

LA LESIÓN Y EL CONTRATO (*)

por

Luis Moisset de Espanés

(Los borradores sin corregir fueron publicados en el número 12 de Derecho y Cambio Social, Lima)

I.- Introducción

a) La protección del débil

1) Hammurabi

2) Roma. Aspectos objetivos (C. 4.44.2 - Diocleciano y Maximiano)

Aspectos subjetivos - dolus "re ipsa"

II.- Evolución. Siglos XVIII y XIX

Fórmulas objetivas (C.c. francés 7/12)

Rechazo: Portugal (1867), Panamá, Honduras, Guatemala, Costa Rica, Argentina, Brasil.

III.- Renacimiento con elementos subjetivos

a) Derecho penal suizo y alemán

b) Derecho civil:

1) Alemania (BGB, § 138)

2) Suiza 1912 (art. 21)

IV.- Equilibrio entre elementos objetivos y subjetivos

1) Elementos de la figura

2) Elementos subjetivos: Inferioridad y aprovechamiento

V.- El derecho civil argentino

1) Morixe

2) Spota

3) Tercer Congreso Nacional de derecho civil

VI.- La presunción de aprovechamiento

1) Alcance y valor

2) Represión penal de la usura

VII.- Los Códigos americanos modernos

1) Bolivia 1976

2) Perú 1984 y Paraguay 1987

VIII.- La protección de situaciones jurídicas

1) Medio ambiente

2) La situación de consumo

3) Conclusión. Protección de los débiles

I.- Introducción

El tema el de la lesión para mi está lleno de evocaciones; perdónenme que en los primeros minutos me aparte un poco de lo jurídico y dedique unos momentos a esos recuerdos.

El estudio del tema me fue sugerido por quien fuera mi maestro de Derecho Civil, mi antecesor en la Cátedra de Obligaciones de la Universidad de Córdoba, el Dr. Pedro León. Él me recomendó que lo tomase como base para elaborar mi tesis doctoral y me indicó la existencia de un fallo de la Cámara Civil de la Capital Federal, con un voto de Guillermo A. Borda, quien después fue miembro de la Corte Suprema de Justicia, Ministro del Interior, e impulsó las reformas que se introdujeron al Código Civil en 1968 con la ley 17.711.

En esa oportunidad se incorporó a nuestro Código, entre otras cosas, la figura de la lesión subjetiva por una modificación introducida al artículo 954.

Antes de esa reforma, cuando León me indicó la conveniencia de trabajar mi tesis sobre el tema de la lesión, me facilitó el voto de Borda que mencionaba hace unos momentos.

El Código civil argentino pertenecía a un grupo de legislaciones que, profundizando una postura que comienza con la sanción del Código Civil francés, habían eliminado de sus Códigos la vieja figura romana de la lesión "objetiva", fundada solamente en la gran diferencia entre las prestaciones intercambias, que recibía el nombre de lesión "ultra dimidium", es decir de más de la mitad, que tenía su origen en un rescripto de los emperadores Maximiano y Diocleciano, incorporado luego al Corpus Iuris en Código 2.44.2.

En un primer momento el tema quizás no me había entusiasmado demasiado, pero luego, a medida que fui profundizando su estudio, y viendo el movimiento de renovación que se produce sobre la base de agregar a la figura de la lesión la exigencia de elementos sub-

jetivos, cautivó mi atención. Continué investigando; le dediqué todos mis esfuerzos y en 1964 concluí mi tesis doctoral, que se titula "La lesión en los actos jurídicos".

Tuve la suerte de que, además de aprobar la tesis, algún tiempo después, en 1967, la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires dedicó por primera vez su premio anual a obras jurídicas y distinguió mi obra sobre la lesión.

A comienzos de 1968, el Centro de Egresados de una Universidad nueva, la Universidad Privada de Mendoza, me invitó a dar dos conferencias sobre temas de Obligaciones, y cuando debía proponer los temas para esas disertaciones, en los últimos días del mes de abril, apareció, casi sorpresivamente, la Ley 17.711.

Yo debía hablar los días 16 y 17 de mayo, y les sugerí que podía ocuparme de dos temas vinculados con la reciente reforma. Los organizadores aceptaron complacidos. Seleccioné entonces las reformas en materia de prescripción y la nueva norma dedicada a la lesión porque -como decía- había dedicado al tema mi tesis doctoral, publicada como libro en 1965, y ese libro culminaba proponiendo una norma que sirvió de antecedente para la redacción del nuevo artículo 954, lo que me facilitaba la tarea de analizar la nueva norma.

Aquel libro fue fruto de un gran esfuerzo, realizado en momentos en que sufría serios dolores íntimos, y lo había dedicado a mi hijo Gabriel, por entonces mi único hijo.

En Mendoza, conocí esos días de mayo a quien es mi mujer, que era abogada y era una de las jóvenes egresadas del grupo que me había invitado. El presidente del centro de egresados quedó entusiasmado con los temas que traté, y hablamos de organizar un ciclo de conferencias que abarcasen todos los aspectos de la reforma, que comprendían más de doscientos artículos, ciclo que se desarrolló en el mes de agosto de 1968.

Cuando regresé a Mendoza el domingo 4 de agosto, me esperaban al pie de la escalerilla del avión, en un aeropuerto que en esa época era familiar, el Presidente del centro de egresados y la Secretaria, mi esposa ahora; en esa semana nos pusimos de novios, y llevamos más de 30 años de noviazgo. Hace diez días relatando

esto en Tucumán a un joven, hijo de un catedrático fallecido hace un año, en cuyo homenaje se realizaban unas jornadas, le comenté lo prolongado de mi noviazgo, y con alguna sorpresa me preguntó:

-“¿Y no se ha casado doctor?”, a lo que respondí:

-“Si me he casado, pero afortunadamente sigo de novio”.

El hecho de haber tratado el tema de la lesión en mi tesis doctoral motivó que con frecuencia en diferentes instituciones del país (Colegios de Abogados, Colegios de Escribanos, Universidades, etc.) me invitaran a hablar sobre el nuevo artículo 954.

