

RESOLUCIÓN ILEGÍTIMA DE UN CONTRATO DE LICENCIA DE MARCA

*Comentario al fallo Kosiuko Panamá
SA c/Kowzef SA y Otro s/Ordinario*

Andrés Sánchez Herrero[1]

1. EL CASO [2]

Introducción

El fallo comentado se refiere a un pleito entre la licenciataria de la marca Kosiuko —Kosiuko S.A.—, su licenciante —Kowzef S.A., usufructuaria de la marca— y la titular del signo distintivo —Kruplet S.A.—. El tribunal —la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B— aborda varios temas de interés; entre otros, tres que son analizados en este comentario: los requisitos para resolver un contrato por incumplimiento, los efectos de la resolución y su impacto sobre la pena moratoria.

Si bien el conflicto se refiere a un contrato ejecutado en el extranjero, fue ventilado ante tribunales argentinos, que aplicaron el ordenamiento jurídico local —principalmente, el artículo 216 del Código de Comercio, norma rectora en materia de facultad resolu-

[1] Profesor de Contratos, Derecho Comercial y Propiedad Intelectual (Universidad Austral, Pontificia Universidad Católica Argentina y Universidad Nacional de Rosario).

[2] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, “Kosiuko Panamá S.A. contra Kowzef S.A y otro”, 15/08/2013.

toria respecto de los contratos comerciales, como lo es respecto de los contratos civiles su “clon”, el artículo 1204 del Código Civil—. La cuestión ni siquiera fue controvertida por las partes, lo que permite suponer que el contrato contenía una cláusula que asignaba competencia a los tribunales argentinos y declaraba aplicable nuestra normativa.

Hechos

Los hechos del caso son los siguientes:

— El 10 de marzo de 2000, Kosiuko S.A. celebró un contrato de licencia de marca con Kowzef S.A., quien a la sazón tenía el usufructo del signo distintivo. La licencia abarcaba todo el territorio de la República de Panamá, era exclusiva a favor del licenciatario y tenía una duración de dos años, renovable en forma automática por otros tantos, hasta un máximo de diez.

— Entre el 7 de agosto de 2000 y el 4 de enero de 2001, Alianzas Joyeros S.A. —una sociedad controlada por el licenciatario o, al menos, vinculada con ella— vendió mercaderías de marca Kosiuko en Costa Rica —es decir, fuera de la zona de la licencia—, en tres oportunidades.

— El 20 de febrero de 2001, el licenciante le vendió mercadería de marca Kosiuko a Jonathan Martin Inc., empresa sita en la Zona Libre de Colon, República de Panamá.

— El 23 de febrero de 2001, el licenciante resolvió el contrato alegando incumplimientos del licenciatario —en concreto, le imputó que había vendido mercaderías a Costa Rica, a través de personas interpuestas o de una sociedad controlada—. La resolución fue directa: no le otorgó ningún plazo de gracia, a los efectos de que el licenciatario pudiese cumplir sus obligaciones.

Demanda

El 7 de diciembre de 2001, Kosiuko Panamá S.A., invocando incumplimientos contractuales del licenciante y la resolución ilegítima posterior del contrato, promovió demanda por cobro de pesos contra su licenciante (Kowzef S.A.) y la titular de la marca (Kruplet S.A.). Reclamó que se le pagasen, como indemnización, el lucro cesante, la pérdida de chance y una cláusula penal.

Contestación de la demanda

El 3 de abril de 2002, el licenciante contestó la demanda, solicitando su rechazo. Negó haber incumplido el contrato —argumentando que la mercadería vendida a Jonathan Martin no estaba destinada al territorio de Panamá— e imputó incumplimientos a la actora para justificar la resolución —en concreto, no haber respetado los límites territoriales de la licencia, al haber vendido mercadería en Costa Rica, a través de una sociedad controlada—.

La sociedad titular de la marca —Kruplet S.A.— también solicitó el rechazo de la demanda, alegando que, en lo que refería al contrato que generó el conflicto, se había limitado a prestar su “consentimiento” a lo pactado por el licenciante y el licenciatario, por lo que mal podía imputársele incumplimiento alguno. Sin perjuicio de esto, adhirió a la contestación efectuada por Kowzef, en lo referido al incumplimiento de la actora.

Sentencia de primera instancia

El juez de grado admitió en forma parcial la acción entablada contra el licenciataria, aunque por un monto sensiblemente inferior al reclamado por la actora. Admitió el resarcimiento del lucro cesante, pero consideró que no era resarcible la pérdida de chance; rechazó, además, el pago de la cláusula penal. Para decidir de este modo, se basó en las siguientes consideraciones:

— que el incumplimiento del licenciataria —venta de mercaderías fuera de la zona autorizada— no revistió suficiente gravedad como para justificar la resolución extrajudicial efectuada por el licenciante, habida cuenta de que solo se realizaron tres operaciones, por un monto ínfimo;

— que la ilegitimidad de la resolución referida también resultaba del hecho de que el propio licenciante había incumplido el contrato, al venderle productos a Jonathan Martin en Panamá, en violación a la cláusula de exclusividad que beneficiaba a la licenciataria;

— que, dado que el contrato tenía un plazo de duración de dos años —cuyo vencimiento habilitaba a cualquiera de las partes para dar por terminado el vínculo—, este era el límite temporal, a los efectos del cálculo del lucro cesante;

— que, siendo la cláusula penal moratoria, no correspondía su pago, dado que en el caso lo que se había configurado era un incumplimiento definitivo del licenciante;

— que la actora no acreditó la pérdida de chance.

Se rechazó, en cambio, la pretensión entablada contra el titular de la marca, sobre la base de que no había incurrido en ningún incumplimiento ni causado daño alguno.

Tanto el licenciante como el licenciataria apelaron la sentencia.

Sentencia de segunda instancia

En su fallo, la Cámara modificó parcialmente la decisión del juez de grado. En concreto:

a) confirmó la condena a pagar el lucro cesante por las ganancias que el licenciatario dejó de percibir entre la fecha de la resolución y la del vencimiento del plazo de dos años, previsto en el contrato;

b) revocó la sentencia, haciendo lugar al pedido de pago de la pena moratoria, por el período durante el cual —a su entender— perduró la mora del licenciante;

c) confirmó la sentencia, en cuanto rechazó el resarcimiento de la pérdida de chance.

Para decidir de este modo, la Cámara se basó en las siguientes consideraciones:

— coincidió con el juez de grado en cuanto a que el incumplimiento de la licenciataria —la venta de mercadería fuera de la zona autorizada por la licencia— no había revestido gravedad suficiente como para justificar la resolución del contrato;

— que el licenciante había incurrido en un incumplimiento contractual al venderle mercadería a Jonathan Martin, ya que esto implicó una invasión de la zona exclusiva del licenciatario;

— que, al resolver el contrato, el licenciante no le otorgó una plaza de gracia al licenciatario, para que pudiese cumplir;

— que, en función de lo anterior, la resolución realizada por el licenciante había sido ilegítima;

— que la mora del licenciante se extendió desde que invadió la zona exclusiva del licenciatario hasta que resolvió el contrato —es decir que tuvo una duración de tres días—;

— que la chance cuyo resarcimiento se reclamó no era más que una mera posibilidad, una vaga expectativa.

2. SOBRE LA ILEGITIMIDAD DE LA RESOLUCIÓN

2.1. *Introducción*

El caso gira en torno al encuadre de la resolución extrajudicial realizada por el licenciante. El tribunal la consideró ilegítima, por tres razones:

— la primera, de fondo: el incumplimiento del licenciatario no había revestido gravedad suficiente;

— la segunda, también de fondo: que, independientemente de lo anterior, el licenciatario había incumplido sus obligaciones poco antes de resolver el contrato;

— la tercera, de forma: que, al resolver, el licenciante no le concedió al licenciatario el plazo de gracia para cumplir que estaba previsto en el contrato.

Cualquiera de estas tres razones habría sido suficiente para que la resolución se considerase ilegítima; con mayor razón si —como entendió el tribunal— concurrieron las tres. A continuación, analizaremos cada una de ellas.

2.2. *El incumplimiento del licenciatario*

Una licencia es una autorización que otorga el licenciante al licenciatario, permitiéndole que haga algo que, de otro modo, tendría prohibido. En nuestro caso, el uso de la marca licenciada. Por lo general, la autorización contenida en la licencia está sujeta a límites de diversa índole —por ejemplo, en cuanto al tiempo, a los canales de comercialización, al modo de uso de la marca, etcétera—. Entre estos límites, se cuenta el territorial: se establece una zona dentro de la cual el li-

cenciatario puede utilizar la marca; si la explota fuera de esa zona, incumple el contrato e infringe el derecho marcario del licenciante —dado que su actuación deja de estar cubierta por la licencia—.

En el caso comentado, en concreto, el licenciatario incumplió esta obligación, ya que su zona era el territorio de Panamá, a pesar de lo cual en tres oportunidades comercializó mercadería con la marca licenciada en Costa Rica. Este fue el incumplimiento que invocó el licenciante para resolver el contrato en forma extrajudicial. Sin embargo, a juicio del tribunal, si bien este incumplimiento, efectivamente, ocurrió, no revistió gravedad suficiente como para justificar la resolución.

