o imposible ejecución forzada, su incumplimiento podría dar lugar a la resolución, como ocurriría, vgr., si los condóminos de un inmueble estipulan que uno se quedará con la totalidad del bien y el otro recibirá una suma de dinero en compensación, y se incumpliere luego con la obligación de abonar tal suma de dinero.

## **5. CONCLUSIONES**

- La resolución por incumplimiento contractual, como facultad tácita para aquellos contratos que generan obligaciones recíprocas, otorga la posibilidad a las partes de evitar los perjuicios derivados de mantener un vínculo con un contratante incumplidor, preservando el equilibrio y la libertad de los contratantes en la etapa funcional del negocio jurídico.

- El régimen de condominio sin indivisión forzosa está regulado de manera tal que su extinción parece ser su destino natural. A través de la voluntad de cualquiera de los condóminos, y siempre con miras a la circulación de los bienes, el legislador promueve y facilita la división de la copropiedad.

- En principio, resulta jurídicamente posible optar por la resolución por incumplimiento, por medio del pacto comisorio tácito del art. 1204 del Código Civil, en el marco de un convenio de división de condominio.

- Sin embargo, en cada caso concreto deberá analizarse cuál es la finalidad concreta que persiguen las partes al solicitar la resolución por incumplimiento de un convenio de división de condominio, a fin de no frustrar ninguna de los fines teleológicos de las normas en cuestión, interpretándolas de manera integradora.