Poco tiempo después de la reforma, en los años 1975 y 1976, se realizaron sendas Jornadas de Derecho civil en Rosario (en las que me desempeñé como Secretario) y en San Rafael (que presidí), en ambas se incluyó el tema de la lesión. Todo esto provocó que escribiese un segundo libro sobre esta figura, dedicado específicamente al nuevo artículo 954 del Código civil argentino. Para esas épocas ya tenía una hija, además de Gabriel, y entonces dediqué la obra a mi hija Marcela Patricia. Tengo así, dos obras sobre la lesión dedicadas cada una a uno de mis hijos; la primera a Gabriel, la segunda a Marcela Patricia.

Confieso además, que las constantes invitaciones para hablar sobre el tema, el tener que seguir escribiendo sobre aspectos de su aplicación práctica, el tener que desarrollarlo en mis clases, me produjo cierto cansancio o hastío y hasta el deseo de no volver sobre esos aspectos, pero ahora he tenido hacerlo con motivo de este seminario de contratos.

Tanto he escrito, tanto material he fichado, que me resistía un poco a escribir algo nuevo. He hablado en Paraguay donde se adoptó en su código de 1986 una norma que es sustancialmente idéntica a la del código civil argentino pero que lleva el número 671; aquí veo que nuestro amigo, José Melich Orsini, en un libro que me ha obsequiado cita en las notas el trabajo sobre la lesión y el artículo 671 del código civil paraguayo. He hablado en Lima, en algún seminario sobre temas de imprevisión, lesión y abuso del derecho, con motivo del código de 1984 que también toma como modelo al artículo 954 del código civil argentino para introducir la figu-

ra de la lesión. Todo esto -les insisto- me produce el temor de estar repitiendo cosas ya escritas o ya dichas sin poder aportar nada nuevo.

Uno desea no enmohecerse, uno desea, siempre que toma contacto con un grupo de estudiosos, aportar algo que no sea la mera repetición de cosas ya dichas, y en esta materia casi todo serán cosas sobre las que he escrito, o que las he dicho. Sin embargo, algunas reflexiones se me vienen insinuando a través de experiencias vividas últimamente, y alguna que ya no tiene tan inmediata actualidad respecto al siempre cambiante enfoque de los problemas jurídicos, lo que no significa que sean cosas nuevas, sino que sobre cosas viejas con facetas nuevas hay que encontrar instrumentos nuevos que se adapten a esas nuevas facetas. Y esto es lo que ha ocurrido con la lesión, y esas ideas que luego de hacer algún planteo voy a tratar de traerles, podrían ser parte del aporte de novedad que encontremos en la conversación que mantendré con ustedes.

a) La protección del débil

1) Hammurabi

En realidad la idea que inspira a la llamada figura de la lesión en el ámbito contractual tiene una raíz muy vieja. Anoche, en casa del profesor Guzmán Brito, que tiene una excelente biblioteca, veíamos entre otras cosas el ejemplar de una traducción del Código de Hammurabi efectuada en España, que provocó la curiosidad de otro de vuestros profesores de derecho civil, que es magistrado, por el hecho de que en esa biblioteca se encontrase el código de Hammurabi. Lo interesante, en este caso, es que el Código de Hammurabi, enuncia ya en su prólogo algo que es un anticipo de la idea central que va a inspirar siempre la figura de la lesión: la protección del débil; la protección de quien está en situación de inferioridad.

Cuando escribí mi primer libro, en el prefacio, reproduje unas palabras de un autor francés -Demontés- quien me había impresionado (y por eso lo reproducía en el prefacio) al decir que "el estudio

de la rescisión por lesión es uno de los aspectos de un movimiento más general, ya que formaría parte de un conjunto de medidas destinadas a proteger los débiles frente a los poderosos"¹. Este problema que señala tan agudamente Demontés, nos lleva a advertir que desde que se comienza a legislar ha sido menester que el legislador se preocupe -sobre todo en las relaciones contractuales- por proteger a la parte débil frente a la parte más poderosa.

Al releer anoche el código de Hammurabi que tiene Alejandro en su biblioteca, recordé que en mi tesis mencionaba el famoso Código del rey legislador de los caldeos, que es uno de los más antiguos cuerpos de leyes conocidos. Su texto se encontró en Susa a principios del siglo XX², grabado en un cilindro de diorita que había sido llevado desde Babilonia a Elam como trofeo de guerra.

En el prólogo del Código leemos las siguientes frases: "Hammurabi, el elevado príncipe, venerador de los dioses, para hacer prevalecer la justicia en la tierra, para destruir a los perversos y al mal, **para impedir que los fuertes opriman a los débiles**".

Es decir que uno de los objetivos principales de su legislación, era impedir que los fuertes opriman a los débiles.

Un gran historiador inglés contemporáneo, Arnold J. Toynbee, nos dice que la historia tiene más que un movimiento cíclico, un movimiento que pareciera ser el de una espiral donde vamos dando vueltas dentro de un sentido general de avance o de progreso pero repasando las ideas en los distintos planos. Quizás la esencia del progreso humano se encuentre en la armonía entre estos dos movimientos diferentes: "un movimiento mayor, irreversible, que es llevado en alas de otro menor que se repite"³.

Esto, es lo que con el alternar de los tiempos debemos sin

¹. E. Demontés, De la lésion dans les contrats entre majeurs, p. 11, París, 1924.

². Lo descubrió en diciembre de 1901 una expedición dirigida por Jacques de Morgan. Fue llevado a París y se exhibe en el Museo del Louvre. Su texto fue descifrado y traducido al francés por el padre Jean-Vincent Scheil.

³. Arnold J. Toynbee, Estudio de la Historia, T. IV, 1ª parte, p. 50 y siguientes, Emecé, Buenos Aires, 1955.

duda apreciar en figuras como la de la lesión que ha conocido momentos de brillo y momentos en que parece desdibujarse y quedar en la sombra, como consecuencia de los cambios en las condiciones sociales.

2) Roma

Cuando en un determinado tipo de sociedad todos los contratantes se encuentran en un plano de igualdad en cuanto a sus condiciones económicas e intelectuales, no pareciera necesario que se incluyan figuras protectoras del tipo de la lesión porque la igualdad existente entre las partes que contratan es una de las mejores vallas frente al aprovechamiento. Pero este tipo de sociedades es utópico, la mayor parte de las veces no existe, aunque cuando hablamos de los patricios romanos, en la primitiva época de Roma, los *pater conscriptos* eran iguales, por lo menos teóricamente.