¿Es correcto este encuadre? Para responder este interrogante, conviene recordar que el contrato en torno al cual gira el conflicto contenía un pacto comisorio expreso. De la sentencia comentada surge que el pacto contenía previsiones en cuanto al procedimiento resolutorio; desconozco si, además, se refería, concretamente, qué incumplimientos habilitaban el ejercicio de la facultad resolutoria —aunque pareciera que no—. Analicemos, por lo tanto, los dos escenarios que podían presentarse: el pacto comisorio genérico y el específico

En el primer caso, las partes se limitan a reconocer la facultad de resolver el contrato ante un incumplimiento —pero sin precisar cuáles son los incumplimientos que habilitan el ejercicio de la facultad—. Ante un pacto comisorio de estas características, y en lo que ahora nos concierne, se aplica el régimen de la facultad

[3] Véase Cámara Nacional Civil, sala A, “Tornay, Jorge A. c. Mainardi, María A.”, 20/10/1977, en *La Ley*, 1978-C., p. 49; Cámara Nacional Civil, sala A, “Marcos Vinacur e Hijos c. Compañía Clairol de Argentina”, 9/12/1976, en *La Ley*, 1978-B, p. 669; Cámara Nacional Civil, sala A, “Fernández, Alberto L. y otro v. Pinto, Isaac”, 16/3/1978, en *Jurisprudencia Argentina*, 1979-III, p. 455; Cámara Nacional Civil,

resolutoria implícita o legal. Respecto de esta última, — y en línea con el criterio aplicado en fallo comentado—,

sala D, “Libertador S.C.A. v. Tizian S.A.”, 6/9/1978, en *Jurisprudencia Argentina*, 1979-III, pp. 49-50 (se requiere que haya habido un “incumplimiento resolutorio”); Cámara Nacional Comercial, sala A, “Heregal S.R.L. v. Coca-Cola Femsa de Buenos Aires S.A.”, 14/12/2006, en *Jurisprudencia Argentina*, 2007-II, p. 243; Suprema Corte de Buenos Aires, “Juárez, Ismael A. V. Averza, Abelardo R.”, 9/2/1982, en *Jurisprudencia Argentina*, 1983-II, p. 370; Cámara Nacional Comercial, sala D, “Luzardo Gil, Rubén c. Colombo, Germinal L.”, 12/8/1985, en *La Ley*, 1986-A, p. 591; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala E, “Consortio de Propietarios Av. Juan B. Justo 4425/41 c. Arquintelec S.R.L.”, 16/08/2007, en *La Ley Online*, AR/JUR/6823/2007; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, “Bucci, Javier c. Strien, Oscar M.”, 9/11/2006, en *La Ley Online*, AR/JUR/8711/2006; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, “Country Club Atlético Banco Provincia de Buenos Aires c. Cravello, Jorge A. y otro”, 26/10/2006, AR/JUR/7147/2006; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Matanza, sala I, “Surani, Ana María c. Soto, Omar Alberto y otros”, en *La Ley Online*, AR/JUR/16039/2008; Malagarriga, Carlos C., *Tratado elemental de Derecho Comercial – Tomo II – Contratos papeles de comercio*, 3ª ed., Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1963, p. 55, nota 66; Zavala Rodríguez, Carlos J., *Código de Comercio comentado – Tomo I*, Buenos Aires, Depalma, 1964, p. 248; Wayar, Ernesto C., *Tratado de la mora*, segunda edición (primera edición, 1980), Buenos Aires, LexisNexis, 2007, pp. 709-710; Putorti, Vincenzo, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, Milán, Guiffrè Editore, 2008, pp. 305-306; Caivano, Roque J., “El pacto comisorio tácita y la resolución contractual por vía judicial”, en *La Ley*, 1996-B, p. 628; Bergel, Salvador D., “La reforma al artículo 216 del

hay consenso en que un contrato solo se puede resolver en caso de que el incumplimiento sea grave[3].

En el segundo de los escenarios planteados —esto

Código de Comercio”, en *El Derecho*, 6, p. 1082; Aricó, Rodolfo, Carrer, Mario, “Entidad del incumplimiento que autoriza la resolución del contrato”, en *La Ley*, 1989-C, p. 1038; Josserand, Louis, *Derecho Civil*, tomo II-, volumen 1, trad. de Santiago Cunchillos y Manterola, Buenos Aires, Bosch, 1950, p. 268; Bendersky, Mario J., *Incumplimiento del contrato (la cláusula resolutoria en los derechos civil y comercial)*, Buenos Aires, Depalma, 1963, p. 80; Ramella, Anteo E., *La resolución por incumplimiento*, Buenos Aires, Astrea, 1975, p. 57; Gastaldi, José M., *Pacto comisorio*, Buenos Aires, Hammurabi, 1985, p. 137; Halperin, Isaac, Gregorini Clusellas, Eduardo L, *Unificación del derecho privado: Contratos y obligaciones - Resolución de los contratos*, Buenos Aires, Depalma, 2000, p. 164; Fontanarrosa, Rodolfo O., *Derecho Comercial Argentino – 2: Doctrina general de los contratos comerciales*, Buenos Aires, Zavalía, 1993, p. 112; Farina, Juan M., *Rescisión y resolución de los contratos (civiles y comerciales)*, Buenos Aires, Orbir, 1965, p. 80; Ferreyra, Edgard A., *Principales efectos de la contratación civil*, Buenos Aires, Ábaco, 1978, p. 275; López de Zavalía, Fernando J., *Teoría de los contratos – Tomo 1 – Parte general*, 4ª ed., Buenos Aires, Zavalía, 1997, p. 619; Lavalle Cobo, Jorge E., en Belluscio, Augusto C. (director), Zannoni, Eduardo A.(coordinador), *Código Civil y leyes complementarias – Comentado, anotado y concordado – Tomo 5*, Buenos Aires, Astrea, 1984, p. 986; Aparicio, Juan Manuel, *Contratos – Tomo 3 – Parte general*, Buenos Aires, Hammurabi, 2012, p. 496; Ibáñez, Carlos M., *Resolución por incumplimiento*, Buenos Aires, Astrea, 2003, p. 178; Miquel, Juan L., *Resolución de los contratos por incumplimiento*, Buenos Aires, Depalma, 1986, p. 141; Barbero, Domenico, *Sistema del derecho privado – Tomo I*, traducción de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas

es, el pacto comisorio específico—, las partes precisan cuáles son los incumplimientos que habilitan para resolver. En este supuesto, ¿todo incumplimiento justifica la resolución, en la medida que sea subsumible en la previsión contractual, o es necesario que, además, revista cierta gravedad (como ocurre con la facultad

Europa-América, 1967, p. 651; Carnelli, Santiago, Cafaro, Eugenio B., Eficacia contractual, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1989, p. 176; Lasarte Álvarez, Carlos, Principios de Derecho Civil – Tomo Tercero - Contratos, 5^a ed., Madrid, Trivium, 2000, p. 166; Lacruz Berdejo, José L., Sancho Rebullida, Francisco de Asís, Delgado Echeverría, Jesús, Rivero Hernández, Francisco, Elementos de Derecho Civil II, Derecho de obligaciones, volumen primero, Delito y cuasidelito, segunda edición, reimpresión 1990, Barcelona, Bosch, 1985, p. 267; Álvarez Vigaray, Rafael, La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento, Granada, Comares, 2009, p. 168; Stiglitz, Rubén S., en Contratos civiles y comerciales – Parte general, Rubén S. Stiglitz (director), segunda edición (primera edición, 1999), Buenos Aires, La Ley, 2010, p. 83; Halperín, Isaac, Resolución de los contratos comerciales, primera reimpresión, Buenos Aires, Depalma, 1968, p. 23; Morello, Augusto M., Ineficacia y frustración del contrato, segunda edición (primera edición, 1974), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2006, p. 225; Méndez Sierra, Eduardo C., El cumplimiento por tercero frente al pacto comisorio, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2006, p. 40.

[4] Véase Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala II, “Inmotta SA v. Fernández Andrés y O.”, 1/11/2012, en Abeledo Perrot, AP/JUR/4940/2012 (ante la falta de gravedad del incumplimiento, ser rechazó una demanda resolutoria basada en un pacto comisorio expreso; ni siquiera fue materia de debate la cuestión de si la exigencia también es aplicable a este pacto, y no solo a la facultad resolutoria legal); Cámara Nacional Civil, sala B,

resolutoria legal o implícita)? Las opiniones están divididas.

De acuerdo con una primera postura, el incumplimiento debe ser grave[4]. Por lo tanto, es ineficaz la cláusula que habilita a resolver ante incumplimientos insignificantes[5]. Se traen a colación, en apoyo de esta tesis, los artículos 21, 502, 953, 1071 y 1198 del Código Civil.

Conforme a una segunda postura, en cambio, para resolver en virtud de un pacto comisorio no es neces-

“Cristalerías del Norte, S.R.L. c. Graf, Mario L.”, 29/12/1977, en *El Derecho*, 77, p. 381; Gastaldi, José M., Pacto comisorio, cit. nota 2, p. 285 y su nota 398 (“no sería admisible pactar que un levísimo incumplimiento permita la resolución”); Halperín, Isaac, Resolución de los contratos comerciales, cit. nota 2, p. 23; Fontanarrosa, Rodolfo O., *Derecho Comercial Argentino – 2...*, cit. nota 2, p. 113; Farina, Juan M., Rescisión y resolución..., cit. nota 2, pp. 80-81 (“[...] la amplitud de poderes concedida por la ley a las partes no es absoluta, a tal punto que les permita estipular que incluso un incumplimiento levísimo y desdeñable pueda dar lugar a la resolución, pues la cláusula resolutoria no debe en su excesiva severidad chocar con la buena fe”. Para estimar la gravedad, el autor propugna un criterio subjetivo, a diferencia del criterio mixto que, según él, sería aplicable en el caso de la facultad resolutoria legal).