Al evolucionar la sociedad romana e irse otorgando la ciudadanía primero a los pueblos del Lacio, luego a los pueblos conquistados y sumarse a la población de Roma otras categorías de personas (el extranjero, el esclavo) que no tenían ni las mismas posibilidades económicas, ni el mismo grado de conocimientos, el legislador romano también advertirá que en la contratación hay desigualdades que deben ser corregidas.

Esto se acentúa en la época clásica, y entonces vamos a encontrar hasta antecedentes de la protección del consumidor -que ya existían también en el Código de Hammurabi- es decir de un problema del que hablamos como si fuera un descubrimiento de este siglo después del mensaje de Kennedy al Congreso de EE.UU. en 1963.

El mensaje de Kennedy de protección a los consumidores data del año 1963, pero ya el Código de Hammurabi, para proteger al consumidor establecía tarifas máximas para determinados artículos y fijaba también el monto de los honorarios a algunos profesionales, para que no hubiese aprovechamiento en la prestación de esos servicios.

Las constituciones de la Roma imperial contienen abundantes

ejemplos de ese tipo de protección y en todos los pueblos aparece reiteradamente, a lo largo del tiempo, la represión de la usura que es una de las formas de aprovechamiento más frecuente, sobre todo en el préstamo de los signos monetarios.

Aspectos objetivos

Las fórmulas con que se consagra primitivamente la lesión ponen su acento el elemento objetivo de las prestaciones. Entonces dicen: Cuando la desproporción excede más de la mitad del justo precio, debe anularse, rescindirse, quitársele en cierta forma eficacia a esa relación, porque sin dudas ha habido un aprovechamiento. Pero no se recalca en esas fórmulas, no se pone en la superficie, el problema del aprovechamiento. Se trata sólo de la desproporción que objetivamente aparece entre las prestaciones intercambiadas.

De aquí surgen las críticas que se van a formular posteriormente a la figura de la lesión, afirmando: "hay que dejar a la libre voluntad de las partes una amplitud en el juego de aplicación porque ellas serán las que mejor elijan y las que sepan cuál es realmente la forma adecuada de satisfacción de los intereses que persiguen".

Se señala, además, que debe permitirse también a las partes realizar liberalidades y en las liberalidades la desproporción no es del cincuenta por ciento sino que es del cien por ciento, y si permitimos que realicen liberalidades, ¿por qué no vamos a permitirles que sus actos establezcan otras desproporciones de diferente grado?

Aspectos subjetivos

Sin embargo se me ocurre preguntarme si es cierto que en el derecho romano estaba totalmente ausente el elemento subjetivo del aprovechamiento. En ese primer estudio, con el prólogo que lo pre-

cedió⁴, señaló algo que había alcanzado a vislumbrar, y es el hecho de que ya en el derecho romano aunque la lesión se plasma en una fórmula de carácter objetivo, empezaba a advertirse la existencia de un elemento subjetivo: el aprovechamiento por una de las partes de la situación de la otra.

Decía León en el prólogo que aparece y comienza a fluir el elemento subjetivo centrado en el dolo, no como vicio de la voluntad sino como dolo que surge del acto mismo, es decir que en la anormalidad o desproporción se encuentra el carácter sospechoso del acto.

Esto lo va a poner de relieve posteriormente la Glosa, ya que son los glosadores quienes tomando viejos textos del derecho romano, como la ley "si quis cum aliter..." dan forma, forjan la figura del "dolus re ipsa".

Expresaba en mi tesis que cuando los glosadores vinculan a la lesión con el dolo, no lo hacen de ninguna manera con el dolo vicio de la voluntad (es decir con las maquinaciones, artificios o engaños a que se recurre para lograr la ejecución de un acto), sino que se refieren a una situación diferente: al llamado "dolus re ipsa", dolo que surge del acto mismo, es decir que en la anormalidad o desproporción se encuentra el carácter sospechoso del acto. Esta concepción la han deducido del texto de la ley "si quis cum aliter"⁵, que concede la acción de dolo aun en los casos en que la otra parte no sea culpable de dolo, si el dolo reside en la naturaleza misma del acto.

Allí, aun en la vieja lesión romana, comienzan a aparecer los elementos subjetivos que van a hacer que luego, en la época moderna, se den nuevos moldes a la fórmula de la lesión, que habían sido dejados de lado por una serie de códigos, algunos de los cuales han extremado el elemento objetivo o dejado de lado totalmente la figura de la lesión; pero, a partir de mediados del siglo XIX se ad-

⁴. Prologó la obra mi maestro, el Dr. Pedro León, que fue uno de los miembros del tribunal que juzgó la tesis.

⁵. Ver Ulpiano, Digesto 45.1.36.

vierte un movimiento, nacido en los cantones suizos, por el que se acuñan estos nuevos moldes.

II.- Evolución. Siglos XVIII y XIX

Vemos así que con relación a la figura alternan momentos de auge, y momentos de crítica, que se van a agudizar sobre todo cerca de la Revolución Francesa por la influencia de una manera de pensar que procura dar a la voluntad personal la mayor libertad posible considerando que esa voluntad libre es la que mejor permite reglar las relaciones entre las partes.

Este es el modo de pensar de los filósofos de la Enciclopedia que van a inspirar toda la renovación legislativa a partir de fines del siglo XVIII y comienzos del XIX, pero en el Código francés no se plasma totalmente sino que se limita a acentuar el grado de desproporción; ya no hablan de más de la mitad (el "ultra dimidium" romano) sino que la desproporción se lleva a un curioso siete doceavos, como forma de decir que esa desproporción es muy grande.

Rechazo

El rechazo de la lesión llega sobre todo a mediados del siglo XIX y principios del siglo XX, en códigos que han avanzado más allá que lo que hizo el código francés.

Nos referimos a Códigos como el de Portugal, obra del marqués de Seabra, que data de 1867, y el de España, de 1889, que no legislan sobre la lesión. La misma línea siguen códigos como el de Panamá, en los primeros años del siglo XX, que -a pesar de que estructuralmente ha seguido al código chileno- en esta parte adopta las soluciones del código español.

Algo similar sucede en Honduras, Guatemala y Costa Rica, que tampoco consagran la figura de la lesión.

También se adopta este camino en la República Argentina, donde Dalmacio Vélez Sársfield, en una nota que suele citarse como nota al artículo 943, pero que en realidad es la nota final al título

dedicado a los vicios de la voluntad, da las razones por las cuales eliminó la figura de la lesión objetiva del código civil.