[5] Véase Aricó, Rodolfo, Carrer, Mario, “Entidad del incumplimiento...”, cit. nota 2, p. 1050; Ibáñez, Carlos M., Resolución por incumplimiento, cit. nota 2, pp. 276-277; Ramella, Anteo E., La resolución..., cit. nota 2, p. 182.

[6] Véase Nanni, Luca, Costanza, Maria, Carnevali, Ugo, *Risoluzione per inadempimento*, Tomo I, 2, Art. 1455-1459, Zanichelli, Bologna, 2007, p. 38; Cornet, Manuel, *Efectos de la resolución de los contratos por incumplimiento*, Córdoba, Lerner, 1993, p. 90 (“[...] las partes pactan qué tipo de incumplimiento les permitirá resolver, pudiéndose con-

rio, en principio, que el incumplimiento sea grave, al modo en que debe serlo en el caso de la facultad resolutoria implícita; solo se requiere que se trate de un incumplimiento previsto en el pacto comisorio[6]. De todos modos, incluso desde esta postura se admite que el derecho resolutorio no se puede ejercer en forma abusiva. En definitiva, incluso entre los partidarios de esta tesis se admite la invalidez de la resolución en aquellos casos excepcionales en los que resulte manifiesto que hay abuso del derecho de resolver o contradicción con la buena fe[7]. Tal lo que ocurre, por ejemplo, si el incumplimiento que

venir que el cumplimiento defectuoso y parcial y aún de escasa importancia permitirá optar por la resolución”); Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil – Contratos – Tomo I*, octava edición, actualizado por Alejandro Borda, Buenos Aires, Lexis Nexis – Abeledo-Perrot, 2005, p. 226; Ibáñez, Carlos M., *Resolución por incumplimiento*, cit. nota 2, p. 182; Aparicio, Juan Manuel, *Contratos – Tomo 3...*, cit. nota 2, pp. 502 y 538; López de Zavalía, Fernando J., *Teoría de los contratos – Tomo 1 – Parte general*, cit. nota 2, p. 640 (“las partes pueden dar relevancia a lo que no lo tendría para el pacto tácito”).

[7] Véase Nanni, Luca, Costanza, Maria, Carnevali, Ugo, *Risoluzione per inadempimento*, Tomo I, 2, Art. 1455-1459, cit. nota 2, p. 45; Cornet, Manuel, *Efectos de la resolución de los contratos...*, cit. nota 5, p. 90 (“[r]especto del incumplimiento leve las partes no tiene facultad absoluta de pactar que un incumplimiento levísimo y desdeñable les permita resolver porque ello sería contrario a la buena fe”); Ibáñez, Carlos M., *Resolución por incumplimiento*, cit. nota 2, p. 193.

[8] Véase Ibáñez, Carlos M., *Resolución por incumplimiento*, cit. nota 2, pp. 276- 277; Ramella, Anteo E., *La resolución...*, cit. nota 2, p. 182; Aparicio, Juan Manuel, *Contratos – Tomo 3...*, cit. nota 2, p. 502.

habilita para resolver es insignificante[8]. Con lo cual, como puede advertirse, la diferencia entre una y otras posición es solo de grado. Incluso, hasta podría considerarse meramente semántica (si considerásemos que “incumplimiento no grave” equivale a “incumplimiento insignificante”).

Por lo demás, varios de los autores que adhieren a la segunda postura lo hacen con matices que relativizan, en buena medida, las diferencias. En este sentido, se afirma que la aparente insignificancia del incumplimiento que gatilla el derecho resolutorio no afecta la validez del pacto, pero solo en la medida que el acreedor tenga un especial interés sobre el particular —esto es, que el cumplimiento de esa obligación que ha sido incumplida haya sido el motivo determinante de la concertación del acuerdo—[9]. Con lo cual, en definitiva, el autor citado también requiere que el incumplimiento sea grave, aunque interpretando la gravedad en clave subjetiva.

Volvamos sobre el caso: ¿actuó correctamente el tribunal al considerar ilegítima a la resolución porque el incumplimiento del licenciatario no había sido grave? En términos generales, pareciera que nos encontramos frente a un pacto comisorio genérico. Si bien en el fallo no se lo transcribe, se lo parafrasea en estos términos: “En la cláusula séptima del acuerdo las partes pactaron que el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones allí asumidas daría derecho a la cumplidora a rescindir contrato [...]”[10]. Así las cosas, entiendo que el tribunal actuó correctamente al requerir que el incumplimiento fuese grave. Cuestión distinta es si, efectivamente, el incumplimiento revistió o no tal gravedad. A juicio del tribunal, no, por lo que la re-

[9] Véase Miquel, Juan L., Resolución de los contratos por incumplimiento, cit. nota 2, p. 208.

[10] Énfasis agregado.

solución fue ilegítima. Por mi parte, ante la falta de datos, no estoy en condiciones de emitir una opinión. Con esta salvedad, considero que la actuación del licenciatario fuera de la zona autorizada, en principio, es un incumplimiento grave, si se realiza deliberadamente —como parece ser que ocurrió en el caso comentado—. Al actuar de este modo, el licenciatario no solo se coloca en una situación de incumplimiento contractual, sino que, además, incurre en una infracción marcara, a la que le resultan aplicables no solo sanciones civiles, sino también penales[11]. Se configura, además, un delito de acción pública. Por lo demás, no se trata, simplemente, de analizar qué importancia tiene, en sí mismo el incumplimiento —criterio que parece haber seguido el tribunal—. También hay que tener en cuenta lo que este puede significar para el otro contratante[12]. Supongamos, por ejemplo, que en un contrato de duración, a poco tiempo del comienzo de su ejecución, uno de los contratantes incumple sus obligaciones. Tal vez las prestaciones adeudadas representen una porción relativamente menor, si se las contrasta con la totalidad de las prestaciones que el deudor debe cumplir en virtud del contrato. Se trata, sin duda, de un factor a tener en cuenta para estimar la gravedad del incumplimiento. Pero no es el único, porque este incumplimiento impacta sobre la confianza del otro contratante. ¿Por qué confiar en el deudor, si a poco de haber comenzado la marcha ya mostró que es un incumplidor? ¿Qué expectativa razonable puede despertar este temprano desencanto? Este aten-

[11] Previstas en el artículo 31 de la ley 22362.

[12] Véase Nanni, Luca, Costanza, Maria, Carnevali, Ugo, *Risoluzione per inadempimento*, Tomo I, 2, Art. 1455-1459, cit. nota 2, p. 7.

[13] Véase Nanni, Luca, Costanza, Maria, Carnevali, Ugo, *Risoluzione per inadempimento*, Tomo I, 2, Art. 1455-1459,

tado contra la confianza del contratante no incumplidor también debe ser tenido en cuenta al estimar la gravedad del incumplimiento[13]. Sería el caso, por ejemplo, si en un contrato de distribución el distribuidor viola la exclusividad pactada. Por más que la infracción no haya producido un daño significativo al distribuido —o incluso si no le ha producido daño alguno—, este podría tener derecho a resolver el contrato, por la pérdida total de la confianza que un comportamiento de esta índole puede provocar[14].

Por cierto, el tribunal no afirmó genéricamente la falta de gravedad de este tipo de incumplimiento, sino que, tomando en cuenta la insignificancia que revistió en el caso particular, consideró que, en este caso en particular, no alcanzaba a tener suficiente gravedad como para justificar la resolución. Reitero que, ante la falta de elementos, no estoy en condiciones de apreciar esta calificación. Con todo, destaco que un incumplimiento de este tipo tiene una doble trascendencia negativa. En primer, la obvia, que consiste en el perjuicio que sufre el licenciante por la actuación no autorizada del licenciatarario, ya sea en forma directa o de modo transitivo, por el perjuicio que se causa a otro licenciatarario. A este primer factor parece haberse referido el tribunal al negar gravedad al incumplimiento. Pero, además, la actuación fuera de la zona, cuando es deliberada, tiene un segundo impacto: erosiona o destruye la confianza que el licenciante pueda tener en el licenciatarario. No se trata de algo menor, por cierto, lo que me ha inclina a afirmar que este tipo de incumplimiento justifica, en principio, la resolución del contrato.

cit. nota 2, p. 7; Farina, Juan M., *Rescisión y resolución...*, cit. nota 2, p. 88.

[14] Véase Nanni, Luca, Costanza, Maria, Carnevali, Ugo, *Risoluzione per inadempimento*, Tomo I, 2, Art. 1455-1459, cit. nota 2, p. 7.

El tribunal también tuvo en consideración otra circunstancia para decidir como lo hizo: que el licenciante, a pesar de haber tomado conocimiento de la actuación no autorizada del licenciatarario, “nada alegó oportunamente”. Recordemos las fechas: las tres operaciones prohibidas se realizaron entre el 7 de agosto de 2000 y el 4 de enero de 2001, mientras que el primer (y único) planteo que hizo al respecto el licenciante tuvo lugar el 23 de febrero de 2001, al resolver el contrato. ¿Qué relevancia cabe asignarle a este comportamiento? Mucha, a mi entender, ya que evidencia la (poca) importancia que el propio licenciante le asignó a este incumplimiento, a punto tal que —si contamos desde la primera falta— recién se refirió a la cuestión medio año después.

[15] Véase Cámara de Apelaciones en lo Civil, sala K, “Naccarato, Silvia B. v. Bessone, Ernesto C.”, 17/2/2012, en *Abeledo Perrot*, AP/JUR/632/2012; Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, sala 1ª, “López Estévez, Carlos V. Gobierno Nacional”, 25/8/1981, en *Jurisprudencia Argentina*, 1982-III, p. 108; Padilla, René A., *Responsabilidad civil por mora*, Buenos Aires, Astrea, 1996, p. 522; Borda, Guillermo A., “La reforma del Código Civil. Pacto comisorio”, en *El Derecho*, 31, p. 990; De Abelleira, Rodolfo, “La purga de la mora y la resolución de los contratos por incumplimiento (Art. 216 del cód. de comercio y 1204 del cód. civil)”, en *El Derecho*, 72, p. 809; Borda, Guillermo A., *La reforma de 1968 al Código Civil*, Buenos Aires, Perrot, 1971, p. 275; Morello, Augusto M., *Ineficacia y frustración del contrato*, cit. nota 2, p. 252; Gagliardo, Mariano, Molina, Alejandro C., “Consideraciones sobre el pacto comisorio en materia civil”, en *El Derecho*, 75, p. 830; Ibáñez, Carlos M., *Resolución por incumplimiento*, cit. nota 2, p. 289; López de Zavala, Fernando J., *Teoría de los contratos – Tomo 1 – Parte general*, cit. nota 2, p. 656; Ramella, Anteo E., *La resolución...*, cit. nota 2, pp. 171 y 190; Lavallo Cobo, Jorge E., en

Por cierto, esto no implica que el derecho de resolver sea caducable. Aunque la cuestión es discutida en nuestra doctrina, adhiero a la tesis que niega que esta facultad pueda caducar[15]. El incumplidor solo podría invocar en su defensa el plazo de prescripción, si es que ha transcurrido: hasta entonces, el acreedor de la obligación incumplida tiene el derecho de resolver[16]. Sin embargo, esto no obsta a que se tome en cuenta la reacción del contratante no incumplidor a la hora de estimar la gravedad del incumplimiento — junto con otros factores, se entiende—. Esto es, precisamente, lo que hizo el tribunal.

2.3. El incumplimiento del licenciante

Belluscio, Augusto C. (director), Zannoni, Eduardo A. (coordinador), Código Civil y leyes complementarias – Comentario, anotado y concordado – Tomo 5, cit. nota 2, p. 988 (“se lo podrá ejercer [al derecho resolutorio] mientras no hayan prescripto las acciones emergentes del contrato”); Farina, Juan M., Rescisión y resolución..., cit. nota 2, p. 204 (con relación al pacto comisorio expreso, el autor afirma que “[e]l artículo 216 no establece dentro de qué término debe el acreedor formular la declaración [por la cual resuelve el contrato]. Creemos que mientras no se opere la prescripción de tal derecho, puede hacerlo válidamente; y rechazamos por ello la opinión que sostiene que el transcurso de un tiempo considerable hace presuponer una renuncia”); Gastaldi, José M., Pacto comisorio, cit. nota 2, p. 232.

[16] Véase Cámara de Apelaciones en lo Civil, sala K, “Naccarato...”, cit. nota 14; Padilla, René A., Responsabilidad civil por mora, cit. nota 14, p. 522; De Abelleyra, Rodolfo, “La purga de la mora y la resolución de los contratos...”, cit. nota 14, p. 880; Ramella, Anteo E., La resolución..., cit. nota 2, pp. 171 y 190.

El tribunal echó mano de un segundo argumento para declarar ilegítima a la resolución extrajudicial realizada por el licenciante: que este último, al venderle mercadería a un tercero en el territorio de Panamá durante la vigencia del contrato, invadió la zona exclusiva de su licenciatario; en consecuencia, “tenía

[17] Véase Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Tommasi Automotores S.A. v. CIADEA S.A. y otro”, 9/10/2012, en Abeledo Perrot, AP/JUR/3531/2012 (“falta de culpa en quien pretende resolver”); Cámara de Apelaciones en lo Comercial, sala A, “Mercante Hermanos S.A.C.I.A. v. YFP S.A.”, 15/3/2012, en Abeledo Perrot, AP/JUR/920/2012; Cámara Nacional Civil, sala B, “Giuliani, Emilio E. y otra c. D’Amore, Mercedes”, 23/2/1977, en La Ley, 1978-A, p. 645; Cámara Nacional Civil, sala B, “Viqueira, Jorge P. c. Kohen, Mauricio y otra”, 23/3/1977, en La Ley, 1977-D, p. 207; Cámara Nacional Civil, sala A, “Fernández, Alberto...”, cit. nota 2, p. 456; Cámara Nacional Comercial, sala A, “Heregal S.R.L....”, cit. nota 2, p. 243 (“no debe mediar culpa de quien pretende la resolución”); Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala E, “Automotores Valsecchi S.A.C.I. c/ Autolatina Argentina S.A. y otros s/ Ordinario”, 22/12/2009, en BDPJN (acceso: 1/11/2012); Cámara Civil, Comercial, Laboral y Minas de Santa Rosa, “Rodríguez, Eladio M. c. Mansilla, Felisa C.”, 24/7/1978, en La Ley, 1979-C; Cámara Nacional Comercial, sala A, “Emagny S.A. c. GOT S.R.L. y otro s/ ordinario”, 9/11/2010, causa n° 41.118/2007, en <http://jurisprudencia.pjn.gov.ar/jurisp/principal.htm> (acceso: 26/2/2013); Cámara Nacional Comercial, sala F, “Chavat, Pablo M. c. Álvarez, Andrés A.”, 7/4/1997, en La Ley, 1997-D, p. 334; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III, “De Benedetti, Egisto O. y otro c. Radiodifusora del Plata S.A. y otro”, 31/8/1995, en La Ley, 1996-A, p. 476; Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, del Trabajo y Minas de 1a Nominación de Ca-

vedada la posibilidad de resolver el contrato”.

El tribunal aplicó la regla correcta: la parte que pretende resolver no debe haber incurrido en un incumplimiento contractual injustificado[17]. Y esto es, según parece, lo que ocurrió en el caso comentado. Sin embargo, el tema es más complejo, porque, si tomamos en cuenta que también el licenciatario había incumplido sus obligaciones, lo que tenemos es, en realidad,

tamarca, “Empresa Almacor c. Empresa Aceite de la Frontera S.A.”, 26/03/2008, en La Ley Online, AR/JUR/3919/2008; Cámara Nacional Civil, sala D, “Domínguez Sánchez, Salvino c. Tierras Argentinas”, 27/2/1973, en El Derecho, 51; Cámara Nacional Civil, sala B, “Gobierno Nacional c. La Editorial, S.A., quiebra”, 11/6/1979, en El Derecho, 86; Cámara Nacional Civil, sala B, “Cristalerías del Norte...”, cit. nota 3, p. 381; Cámara Nacional Comercial, sala A, “Tommasi Automotores S.A. v. Ciadea S.A. y otro”, 14/12/2007, en Lexis, n° 35021106; Corte Suprema de Justicia de Tucumán, “Albornoz, Orlando E. y otra v. Acosta de Rosini, María H.”, 19/8/1977, en Jurisprudencia Argentina, 1978-I, p. 641; Zavala Rodríguez, Carlos J., Código de Comercio comentado – Tomo I, cit. nota 2, p. 249 (“el contratante debe ser inocente”); Nicolau, Noemí L., “La ejecución del contrato (Pacto comisorio, extinción de la obligación y modificación del contenido contractual)”, en La Ley, 1996-A, p. 475; Borda, Guillermo A., La reforma de 1968..., cit. nota 14, p. 276; Bendersky, Mario J., Incumplimiento del contrato..., cit. nota 2, p. 76; Ramella, Anteo E., La resolución..., cit. nota 2, p. 122; Cornet, Manuel, Efectos de la resolución de los contratos..., cit. nota 5, pp. 66-67; Gastaldi, José M., Pacto comisorio, cit. nota 2, p. 185; Meoro, Mario E., La resolución de los contratos por incumplimiento: presupuestos, efectos y resarcimiento del daño, Barcelona, Bosch, 2009, p. 14; Halperín, Isaac, Resolución de los contratos comerciales, cit. nota 2, p. 23; Morello, Augusto M., Ineficacia y frustración del contrato, cit. nota 2, p. 212.

un contrato con incumplimientos recíprocos. En el punto que sigue, veremos cómo afecta esta circunstancia al régimen de la facultad resolutoria.

2.4. La reciprocidad de los incumplimientos

Ante el hecho objetivo de que ambos contratantes no han cumplido sus obligaciones recíprocas y que uno de ellos pretende resolver, o lo pretenden ambos, se plantea la cuestión de quién tiene derecho a ejercer la facultad resolutoria. ¿Ambos contratantes? ¿Alguno de ellos? ¿O, acaso, ninguno? La respuesta depende de varios factores. Dada la naturaleza de este escrito, me limitaré a considerar los supuestos que tienen relevancia para el análisis del caso comentado.

Un primer factor a tener en cuenta es la entidad de los incumplimientos. Aplicándolo, se pueden plantear tres escenarios:

- a) que ambos incumplimientos sean insignificantes;
- b) que solo uno de ellos lo sea;
- c) que los dos tengan relevancia suficiente como para justificar, en abstracto, la resolución.