A comienzos del siglo XX todavía en el código del Brasil de 1917 la figura de la lesión con su formulación objetiva no encuentra recepción.

III.- Renacimiento con elementos subjetivos

a) Derecho penal suizo y alemán

Junto a lo sucedido en el ámbito del derecho civil, se había producido el rechazo de la represión penal de la usura (que es una de las formas especiales de lesión) y se habían borrado en los códigos penales los tipos que reprimían la usura, en un movimiento paralelo a la legislación civil, que había acentuado la medida de la desproporción, o había borrado las figuras que anulaban los contratos por el vicio de lesión.

Pero ya a mediados del siglo XIX comienza una reacción en el ámbito del derecho penal, porque el aprovechamiento usurario, especialmente en los contratos de mutuo dinerario, tiene tal magnitud que hace evidente la ilicitud en el obrar del prestamista ya que no puede quedar librado a la voluntad del particular el sacar beneficios excesivos en los contratos de préstamo.

Quizás uno de los primeros códigos penales que da una especie de marcha atrás, y hace reaparecer la figura de la usura penal⁶, es el código penal del cantón suizo de Schafhausen que en 1859 incluye una norma que en su artículo 230 dispone lo siguiente:

"Usura. La persona que en razón de un préstamo o de otros contratos onerosos estipula ventajas excesivas se vuelve culpable de usura: 1) Si ha explotado para obtener este beneficio la miseria o la ligereza de otro y así se ha hecho garantizar, disfrazadas en el acto, las ventajas usurarias convenidas."

⁶. La usura es la figura de lesión contemplada por los códigos penales.

Fíjense ustedes en algo curioso: la figura de la lesión reaparece por vía de la represión de la usura, pero reaparece con elementos subjetivos y esto -lo vamos a recalcar después- es la idea que quiero rescatar; pareciera ser que los civilistas a veces tenemos un sentido más de objetividad en muchas relaciones mientras que los penalistas, que advierten que no puede aplicarse una pena si no está fundada en la conducta del sujeto a quien se quiere penar, son los que buscan los elementos subjetivos y los ponen de relieve; quizás pueda haber responsabilidad objetiva (en el sentido civil de responder o indemnizar), pero no puede haber penalidad sin que subjetivamente pueda imputársele al sujeto una conducta reprochable.

b) Derecho civil

1) Alemania (BGB, art. 138)

Renacida, en cierta forma, la figura con estos nuevos elementos subjetivos en el cantón de Schaffhausen se extiende desde allí a otros códigos penales de cantones suizos, a un código penal alemán y a unos códigos penales de regiones del imperio austríaco. Luego de allí va a retornar al derecho civil, que había dejado de lado la figura que se limita a elementos objetivos (por considerar que no es completa y que puede haber desequilibrios justificados) para retomar esa figura donde a los desequilibrios suma la intención de aprovechamiento, la actitud dolosa de quien se está aprovechando y la aparición - con este nuevo molde en códigos civiles (porque en códigos penales ya llevaba casi 50 años) la vamos a encontrar en el artículo 138 del BGB, que da recepción en el campo del derecho civil a los elementos subjetivos en materia de lesión.

En el primer momento algunos civilistas no lo advierten, acostumbrados a pensar en la lesión sólo como la figura romana de anulación de contratos por la desproporción objetiva, y afirman que "la lesión no se encuentra en el código civil alemán", porque no

hallan una figura similar a la romana.

La verdad es que la lesión ha reaparecido, pero se ha agregado a la desproporción la existencia de ciertos elementos subjetivos que van a completar e integrar el tipo.

"Art. 138. - Es nulo todo acto jurídico contrario a las buenas costumbres.

En particular será nulo el acto jurídico por el cual alguien, explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de otro, obtiene para él o para un tercero que, a cambio de una prestación, le prometan o entreguen ventajas patrimoniales que excedan de tal forma el valor de la prestación que, teniendo en cuenta las circunstancias, exista una desproporción chocante con ella".

2) Suiza (Código de 1912, art. 21)

Del código civil alemán va a pasar una formula más o menos similar al segundo código suizo de las obligaciones, porque en el primero de 1881 había desaparecido la figura de la lesión romana, pero ya en el Código de 1912, que es el actualmente vigente, vamos a encontrar el artículo 21 que sigue la brecha abierta por el derecho alemán de introducir los elementos subjetivos.

"Art. 21 (Código de las Obligaciones suizo). - En caso de desproporción evidente entre la prestación prometida por una de las partes y la contraprestación de la otra, la parte lesionada puede, dentro del plazo de un año, demandar que se anule el contrato y repetir lo que pagado, si la lesión ha sido determinada por la explotación de su penuria, ligereza o inexperiencia."

IV.- **Equilibrio entre elementos objetivos y subjetivos**

A partir de ese momento este tipo de fórmulas va a hacer camino en nuestro mundo de occidente; encontramos así el código civil

italiano de 1942⁷, que también la recibe, pero reduce los elementos subjetivos de inferioridad de la víctima a una sola hipótesis, la necesidad⁸, y graduando la desproporción de forma matemática.

La tendencia moderna es reintroducir la figura, con distintos matices en lo que se refiere a los estados de inferioridad que se enuncian, reemplazando de esta manera las viejas fórmulas de tipo objetivo que se fundaban en el antecedente romano.

Podemos citar así el código de Portugal en 1967, que reemplaza al viejo Código del Marqués de Seabra de 1867 que, como dijimos más arriba, había eliminado a la lesión romana; transcurrido un siglo el nuevo código -influenciado por la línea de ideas germana e italiana- da cabida a la figura de la lesión incluyendo elementos subjetivos⁹.

Va a aparecer en las reformas que se introdujeron al código civil argentino en 1968, en el artículo 954 que incorpora la lesión subjetivo-objetiva.

1) Elementos de la figura

¿Cómo se integra la figura de la lesión? Se integra con tres

⁷. "Art. 1448 (Código civil italiano de 1942). - Si hubiere desproporción entre la prestación de una de las partes y la de la otra, y la desproporción dependiese del estado de necesidad de una de ellas, de la que se ha aprovechado la otra para obtener ventajas, la parte damnificada podrá demandar la rescisión del contrato.