Descartemos este último escenario, dado que, según lo entendió el tribunal, al menos el incumplimiento del licenciataria no revestía gravedad suficiente como para justificar la resolución contractual. ¿En cuál de los otros dos nos encontramos? Imposible saberlo, porque el tribunal no se refirió a la cuestión. Sabemos, sí, que el licenciante invadió la zona exclusiva del licenciataria, y que lo hizo en forma deliberada. A mi entender, en principio, este incumplimiento es, de por sí grave, independientemente de la importancia económica de las operaciones realizadas en forma ilícita. Sin embargo, ya hemos visto que el tribunal no adoptó este criterio al calificar el incumplimiento del licenciataria —el cual, como puede advertirse, reviste cierto paralelismo con el del licenciante: en definitiva, uno y otro comer-

cializaron mercadería en zonas que, en virtud del contrato, tenían prohibido hacerlo—.

Así las cosas, la cuestión queda abierta, de modo que analizaremos los dos escenarios referidos. En primer lugar, puede que el incumplimiento del licenciante haya tenido escasa transcendencia. En este caso, ninguna de las partes tendría derecho a resolver el contrato. En segundo lugar, puede que el incumplimiento del licenciante haya sido grave. En este caso, si bien ambas partes han incumplido sus obligaciones, sus respectivos incumplimientos no guardan proporción alguna entre sí, porque uno de ellos —el incumplimiento “mayor”— tiene suficiente entidad como para justificar el ejercicio de la facultad resolutoria, mientras que el otro —el incumplimiento “menor”— no. En este supuesto, solo la parte que ha incurrido en el incumplimiento “menor” se encuentra facultada para resolver el contrato[18].

Con lo dicho nos basta para analizar la decisión del tribunal, en lo que a este punto respecta. Como hemos visto, en la sentencia no se analiza explícitamente la gravedad del incumplimiento del licenciante —aunque me queda la impresión de que, dada la transcendencia jurídica que el tribunal le asignó, lo consideró relevante—. De todos modos, esto no afecta el encuadre del caso, ya que, como hemos visto, en cualquiera de los dos escenarios que pueden presentarse, la solución

[18] Véase Nanni, Luca, Costanza, Maria, Carnevali, Ugo, *Risoluzione per inadempimento*, Tomo I, 2, Art. 1455-1459, cit. nota 2, p. 33; Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil – Contratos – Tomo I*, cit. nota 5, p. 227; Ramella, Anteo E., *La resolución...*, cit. nota 2, p. 203; Aparicio, Juan Manuel, *Contratos – Tomo 3...*, cit. nota 2, p. 511; Álvarez Vigaray, Rafael, *La resolución de los contratos...*, cit. nota 2, p. 185.

es la misma, dado que sí se calificó el incumplimiento del licenciatario, considerándolo irrelevante para justificar la resolución: el licenciante no estaba habilitado para resolver el contrato.

2.5. El procedimiento resolutorio

2.5.1. Introducción

El tribunal consideró que había una tercera razón para declarar ilegítima la resolución extrajudicial realizada por el licenciante: al realizarla, no cumplió el procedimiento resolutorio pactado; en concreto, no otorgó un plazo de gracia.

Partiendo de la descripción de la cláusula que hace el tribunal, sabemos que las partes pactaron que quien pretendiese resolver el contrato debía notificar de forma fehaciente a la incumplidora, otorgándole un plazo de treinta días para “subsana” el incumplimiento. (Alteraron, así, el régimen supletorio aplicable al pacto comisorio expreso —previsto en el tercer párrafo del artículo 216 del Código de Comercio—, que habilita al acreedor para resolver directamente el contrato, incluso si lo hace en forma extrajudicial, a diferencia de lo previsto para la facultad resolutoria legal o implícita en el párrafo anterior, en el que se le impone la carga de cursar un requerimiento previo de pago, con un plazo de gracia de quince días, cuando la resolución se realiza en forma extrajudicial—). Sabemos, también, que el licenciante no le otorgó este plazo de gracia al licenciatario, sino que resolvió directamente el contrato.

Con esta plataforma fáctica, el tribunal afirmó que “la naturaleza de la obligación inobservada no justifica que la codemandada obviara la previa interpelación pactada en tanto ello le impidió a la accionante cuestionar la procedencia del actuar de su contraria. Súmese a ello que, la finalidad del plazo de gracia previsto en la comu-

nicación previa tiene por finalidad evitar el ejercicio abusivo en la resolución contractual”. Concluyó, entonces, en que la resolución del contrato debía considerarse intempestiva.

¿Es correcto este encuadre? Sin duda, la regla aplicada es correcta, al menos en términos generales y abstractos: si las partes han pactado un procedimiento para resolver, su inobservancia ilegítima el ejercicio de la facultad resolutoria. Se trata de una aplicación elemental del principio de la autonomía de la voluntad, que, en este caso —y como lo destaca el tribunal—, va de la mano de la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos.

Ahora bien, ¿se aplicó correctamente esta regla, en el caso concreto que estamos considerando? Voy a destacar una frase del tribunal: “la naturaleza de la obligación inobservada no justifica que la codemandada obviara la previa interpelación pactada en tanto ello le impidió a la accionante cuestionar la procedencia del actuar de su contraria”. Como puede advertirse, contiene dos ideas:

a) que la naturaleza de la obligación incumplida no justifica la supresión de la interpelación previa;

b) que esto le impidió al licenciatarario cuestionar “la procedencia del actuar de su contraria”.

Comencemos por la segunda cuestión. Al decir del tribunal, la finalidad del requisito de la interpelación previa sería la de permitirle al contratante que no resuelve que cuestione la procedencia del actuar de quien ejerce la facultad resolutoria. No estoy de acuerdo. El plazo de gracia tiene otra función: permitirle al incumplidor que cumpla su obligación, evitando una consecuencia tan grave como puede serlo la resolución del contrato, dadas sus implicancias (ineficacia retroactiva, restitución, responsabilidad civil, etcétera). No tiene, en cambio, la función que el tribunal le atribuye. Incluso sin este plazo de gracia, el contratante afectado —supuesto incumplidor— se encuentra habilitado para cuestionar la resolución, ya sea en forma judicial o extrajudicial. De hecho, es lo que

el licenciario hizo en el caso comentado, y exitosamente. Su fundamento, insisto, es otro: darle una última oportunidad al deudor para que cumpla sus obligaciones, lo que nos lleva a analizar la primera de las referencias que hizo el tribunal sobre esta cuestión: que la naturaleza de la obligación incumplida no justificaba la resolución directa del contrato. ¿Es así, realmente? Analizaré la cuestión en el punto que sigue.

2.5.2. ¿Es posible resolver por el incumplimiento de una obligación de no hacer?

Al actuar fuera de la zona asignada, el licenciario incumplió una obligación de no hacer. Veamos, entonces, cómo funciona el régimen de la facultad resolutoria respecto de este tipo de obligaciones. El análisis girará en torno a estas dos preguntas:

— ¿se pueden resolver por incumplimiento las obligaciones de este tipo?;

— de ser esto posible, ¿tiene el acreedor la carga de cursar el requerimiento resolutorio, con su consiguiente plazo de gracia?

Comencemos por la primera cuestión. Suele afirmarse que, en las obligaciones de no hacer, todo incumplimiento es definitivo y absoluto: no se puede deshacer lo que, a pesar de estar prohibido, ya se hizo. Por lo tanto, respecto de estas obligaciones no sería aplicable la facultad resolutoria, dado que

a) o no hubo incumplimiento, en cuyo caso, lógicamente, no se puede resolver, o

b) hubo incumplimiento, en cuyo caso tampoco se podrá resolver, porque, al ser este definitivo y absoluto, el contrato ya se habrá extinguido, por imposibilidad de pago.

Sin embargo, el tema no es tan simple, al menos por dos razones:

— En primer lugar, porque no toda imposibilidad

de pago tiene efectos extintivos. Si la imposibilidad es imputable al deudor, la obligación se convierte en la de pagar su equivalente económico. En este caso, la resolución es posible, como también lo es pedir el cumplimiento de la prestación equivalente. Las obligaciones de no hacer no escapan a esta regla general.

— En segundo lugar, la tesis inicial no es correcta porque parte de un presupuesto falso: que todo incumplimiento de una obligación de no hacer es definitivo y absoluto. Como veremos, no es así.

En las obligaciones de no hacer, el deudor cumple cuando se abstiene de realizar un hecho o tolera la situación que corresponda, conforme a lo que surge de la obligación, en debido tiempo y forma. En su defecto, incumple. Ahora bien, ¿es posible la mora en este tipo de obligaciones, o acaso todo incumplimiento es definitivo y absoluto? Como puede advertirse, de la respuesta a este interrogante depende, en parte, que sea aplicable a las obligaciones de no hacer el régimen de la facultad resolutoria.

De acuerdo con la doctrina mayoritaria, no es posible la mora: el incumplimiento de una obligación de no hacer es siempre definitivo y absoluto. La razón: ante el incumplimiento, ya no es posible el cumplimiento tardío (que es una de las notas esenciales de la mora). En otros términos: el incumplimiento de una obligación de no hacer es irreversible. Por lo tanto, el acreedor solo tiene derecho al resarcimiento del daño compensatorio, que es el propio de este tipo de incum-

[19] En este sentido: Llambías, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil – Obligaciones – Tomo I*, cuarta edición (actualizada por Patricio Raffo Benegas), Buenos Aires, Perrot, 1983, p. 160; Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil – Obligaciones – Volumen I*, séptima edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, p. 84.

plimientos.

Partiendo de esta base, hay autores que afirman que en las obligaciones de no hacer no es necesario constituir en mora al deudor a través de una interpelación[19]. Ahora bien: si se admite la tesis que estamos considerando —que todo incumplimiento de una obligación de no hacer es definitivo y absoluto—, esta afirmación es verdadera [en cuanto a que no es necesaria la interpelación] pero a la vez falsa [ya que presupone que es posible la mora]).

De acuerdo con una segunda postura —a la que adhiero— la mora es posible respecto de algunas obligaciones de no hacer; en otras, en cambio, el incumplimiento es definitivo[20]. La clave pasa por distinguir los distintos supuestos que pueden presentarse:

a) En primer lugar, tenemos las obligaciones de no hacer instantáneas. Por ejemplo, la obligación de no revelar secretos comerciales o de no hacerlo a determinada persona, la de no asistir a determinado evento o la de un artista de no realizar determinada presentación pública. En este tipo de obligaciones, la realización del hecho prohibido implica —efectivamente— el incumplimiento definitivo y absoluto de la obligación[21].

b) En segundo lugar, están las obligaciones de no hacer continuadas y periódicas. Por ejemplo, la obli-

[20] Véase Wayar, Ernesto C., Tratado de la mora, cit. nota 2, pp. 623-626; Pizarro, Ramón D., Vallespinos, Carlos G., Instituciones de Derecho Privado – Obligaciones – Tomo 1, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, pp. 470-471.

[21] Véase Wayar, Ernesto C., Tratado de la mora, cit. nota 2, p. 624; Pizarro, Ramón D., Vallespinos, Carlos G., Instituciones de Derecho Privado – Obligaciones – Tomo 1, cit. nota 20, p. 470.

[22] Véase Pizarro, Ramón D., Vallespinos, Carlos G., Instituciones de Derecho Privado – Obligaciones – Tomo 1, cit. nota 20, p. 470-471.

gación de no competir. Respecto de estas obligaciones, la realización del hecho prohibido no necesariamente implica el incumplimiento definitivo y absoluto de la obligación: en ciertos casos, es posible la mora[22]. De nuevo, hay que distinguir dos supuestos:

b.1) Si ya no es posible deshacer lo hecho, el incumplimiento es definitivo.

b.2) Sí, pesar de la transgresión, todavía es posible deshacer lo hecho, el incumplimiento no es necesariamente definitivo. Es lo que ocurre, por ejemplo si se incumple la obligación de no edificar en determinado lugar durante cierto tiempo. En este caso, es posible deshacer lo hecho, demoliendo la edificación prohibida. También podría ser el caso de la citada obligación de no competir durante cierto tiempo, si fuese incumplida[23]. En esta segunda categoría, si al acreedor aún le interesase obtener el cumplimiento específico de la obligación, habría un incumplimiento no definitivo; en otros términos, habría mora del deudor. Si, por el contrario, al acreedor ya no le interesase el cumplimiento específico de la prestación, podría tener por configurado el incumplimiento definitivo y reclamar, en consecuencia, el resarcimiento del daño compensatorio.

Como puede advertirse, un panorama complejo — aunque no tanto, si se distinguen ordenadamente los distintos supuestos que pueden presentarse—. Paso en limpio lo que nos interesa para el análisis del fallo:

— No todo incumplimiento de una obligación de no hacer es definitivo y absoluto. Por lo tanto, no cabe descartar de antemano la posibilidad de que el acreedor ejerza la facultad resolutoria en virtud del incumplimiento de una obligación de este tipo.

— Sí hay incumplimiento definitivo en el caso de las siguientes obligaciones de no hacer: a) las instan-

[23] Cit., pp. 473-474.

táneas; b) las continuadas y periódicas en las que no es posible deshacer lo hecho, y c) las continuadas y periódicas en las cuales, aunque es posible deshacer lo hecho, el acreedor ya no está interesado en obtener su cumplimiento específico. En estos casos, se aplica el régimen de la imposibilidad de pago, que varía sensiblemente en función de si la imposibilidad fue imputable o no al deudor. Si no lo fue, la obligación ha quedado extinguida por la imposibilidad, y cualquiera de las partes puede invocar su resolución. No es posible, por lo tanto, resolver por incumplimiento. Si, en cambio, la imposibilidad fue imputable al deudor, la obligación no se extingue, sino que se convierte en la de pagar su equivalente económico más los daños y perjuicios. Por lo tanto, el acreedor conserva el derecho de exigir el cumplimiento (por equivalente) o ejercer la facultad resolutoria.

— No hay incumplimiento definitivo en el caso de las obligaciones de no hacer continuadas y periódicas en las que es posible deshacer lo hecho y cuyo acreedor está interesado en lograr su cumplimiento específico. En este caso, el acreedor puede optar entre exigir el cumplimiento específico de la obligación o resolver por incumplimiento.

Hasta aquí, las reglas generales. ¿Qué hay del caso comentado? ¿Era posible su resolución por incumplimiento? Para responder este interrogante, analicemos detenidamente la situación:

a) La incumplida era una obligación continuada —no comercializar fuera del territorio asignado—. Luego, no cabe descartar, a priori, la posibilidad de su resolución por incumplimiento —al contrario de lo que habría sucedido si hubiese sido una obligación instantánea—.

b) En cierto sentido —si se mira hacia el pasado—, no era posible deshacer lo hecho en infracción. Esto marca un contraste con las obligaciones de no hacer

cuyo incumplimiento es reversible, en las que, sin duda, es aplicable el régimen de la facultad resolutoria. En nuestro caso, en cambio, la cuestión depende de un factor adicional: el interés del acreedor, lo que nos lleva al punto siguiente:

c) Por lo visto, al acreedor —el licenciante— ya no le interesaba el cumplimiento de la obligación[24]. Por lo tanto, resultaba aplicable el régimen de la imposibilidad de pago.

d) Dado que el incumplimiento fue imputable al licenciario, la obligación no se extinguió, sino que se convirtió en la de pagar su equivalente económico, más los daños y perjuicios. (Queda claro que solo me refiero a la transgresión ya ocurrida; en cuanto al futuro, la obligación de no hacer debería haber sido cumplida en forma específica). Por lo tanto, el licenciante conservaba el derecho de exigir el cumplimiento (por equivalente, en cuanto a lo ya incumplido, y en especie, en cuanto al cumplimiento futuro de la obligación de no hacer) o ejercer la facultad resolutoria.

En conclusión, nos encontramos en un caso en el cual —aunque con sus vericuetos— sí resultaba aplicable el régimen de la facultad resolutoria. En consecuencia, el encuadre del tribunal —que no se detuvo a teorizar sobre la cuestión, ni tenía por qué hacerlo— fue correcto.

Por lo tanto, tiene sentido que abordemos la segunda de las cuestiones planteadas: ¿pesaba sobre el licenciante la carga de cursar el requerimiento resolutorio, con su consiguiente plazo de gracia? Abordaremos el tema en el punto que sigue.

2.5.3. *¿Hay que otorgar un plazo de gracia cuando se*

[24] Esta afirmación es por demás discutible. Como hemos visto, durante varios meses el acreedor guardó silencio respecto de la cuestión. De todos modos, para avanzar con el análisis,

resuelve por el incumplimiento de una obligación de no hacer?

Sabemos cuál fue la respuesta del tribunal a este interrogante: que sí, que la carga existe. Esta consideración, unida al hecho de que el licenciante no la cumplió, fue una razón adicional para que se declarase que la resolución había sido ilegítima.

¿Es correcto este encuadre? Recordemos que el pacto comisorio establecía que quien pretendiese resolver el contrato debía notificar en forma fehaciente al otro contratante, otorgándole un plazo de treinta días para subsanar el incumplimiento. Incluso sin esta cláusula, el régimen habría sido el mismo, dado lo establecido en el segundo párrafo del artículo 216 respecto de la facultad resolutoria implícita ejercida en forma extrajudicial. Tan solo habría habido una diferencia en cuanto a la extensión del plazo, dado que el supletorio es de quince días.

Pareciera, entonces, que la solución es sencilla: el licenciante debería haber otorgado el plazo de gracia. Sin embargo, la regla admite excepciones. Por ejemplo, cuando la obligación incumplida está sujeta a un plazo esencial, supuesto en el cual, evidentemente, no tendría sentido imponer al acreedor la carga de requerir el cumplimiento de una obligación que ya no le sirve.

Al caso que estamos analizando, ¿se le aplica la regla general o encuadra como una excepción? De las varias excepciones que la regla admite, la que habría que analizar sería la de la imposibilidad de pago de la obligación incumplida. Veamos, entonces, cuáles son las reglas generales, para luego analizar su aplicación

[25] Véase Cámara de Apelaciones en lo Comercial, sala C, “Baires Inter Trade S.A. v. New Patagonia S.A.”, 16/10/2012, en Abeledo Perrot, AP/JUR/4031/2012; Cámara de Apelaciones en lo Comercial, sala B, “Cuervo Alonso Hernán E. v. Plan

a nuestro caso.