La acción no será admisible si la lesión no excediese la mitad del valor que la prestación ejecutada o prometida por la parte damnificada tenía en el momento del contrato.

La lesión debe perdurar hasta el momento en que se proponga la demanda.

No podrán ser rescindidos por causa de lesión los contratos aleatorios.

Quedan a salvo las disposiciones relativas a la rescisión de la partición."

⁸. Los Códigos alemán y suizo matizan varias posibilidades diferentes de debilidad de la víctima del acto lesivo.

⁹. "Art. 282 (Código civil de Portugal).- Negocios usurarios.- § 1.- Es anulable por usura el negocio jurídico cuando alguien, aprovechando conscientemente la situación de necesidad, inexperiencia, dependencia o deficiencia psíquica de otro, obtuviese de éste, para sí o para un tercero, la promesa de concesión de beneficios manifiestamente excesivos e injustificados. ..."

elementos, dos de carácter subjetivo y uno objetivo.

a) El elemento objetivo

El elemento objetivo es la desproporción entre las prestaciones. Pero a diferencia del derecho romano que medía de manera matemática la desproporción, llamada "ultra dimidium", porque iba más de la mitad, es decir el 50% de desproporción. Pareciera ser que si solamente se alcanzaba el 49% no se anulaba el acto, tenía que exceder el 50 por ciento, o más de los 7/12 avos, como en el Código francés que acentuaba la desproporción.

Esta apreciación de tipo matemático, prefijada, traía otra serie de dificultades porque se hablaba de "justo precio": ¿Cuál era el justo precio?, ¿Cuándo se excedía la mitad?. Esto no lo vamos a discutir hoy porque no terminaríamos nunca, son aspectos que en mis libros he tratado de desmenuzarlos.

Frente a esa desproporción medida matemáticamente, las nuevas fórmulas se deja librada a la apreciación al juez la desproporción, disponiendo solamente que tiene que ser considerable, evidente, es decir que tiene que ser una desproporción que hiera el común sentido de la gente con relación al particular contrato que se está juzgando. Tiene que haber una desproporción evidente, notoria, aunque no se haya prefijado de antemano cuál sea el grado. A lo mejor puede ser notoria con algo más del 30% en este caso y, a lo mejor en otro caso el 50% no parezca una desproporción notoria por las especiales circunstancias del mercado. El juez debe determinar si en el caso concreto la desproporción resulta notoria, evidente.

Esto viene desde el derecho alemán; por eso como en el B.G.B no se han puesto límites matemáticos, los primeros comentadores decían que no se había legislado sobre la lesión, porque no aparecía el "ultra dimidium" del derecho romano. Pero la fórmula alemana del § 138 contenía un elemento objetivo al reclamar una desproporción grande, evidente.

b) Elementos subjetivos: inferioridad y aprovechamiento

Además, al elemento objetivo se han sumado dos tipos de elementos subjetivos; uno que debe apreciarse en la víctima del acto, el otro a apreciarse en el victimario, en el lesionado. De parte del lesionado debe existir aprovechamiento; es decir, que se esté obteniendo una ventaja indebida.

Un autor francés, Saiget¹⁰, analizaba esto ejemplificando y decía: no siempre que hay desproporción existe lesión, ni siquiera cuando haya inferioridad, porque se requiere que se presenten conjuntamente el aprovechamiento del victimario, y la inferioridad o debilidad de la víctima.

El segundo elemento, la inferioridad de la víctima, se matiza en los códigos de distinta manera; no podemos ahora hacer el análisis de la figura en cada uno de los códigos porque no terminaríamos nunca, pero insistimos: la figura se integra con dos elementos subjetivos: inferioridad de la víctima y aprovechamiento del lesionado.

Dice Saiget: cualquiera de ellos que falte, no podemos hablar de lesión. Aunque haya desproporción, si no hay realmente inferioridad de parte de la víctima, es porque él libremente ha querido esa diferencia y como tiene la posibilidad de donar ha querido hacer jugar su libertad beneficiando a la otra parte, si no está en situación de inferioridad y no puede hablarse en tal caso de aprovechamiento. O puede ocurrir que incluso estando en situación de debilidad no haya aprovechamiento, y da un ejemplo muy ilustrativo: supónganse ustedes que tienen una casa con un patio de tierra al fondo del terreno, y un vecino que tiene habilidades de jardinero está sin trabajo. Entonces le brindan ayuda económica; hay incluso una generosidad de parte de ustedes, y el vecino que tiene pundonor no quiere recibir ese dinero sin retribuir de alguna manera, y les dice:

-Yo les voy a arreglar el patio de tierra y lo voy a convertir en un jardín".

¹⁰. Jacques Saiget, "Le contrat immoral", Dalloz, París, 1939.

Uno le responde: "bueno, hágalo"; a mí en realidad no me interesa el jardín porque siempre he tenido el patio de tierra descuidado, pero no puedo negarme a que usted, para satisfacer su conciencia haga esa tarea.

La labor que realiza el vecino para convertir el patio de tierra en jardín vale mucho más de lo que le hemos dado, pero no había aprovechamiento de mi parte, había diferencia entre las prestaciones, había situación de necesidad de parte de quien recibió dinero y efectúa una prestación de valor sumamente superior a lo que le hemos dado, pero no existe aprovechamiento de nuestra parte, no ha habido victimario, sino que ha sido fruto del propósito de ayudarlo por un lado y del propósito de no recibir limosna por el otro, sino de retribuir de alguna manera la ayuda de la cual estaba agradecido.

En casos como este, dice Saiget¹¹, al faltar el elemento del aprovechamiento (cosa que deberá demostrarse si hay un litigio) no podemos hablar de lesión.

Insistimos, pues, para que funcione la figura de la lesión deben presentarse los tres elementos: el objetivo (desproporción, que no se aprecia matemáticamente) y dos subjetivos: a) que la víctima se encuentre en situación de "inferioridad", para la cual cada código establece distintos estados posibles de inferioridad (ligereza, inexperiencia, necesidad, penuria). Hay una cantidad de vocablos que van variando, son distintos en el código de Méjico, que en el código polaco del 1966, que en el código húngaro, que en el código argentino, que el peruano, cada uno utiliza un matiz, y en cada legislación nacional hará que determinar si la situación de la víctima encuadra adecuadamente en alguna de las hipótesis admitidas, pero eso ya es tarea de una apreciación judicial.