Suele afirmarse que no hay necesidad de otorgar el plazo de gracia o formular el requerimiento resolutorio si la prestación adeudada es de cumplimiento imposible[25]. Sin embargo, esta postura solo puede aceptarse en el caso de la imposibilidad de pago imputable al deudor. La razón: como es sabido, solo pueden resolverse los contratos que conservan su vigencia o eficacia. ¿Qué hay del caso de la imposibilidad de pago? Para no extenderme en el análisis, solo analizaré el supuesto que nos concierne: cuando la imposibilidad es imputable al deudor. Como hemos visto, en este supuesto, la obligación no se extingue, sino que se transforma en la de pagar su equivalente económico. En consecuencia, el acreedor puede optar entre exigir el cumplimiento de la obligación —esto es, la obligación convertida en el equivalente económico de la prestación original[26]— o resolver el contrato. En cualquiera de los dos casos, naturalmente, tendría derecho a ser resarcido, si concurriesen los requisitos legales. Descartemos la primera opción —exigir el cumplimiento por equivalente—, dado que no tiene relevancia para nuestro caso, y abordemos lo que ocurre cuando el acreedor pretende resolver el contrato. ¿Debe cursar el requerimiento resolutorio? Un sector

Ovalo S.A. de Ahorro para Fines Determinados”, 27/9/2012, en Abeledo Perrot, AP/JUR/3595/2012, p. 662; Spota, Alberto G., Instituciones de Derecho Civil – Contratos – Volumen III, 2ª reimpression, Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 468; Gastaldi, José M., Pacto comisorio, cit. nota 2, p. 204.

[26] Reitero la aclaración consignada en el punto anterior: me refiero a la prestación de no hacer ya incumplida; en cuanto al futuro, la prestación de no hacer debe ser cumplida en forma específica.

[27] Véase Bueres, Alberto J., Derecho de daños, Buenos Aires, Hammurabi, 2001, p. 100.

de la doctrina entiende que no es necesario en este caso, es decir, que el contratante no incumplidor está facultado para resolver en forma directa, incluso por la vía extrajudicial[27]. Otro sector, en cambio, considera que también en este supuesto se debe cursar el requerimiento resolutorio, con su consiguiente plazo de gracia legal[28].

Como puede advertirse, de la postura que se adopte respecto de esta cuestión depende la calificación que se haga de la legitimidad de la resolución realizada por el licenciante. Personalmente, considero que, en este tipo de casos, el acreedor tiene derecho a resolver en forma directa. No olvidemos que la imposibilidad ha sido imputable al deudor, ya sea a título de culpa o dolo —en nuestro caso, el incumplimiento fue deliberado—. Es cierto que, en virtud de la conversión legal en el pago del equivalente económico, ya no se puede hablar de imposibilidad de pago: las prestaciones dinerarias siempre pueden cumplirse. Sin embargo, entiendo que no cabe imponerle al acreedor ese pago por equivalente. Por esta razón, considero que el acreedor tiene derecho a resolver el contrato en forma directa, aunque sea en forma extrajudicial.

En consecuencia, discrepo con el criterio que se aplicó, en este punto, en el fallo comentado. No veo razón para considerar que la resolución fue ilegítima por el incumplimiento de la carga de otorgar el plazo de gracia, por la sencilla razón de que no se puede incumplir una carga que —a mi entender— no existe. Esto no obsta, naturalmente, a que la resolución se haya podido calificar como ilegítima por otras razones, que ya hemos considerado.

3. LA RESOLUCIÓN ILEGÍTIMA, LA EXTINCIÓN DEL

[28] Véase Mayo, Jorge A., Tobías, José W., “La resolución por autoridad del acreedor”, en *La Ley*, 1978-D, p. 1065.

CONTRATO Y EL DEVENGAMIENTO DE LA PENA MORATORIA

Para abordar este tema, necesito hacer una breve referencia al encuadre que el tribunal hizo la cláusula penal. El contrato resuelto contenía una cláusula de este tipo, que el fallo solo transcribe parcialmente. Con todo, sabemos que las partes acordaron que, en caso de incumplimiento, se devengaría una pena diaria en dólares. En su demanda, el licenciatario reclamó el pago de la pena, cuyo monto estimó en más de tres millones de dólares. El juez de grado rechazó este rubro, pero en segunda instancia fue acogido, aunque por un monto sensiblemente menor al solicitado: cuatro mil dólares. Aquí es donde me quiero detener, porque la decisión se relaciona con el tema objeto de este punto. Como veremos, la relación puede parecer sutil, pero es inequívoca.

Para fallar como lo hizo, la Cámara se basó en las siguientes consideraciones:

a) que se había pactado una cláusula penal moratoria

b) que el licenciante había incurrido en mora;

c) que el estado de mora comenzó el 20 de febrero de 2001, cuando el licenciatario incumplió su obligación de no hacer, al venderle mercaderías a Jonathan Martin en el territorio de Panamá;

d) que el estado de mora cesó el 23 de febrero —es decir, tres días después—, cuando el licenciante resolvió el contrato.

¿Fue correcta la decisión? Con respecto a lo consignado en el punto a, nada que objetar. Aunque en el fallo no se transcribe la cláusula completa, según lo que consigna el contrato contenía, efectivamente, una cláusula penal moratoria. En cuanto a lo establecido en el punto b, se plantea la cuestión de si es posible la mora respecto de una obligación de no hacer. Ya he

abordado el tema, al analizar las condiciones de posibilidad de la mora de otra obligación de no hacer, la del licenciatario. Remito, por lo tanto, al punto correspondiente. Para avanzar con el análisis —y siguiendo al tribunal—, partiré de la base de que, efectivamente, el licenciante incurrió en mora, y que este estado comenzó el 20 de febrero de 2001, de acuerdo a lo consignado en el punto c. Llegamos, así, a la cuestión que pretendo analizar en este punto: la cesación del estado de mora —la cual, de acuerdo con el tribunal, se produjo tres días después, el 23 de febrero (punto d)—.

En el fallo se alude en tres oportunidades a esta cuestión:

— En primer lugar, se afirma que “[...] la pena se aplica a la demora en el cumplimiento de la obligación, desde el momento en que el acto al cual estaba obligado a abstenerse se ejecutó; esto es, desde el 20.02.2001, en que Kowzef [el licenciante] vendió mercaderías a Jonathan Martin, al 23.02.2001, en que resolvió el vínculo contractual”.

— A continuación, se agrega que “[a]l actuar la disolución del contrato sobre su causa, desaparece la cláusula penal que en ella se sustenta [...] por lo que considero admisible la pactada por las partes en U\$S 4.000, considerando los días transcurridos desde el incumplimiento de la obligación (20.2.01) hasta la resolución contractual (23.2.01)”.

— En tercer lugar, al analizar el daño resarcible en concepto de lucro cesante, se afirma en términos lapidarios que “[...] es indudable que la finalización del vínculo contractual se produjo por la resolución intempestiva ejercida por Kowzef [esto es, el licenciatario]”.

La idea del tribunal es clara: hay una fecha en la cual cesó la mora —el 23 de febrero de 2001— y una causa de esta cesación —la resolución por incumplimiento realizada por el licenciante—.

¿Es correcto este enfoque? Entiendo que no. La razón: mal podría una resolución ilegítima realizada por el mismo deudor de una obligación extinguir el contrato y el estado de mora en el cual este se encuentra. Veamos el tema más detenidamente.

Para comenzar, analicemos lo que ocurre cuando la resolución por incumplimiento es conforme a derecho. Como es sabido, la mora del deudor es un requisito para el ejercicio de la facultad resolutoria. Sin embargo, una vez que el acreedor resuelve el contrato, se extingue la situación de mora del deudor: su incumplimiento se ha tornado definitivo. Como puede advertirse, la resolución por incumplimiento y el estado de mora son incompatibles: si el contrato se ha resuelto, ya no hay mora —dado que esta supone la posibilidad de cumplir—; si hay mora, por definición, el contrato aún no ha sido resuelto[29]. Tal vez esta regla haya confundido al tribunal, que apeló a ella fuera de su ámbito legítimo de aplicación: la resolución por incumplimiento realizada conforme a derecho.

Esto queda en evidencia al mostrar cuál es el efecto que produce la resolución por incumplimiento cuando es ilegítima —siempre en relación con la extinción del contrato y el estado de mora, que es lo que aquí se está analizando—. Quien resuelve un contrato, aunque sea de modo ilegítimo, manifiesta su voluntad de extinguirlo. Voluntad que, en ciertos casos, lo extinguirá —aunque no por resolución, razón por la cual los efectos pueden llegar a ser muy distintos a los pretendidos por

[29] Véase Moisset de Espanés, Luis, “Reflexiones sobre la mora automática, resolución por incumplimiento y purga de la mora”, en *El Derecho*, 86, p. 502; Wayar, Ernesto C., *Tratado de la mora*, cit. nota 2, p. 284.

[30] Véase Cámara Nacional Civil, sala K, “Tripolio, Liliana B. c. Terzano de Vicario, María C.”, en *La Ley*, 2005-C, p. 310; Cámara Nacional Comercial, sala A, “Apholos S.A.I.C.F.E.I.

el contratante que resolvió—, mientras que en otros ni siquiera logrará este efecto.

La jurisprudencia se ha pronunciado en reiteradas oportunidades a favor de la vigencia de contratos que han sido resueltos ilegítimamente[30]. En este tipo de casos, el contratante supuestamente “incumplidor” — es decir, quien no resolvió— tiene derecho a recurrir a los diversos medios de tutela de su situación contractual, partiendo de la base de que el contrato no se ha extinguido. En consecuencia, puede optar por exigir su cumplimiento. Naturalmente, también puede resolverlo, si es que concurren los requisitos legales.

Veamos un caso en el cual la resolución, por su ilegitimidad, no provocó la extinción del contrato[31]. Las partes habían celebrado una compraventa inmobiliaria. Llegada la hora de escriturar, el vendedor pretendió resolver extrajudicialmente el contrato, pero no cumplió con el procedimiento resolutorio —en concreto, no otorgó el plazo de gracia previsto en el artículo 1204, segundo párrafo, del Código Civil—. Tiempo después, los compradores lo demandaron, exigiendo la escrituración del inmueble. Entre otras defensas, el vendedor invocó la resolución extrajudicial ya operada. Sin embargo, el tribunal consideró que la reso-

C/ Codorniu Argentina SA s/ ordinario”, 30/06/10, causa n° 60570/07, en

<http://jurisprudencia.pjn.gov.ar/jurisp/principal.htm> (acceso: 26/2/2013) (“la demandada no respetó los requisitos necesarios para que opere la resolución extracontractual por pacto comisorio tácito y, por ende, el contrato quedó vivo”); Cámara Nacional Civil, sala A, “Valentincinc, Susana y otro v. Roselló, Vicente N.”, 19/10/1977, causa n° 27.646, en *Jurisprudencia Argentina*, 1978-III, p. 421.

[31] Véase Cámara Civil y Comercial de Córdoba, sala 3ª, “Sustas, Gutnan y otra v. Stein, Jorge”, 9/9/1977, causa n° 27.394, en *Jurisprudencia Argentina*, 1978-II, pp. 399-404.

lución había sido ilegítima, por la razón referida. En consecuencia, hizo lugar a la demanda de cumplimiento entablada por los compradores —decisión que, obviamente, presupone que el contrato no se había extinguido—.

En suma: la resolución ilegítima no siempre extingue el contrato. En consecuencia, el contratante que no resolvió tiene derecho a optar entre exigir el cumplimiento del contrato o resolverlo. Con todo, en la práctica, suele suceder que, para cuando se judicializa el conflicto, es evidente que el contrato ya no será cumplido —por ejemplo, porque para entonces ya no es posible cumplirlo o porque ninguna de las partes está interesada en su cumplimiento—. En este tipo de casos, y partiendo de la base de que el contrato ya se ha extinguido, la discusión se reduce a analizar cuáles serán las otras consecuencias derivadas de la ilegitimidad de la resolución (por ejemplo, el capítulo relativo al resarcimiento de los daños y perjuicios).

Sin perjuicio de lo anterior, hay casos excepcionales en los que la resolución, no obstante su ilicitud, sí tiene, per se, poder extintivo. No me detendré a analizarlos, porque ninguno de ellos se relaciona con nuestro caso, al cual le resulta aplicable, claramente la regla general: la resolución ilegítima no provocó la extinción del contrato de licencia, precisamente por su ilegitimidad. En consecuencia, el estado de mora del licenciante no se extinguió en la fecha consignada en la sentencia. No necesito destacar el enorme impacto que esta consideración tiene respecto de reclamo resarcitorio formulado por el licenciataria: la pena diaria se habría seguido devengando, incluso después de la fallida resolución realizada por el licenciante. ¿Hasta cuándo? A falta de otro hecho que pusiese fin al estado de mora, hasta la fecha en la cual vencía el plazo extintivo del contrato de licencia: el 10 de marzo de 2002.

Cierro este punto con una aclaración, que en parte

ya he referido. No pretendo afirmar que la mora perduró hasta el 10 de marzo de 2002, ni que la pena compensatoria debió devengarse, por ende, hasta esta fecha. Esto no solo depende de si la resolución ilegítima produjo la extinción del contrato, sino de la concurrencia de muchos otros factores. En este punto, solo he analizado la aptitud extintiva del contrato que ha tenido la resolución ilegítima, y mi respuesta es terminante: en principio, este tipo de resolución no extingue el contrato. Hay excepciones (pocas), y ninguna de ellas es aplicable al caso. Pero, insisto, no he analizado los demás factores de los que dependía que la pena moratoria se devengase o siguiese devengándose —v. gr., si realmente se configuró un estado de mora, si se extinguió por otra causa, cómo reaccionó el licenciatario ante la resolución ilegítima, etcétera—. Simplemente, me he apoyado en la calificación realizada por el tribunal, en cuanto a que hubo mora[32] y en cuanto a que este estado generó el devengamiento de una pena diaria, y sometí a crítica el único factor que me interesaba analizar, a los efectos de este punto: si la resolución ilegítima extinguió el contrato —y, por ende, el estado de mora—.

4. REFLEXIÓN FINAL: EL AGUJERO NEGRO

Nos encontramos frente a un caso de resolución por incumplimiento por demás complejo, en el cual se entrecruzan varios de los temas más espinosos de este modo de extinción de los contratos: los incumplimien-

[32] Sin ir más lejos, y según lo refiere la Cámara, el juez de primera instancia consideró que no correspondía aplicar la pena moratoria, dado que, a su entender, se había configurado un incumplimiento definitivo y absoluto de la obligación de licenciante.

tos recíprocos, la posibilidad de la mora en las obligaciones de no hacer —y, por ende, la posibilidad de resolver un contrato en virtud del incumplimiento de una obligación de este tipo—, la necesidad de otorgar un plazo de gracia cuando el incumplimiento se refiere a este tipo de obligaciones, los efectos de la resolución ilegítima y la interacción con el régimen de la cláusula penal, entre otros.

Como ocurre, por lo general, en todo comentario a fallo, su análisis supera al comentarista en lo que tiene que ver con la apreciación de los hechos. Apreciación que, en este caso, fue decisiva, porque determinó la calificación de los incumplimientos de las partes y, por ende, la de la resolución efectuada por el licenciante. Personalmente, y a partir de la descripción que hace el tribunal de los incumplimientos reiterados del licenciatario, me cuesta creer —como lo hace el tribunal— que no fueron graves. De todos modos, seguramente, la Cámara habrá tenido buenas razones para negarles mayor entidad y, por ende, descalificar a la resolución realizada por el licenciante como ilegítima. Por lo demás, esta calificación se funda en otras dos razones, independientes de la mencionada: que el licenciante también había incumplido sus obligaciones —lo que lo inhabilitaba para resolver el contrato— y que no había observado el procedimiento resolutorio pactado, al no observar el plazo de gracia.

Asumiendo que el encuadre de la resolución —a la que se consideró ilegítima— fue el correcto, el tratamiento que se hizo de la pena moratoria no termina de convencerme. Como hemos visto, la admisión de su pago fue casi simbólica, dado que la Cámara consideró que solo había llegado a devengarse por tres días. En este sentido, el resultado práctico del fallo de alzada no fue muy distinto al proyectado en la sentencia de primera instancia, en la cual se rechazó el reclamo de pago de la pena, sobre la base de que el licenciante

había incurrido en un incumplimiento definitivo. Es cierto que, en lo conceptual, se trata de pronunciamientos que chocan —uno admite el pago de la pena; el otro, no—; sin embargo, insisto, su resultado práctico es casi idéntico, en este punto, dada la insignificancia relativa de la pena a cuyo pago se condenó al licenciante.

Me queda una sensación ambigua con respecto al abordaje que se hizo de la pena moratoria. Por un lado, me habría parecido una enormidad que se condenase al licenciante a pagar mil dólares diarios durante más de un año, en razón de una sola venta realizada en infracción a la zona exclusiva del licenciante. Para evitar este resultado, la Cámara echó mano al recurso de que la resolución (¡ilegítima!) había extinguido el contrato —y, por ende, la mora del licenciante—. Esto le permitió cortarla de cuajo, cuando apenas habían transcurrido tres días de devengamiento. Ya he referido mi discrepancia con este enfoque: en principio, la resolución ilegítima no tiene aptitud extintiva del contrato. Por mi parte, tal vez habría podido llegar casi al mismo resultado práctico que la Cámara, solo que por el camino seguido por el juez de primera instancia: considerar, lisa y llanamente, que no hubo mora del licenciante, sino un incumplimiento definitivo de su obligación.

Sin embargo, tengo la impresión de que, si realmente la resolución efectuada por el licenciante fue ilegítima, en esta fallo hay una suerte de “agujero negro”. Me refiero, en concreto, a todos los incumplimientos en los que incurrió el licenciante tras haber resuelto ilegítimamente el contrato. Insisto en que la resolución ilegítima no tiene efecto extintivo. Luego, las obligaciones de las partes siguen siendo exigibles, a pesar de la resolución. Sin embargo, y por razones obvias, el licenciante dejó de cumplir todas sus obligaciones, una vez que resolvió el contrato. Es decir, in-

currió en mora, estado en el que perduró hasta la extinción del contrato —a falta de otro hecho extintivo, esto ocurrió cuando venció su plazo originario, un año largo más tarde de la fecha de la fallida resolución—. En suma, me llama la atención que se haya puesto el foco en si debía pagarse la pena moratoria en virtud de un incumplimiento puntual —la invasión de la zona exclusiva, que tuvo lugar en una sola oportunidad— y se haya ignorado por completo el incumplimiento total que se configuró tras la resolución ilegítima, el cual —al menos a priori— habría justificado sin duda alguna la aplicación de la pena moratoria pactada.

¿Cuál es la razón de este silencio? La desconozco. Tal vez, porque —como parece vislumbrarse a partir del fallo, que guarda absoluto silencio sobre esta cuestión— el licenciatario no reclamó el pago de la pena en virtud de los incumplimientos posteriores a la resolución ilegítima del contrato.

De todos modos, si —por esta vía que echo de menos— se hubiese aplicado en plenitud la pena moratoria pactada, es probable que el tribunal se habría visto forzado a moderarla, por excesiva. Es cierto que esto no puede ponderarse en abstracto, pero es la impresión que me queda al comparar el monto de la pena con el margen mensual de ganancias que el negocio le reportaba al licenciatario.