Hoy nos reducimos a mencionar que deben existir dos elementos subjetivos, vinculados con la víctima y el victimario, y uno objetivo, la desproporción.

¹¹. Ver Saiget, obra citada en nota anterior, p. 265.

V.- El derecho civil argentino

1) Morixe

Recordemos que el Código civil había suprimido la figura la lesión, y Vélez explicó las razones que tuvo para ello en la nota final al título de los vicios de la voluntad, que generalmente suele citarse como nota al artículo 943¹².

Cuando después de 50 años de vigencia del Código civil comienzan los estudios para su modernización, a finales de la década del 20 un profesor de La Plata, Morixe¹³, publica un excelente libro sobre la lesión que es la primera propuesta que conocemos, y lo hace antes que Bibiloni redacte su Anteproyecto de Bibiloni, y de que se elabore el Proyecto de 1936 que va a seguir los moldes alemanes, o el Anteproyecto de 1954, que seguirá el modelo italiano.

Los estudiosos de la evolución de la lesión en el derecho argentino no deben omitir el análisis de la obra de Morixe que muchos hoy, lamentablemente, desconocen.

2) Spota

Con posterioridad aparecen las contribuciones doctrinarias de Alberto Gaspar Spota¹⁴, que van a influir en la jurisprudencia, en especial en el voto de Borda que ya mencionamos. Son trabajos que

¹². En la mencionada nota expresaba el codificador, entre otras cosas, que el tipo fijado para determinar la desproporción injusta variaba en cada Código, que eran muy variables las condiciones de ejercicio de la acción y que los códigos de comercio no admitían la lesión, para rematar su exposición manifestando: "*El consentimiento libre, prestado sin dolo, error ni violencia y con las solemnidades requeridas por las leyes, debe hacer irrevocables los contratos*".

¹³. Ver Héctor Morixe, "Contribución al estudio de la lesión", Buenos Aires, 1929.

¹⁴. Hay cuatro trabajos de Spota que pueden resultar fundamentales para comprender la evolución del problema en Argentina, que aparecieron en la década del 40 en las revistas La Ley, y Jurisprudencia Argentina: "La lesión subjetiva", L.L. 68-421; "El objeto-fin social del acto jurídico", J.A., 1943-IV-248, "El acto jurídico de objeto inmoral y sus consecuencias legales", J.A., 1944-III-134, y "Lesión subjetiva. Una doctrina argentina", L.L. 122-201

deben ser tomados en consideración para estudiar la evolución del problema en el derecho argentino, en especial por la participación que tuvo Spota en la comisión que elaboró el proyecto de reformas al Código que culminó con la ley 17.711.

3) El Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil

En octubre de 1961 se reunió en Córdoba el Tercer Congreso Nacional de Derecho civil que incluía en su temario el problema de la lesión. En el plenario se votó una recomendación aconsejando incorporar al Código la figura de la lesión¹⁵, con una fórmula que aunase los elementos subjetivos del aprovechamiento y la inferioridad, con el objetivo de la desproporción.

No nos extendemos más sobre estos puntos por razones de tiempo y remitimos a lo expresado en nuestras obras sobre el tema¹⁶.

Adelantamos, sin embargo, que en las fórmulas propuestas para combatir la lesión en la Recomendación N° 14 votada por el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, y en nuestra propia tesis doctoral¹⁷ no se hace referencia alguna a una posible presunción de aprovechamiento.

VI.- **La presunción de aprovechamiento**

Pero ¿qué pasa?. Sucede que la exigencia subjetiva del aprovechamiento requiere indagar en la intimidad del sujeto y es muy difícil probar en un pleito el aprovechamiento, la actitud dolosa, o al menos culposa, con la que se procura obtener ventajas indebidas de la situación de inferioridad en que se encuentra la otra

¹⁵. Ver las Actas del Tercer Congreso, Recomendación N° 14, T. II, p. 770 y también en la página de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba: www.acaderc.org.ar , en la Sección Biblioteca virtual.

¹⁶. Ver nuestra tesis doctoral titulada "La lesión en los actos jurídicos (Imp. Universidad Nacional, Córdoba, 1965), y "La lesión y el nuevo artículo 954" (Imp. Universidad Nacional y ed. Zavalía, Córdoba, 1976)

¹⁷. Ver nuestro "La lesión en los actos jurídicos", p. 254.

parte. Hay que conocer la inferioridad, y hay que aprovecharla.

Los antecedentes de derecho comparado y la doctrina nos ilustran que en la jurisprudencia de los países que han adoptado estas fórmulas, como la propia Alemania, el número de litigios en los que se han podido resolver los problemas de aprovechamiento por vía de la aplicación del § 138 del B.G.B., o por aplicación en Suiza del artículo 21 del Código de las Obligaciones, es muy escaso, es reducido, no tiene proyección práctica de relevancia.

En este punto aparece una idea, donde de nuevo encontramos el juego de equilibrio entre lo subjetivo y lo objetivo. Ya hemos dicho que la idea apunta, sobre todo, en trabajos de un jurista argentino, Alberto G. Spota, que propicia la aplicación de una presunción de aprovechamiento.

1) Alcance y valor

Sin embargo luego la comisión que elaboró la ley 17.711, en la que se incluyó la figura de la lesión en el artículo 954 del Código civil, redacta a instancias de Spota¹⁸ una fórmula en la que se incluye una "presunción de aprovechamiento" cuando el elemento objetivo muestra la existencia de una grave desproporción.

Frente al excesivo desequilibrio en el elemento objetivo, se busca equilibrar las cosas presumiendo la existencia de uno de los elementos subjetivos: el aprovechamiento.

Esta fórmula, que Spota llamó "argentina", se introdujo en el

¹⁸. En las Quintas Jornadas nacionales de Derecho Civil, realizadas en Rosario en 1971, Spota se refirió a la presunción de aprovechamiento, procurando rebatir a Brebbia que sostenía que no debían incluirse normas que no tenían antecedentes en el derecho comparado, y afirmó:

"He sido uno de los cultores del Derecho comparado, pero en este caso, se nos vas a permitir que esta norma criolla quede; que subsista. Es una norma argentina, es una norma nuestra.

Yo tuve ocasión de proponerla; quizás sea yo "el padre de la criatura" y por eso la defiendo. La he propuesto con la inteligencia de lo que sucede en la jurisprudencia alemana. Leyendo a Rieg, él nos dice que el artículo 138 del Código civil alemán no es aplicado en su segunda parte por los tribunales alemanes, por la enorme dificultad que existe en demostrar la explotación de un contratante por el otro"

Ver nuestro: "La lesión y las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil", Zeus, T. 77, D-111 y siguientes, y también en www.acader.org.ar

segundo párrafo del artículo 954 donde, después de caracterizar la figura en el primero, disponiendo que: "también podrá demandarse la nulidad de la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando (aprovechamiento) la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra (situación de inferioridad de la víctima basada en una de estas situaciones) obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial (elemento objetivo) evidentemente desproporcionado y sin justificación. ..."

Entonces se agrega: "Se presume, salvo pruebas en contrario, que existe tal explotación (se presume el elemento subjetivo del victimario) en caso de notable desproporción de las prestaciones".

Cuando esto se sanciona aparecen en la doctrina las primeras críticas, afirmando: "Se ha vuelto a la lesión objetiva"; "la solución que da la nueva norma es exactamente la misma del derecho romano porque con esta presunción se ha destruido la existencia de los elementos subjetivos".

El principal crítico fue Roberto Brebbia quien afirmaba que esta presunción no tenía ningún antecedente en la legislación comparada¹⁹, tomando como tal la legislación actualmente vigente, que esa presunción no tenía ningún precedente.

Es real que en la legislación comparada no encontrábamos una presunción semejante²⁰, pero el dolo re ipsa de los glosadores, ¿qué era, sino una presunción? que se aplicaba cuando de la naturaleza misma del acto surgía lo inicuo de la desproporción.

¹⁹. Ver la exposición que efectuó Brebbia en las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Dijo allí:

"... sostengo que no hay base lógica para establecer la presunción de la explotación sobre la sola circunstancia de la mayor o menor magnitud del perjuicio sufrido por el lesionado".

Agregó también: "Esta inversión del cargo de la prueba -porque toda presunción no consiste más que en eso- no tiene precedentes en el Derecho comparado, y eso ya nos debe hacer reflexionar".

²⁰. Eso creíamos cuando pronunciamos esta conferencia. Mucho tiempo después hemos podido confirmar que ya en el Código civil del estado mejicano de Sonora, vigente desde agosto de 1949, se encuentra un artículo que dispone:

"Artículo 1953. Justificada la desproporción entre las prestaciones y la miseria, ignorancia, inexperiencia o necesidad del perjudicado, se presumirá, salvo prueba en contrario, que la otra parte procedió de mala fe, abusando de tales circunstancias".

Esa interpretación de la glosa de la ley *si quis cum aliter*, del *dolus re ipsa* (dolo que surge de la cosa misma) consiste en presumir uno de los elementos subjetivos y nace de la exteriorización objetiva de la desproporción.

Presumir el aprovechamiento no significa que existe, sino que el juez -si no se brinda prueba en contrario- deberá llegar a la conclusión de que hubo aprovechamiento.

Como el tiempo se agota no puedo extenderme en mayores consideraciones; había traído para ustedes una serie de casos que tengo fichados y entre esos casos hay varios en los que se ha resuelto el problema de la presunción de aprovechamiento y su aplicación en el derecho argentino.

El problema sin embargo no ha sido bien comprendido por algunos sectores de la doctrina y algún sector de la jurisprudencia, que ha extendido la presunción al otro elemento subjetivo, liberando a la víctima del acto lesivo de probar que se encontraba en situación de inferioridad, lo que es un error lamentable.

El análisis de los problemas suscitados por el nuevo artículo 954 se ha efectuado en las ya mencionadas Jornadas Nacionales de Derecho civil en Rosario, 1971, y luego en las Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil en 1975, que han emitido sendos pronunciamientos de interés sobre la presunción de aprovechamiento que consagra el Código Civil argentino.

Insistimos en nuestra convicción de que esa presunción sólo se refiere a uno de los elementos subjetivos: la explotación, el aprovechamiento. No presume la situación de inferioridad, no presume la existencia de necesidad, inexperiencia y ligereza.

La presunta víctima tiene que demostrar que realmente se encontraba en estado de inferioridad, y si no existe alguna de las situaciones definidas previamente por la figura (la necesidad, la ligereza o la inexperiencia) no podrá reclamar la invalidez del acto porque para que exista el vicio de lesión deben reunirse todos los elementos que integran la figura.

La presunción, insistimos, se reduce al aprovechamiento; la situación de inferioridad debe ser probada sin ninguna duda por la

víctima, porque no puede decir: "soy víctima", si no se encuentra en una situación de inferioridad que justifique que se hayan aprovechado de ella, es decir si ha obrado libre y voluntariamente.

Esto nos llevaría a otro tema que no podemos hoy examinar y es si la figura de la lesión puede incluirse dentro de los vicios de la voluntad o no. Creemos que la lesión no es un vicio de la voluntad; la decisión del sujeto no ha estado viciada por la violencia, ni por el error, ni por el dolo, sino que decidió libremente porque deseaba hacerlo así.

A nuestro criterio la lesión es un vicio de la buena fe que debe mediar en todos los actos jurídicos; cuando alguien se aprovecha de otro atenta contra la buena fe que debe estar presente en todo acto jurídico.

2) Represión penal de la usura

Para concluir deseamos referirnos nuevamente al problema del equilibrio entre los elementos objetivos y subjetivos.

En el campo del Derecho Civil, la figura de la lesión en su evolución, tiende siempre a teñirse con el elemento objetivo, que nunca puede faltar y nos permite extraer de él una presunción de aprovechamiento; en el campo del Derecho Público, especialmente en el derecho Penal en la figura de la usura, resulta indispensable la presencia del elemento subjetivo.

En el Código Penal argentino reaparece en el artículo 175 bis la penalización de la usura (que había sido eliminada en códigos anteriores). La figura del artículo 175 bis es aparentemente igual a la prevista hoy en el artículo 954 del código civil, pero no incluye presunciones de aprovechamiento, exige dolosidad, no siendo suficiente la mera culpa. Para que haya pena por usura tiene que haber explotación y conciencia de que se está explotando; si falta ese elemento subjetivo no hay pena por usura.

En las figuras penales se pone el acento en los elementos subjetivos; la figura civil, en cambio, suele atender más el elemento objetivo.

Esto no es extraño a otros problemas que tienen su repercusión en ambos campos, por ejemplo en materia de responsabilidad civil encontramos hoy un movimiento generalizado que tiende a consagrar la responsabilidad objetiva por lo que muchos juristas argentinos hablan del derecho de daños; en cambio si se trata del derecho penal, al establecer responsabilidad en las figuras de daño tiene que estar presente el elemento subjetivo de la dolosidad o al menos de la culposidad (generalmente los delitos penales son dolosos no culposos).

Durante mucho tiempo estas concepciones penalistas han repercutido en el ámbito de la responsabilidad civil, y se ha negado que pudiese considerarse responsable un sujeto si no había imputabilidad de tipo subjetivo.

En el juego de alternancia hemos visto como, por influencia de lo penal (incluso en el campo de lo civil), se acentúa el elemento subjetivo; pero, por influencia del derecho civil, "a veces" en el derecho penal se acentúan elementos objetivos. Y decimos "a veces" porque en algunos proyectos de reforma de códigos penales, se han incluido previsiones que punían la usura por sólo la desproporción de las prestaciones, sin indagar la subjetividad de la persona que iba a ser castigada; pero esos proyectos generalmente han sido dejados muy rápidamente de lado, porque la visión que tiene el penalista se asienta en la figura del sujeto a quien se va a castigar y por tanto tiene que dar primacía a los elementos subjetivos, mientras que la visión del civilista tiende a aproximarse al sujeto víctima y para protegerlo atiende más a la objetividad de la relación y hace surgir de esa objetividad consecuencias jurídicas.

Esto sucede muy especialmente en el campo de la responsabilidad civil, o en las situaciones jurídicas de protección del medio ambiente.

VII.- Los Códigos americanos modernos

1) Bolivia 1976

Encontramos también la lesión en el código de Bolivia de 1976;

advierto que esto tiene también su importancia, en la evolución del movimiento de codificación americano.

Ayer he leído un excelente estudio histórico sobre estas influencias elaborado por Alejandro Guzmán Brito, que todavía no está publicado pero que me facilitó sus originales²¹.

Se analizan allí las líneas de filiación de los distintos códigos americanos y se señala que el primer código de Bolivia era prácticamente una traducción del código civil francés²² con sólo diferencias en el derecho de familia y sucesorio, donde se tuvieron en cuenta antecedentes de derecho castellano y de derecho canónico²³.

se a las necesidades totalmente diferentes de la población boliviana con respecto a una población europea.

Pues bien, en el código de Bolivia de 1975, aunque mantiene la estructura y hasta normas que recuerdan las normas francesas, - porque no es posible desprenderse totalmente de dispositivos que han tenido vigencia durante algo más de un siglo-, aparece la lesión con una formulación subjetivo-objetiva²⁴, que combina los elementos de la desproporción con los elementos de inferioridad de la víctima y de aprovechamiento por parte del victimario.

3) Perú 1984 y Paraguay 1987

²¹. Esa obra de Alejandro Guzmán Brito apareció con el nombre de "La codificación civil en iberoamérica - Siglos XIX y XX", Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2000.

²². Guzmán Brito relata que la Comisión codificadora "tomó como modelo el Código francés y la obra se limitó a una traducción literal" (ver p. 313 y 314 de la obra citada en nota anterior).

²³. Ver Guzmán Brito, obra citada, p. 314.

²⁴. "Art. 561 (Código civil de Bolivia). - **Rescisión del contrato por efecto de la lesión.**- I. A demanda de la parte perjudicada es rescindible el contrato en el cual sea manifiestamente desproporcionada la diferencia entre la prestación de dicha parte y la contraprestación de la otra siempre que la lesión resultare de haberse explotado las necesidades apremiantes, la ligereza o la ignorancia de la parte perjudicada...".

Encontramos también la lesión en el código peruano de 1984 ²⁵, en el paraguay de 1987²⁶, y en proyectos como el de Valencia Sea para Colombia.

El movimiento moderno de codificación tiende a traer al campo civil esa figura con la forma en que había nacido en el derecho penal, que conjuga elementos subjetivos sumados con el elemento objetivo de la desproporción.

VIII.- La protección de situaciones jurídicas

1) Medio ambiente

Ayer hablaba con otro de los profesores de derecho civil de la Facultad, el Dr. Valenzuela, que es muy ambientalista.

En esa conversación sobre la protección del medio ambiente, recordábamos que en esta materia debemos atender muy especialmente al elemento objetivo del daño que se ocasiona a las situaciones jurídicas de carácter ambiental, a las que es menester proteger, y aunque el derecho penal nos haga comprender que al imponer deberes y sanciones, es menester tener en cuenta la imputabilidad, los civilistas y los ambientalistas colocamos en primer lugar la necesidad de evitar o hacer cesar el daño y también de repararlo, por el hecho objetivo de que ese daño se ha causado.

El penalista no va a aplicar pena si no hay imputabilidad subjetiva; por eso -aunque a veces se hayan incorporado los delitos ambientales- la protección no se concretará en una pena, si el delito ambiental no ha sido consumado con subjetividad, pero cuando nos proyectamos en otros campos del derecho (civil, o administrativo) objetivizamos la protección, con prescindencia de la subjetividad de quien cometió el hecho dañoso, para lograr el resultado

²⁵. El código peruano dedica diez artículos a la lesión (arts. 1447 a 1456), normas que hemos analizado para un Código civil anotado publicado por Gaceta Jurídica, de Lima; esos estudios puede ser consultado en la página de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba: www.acaderc.org.ar

²⁶. Nos hemos ocupado del tema en "La lesión y el nuevo artículo 671 del Código civil de Paraguay", Revista General de Legislación y Jurisprudencia, N° 2, abril 2002, pp. 243-262, y en Derecho Privado, Congreso de Lima 1988, Cultural Cuzco S.A., Lima, 1990, p. 459.

útil de protección al medio ambiente.

2) La situación de consumo

La protección del consumidor, que aparece como una novedad desarrollada desde el discurso de Kennedy a la fecha, existía ya en el Código Hammurabi, y a principios del siglo XX la encontramos en la obra de un gran economista francés: Charles Gide, quien en su "Curso de Economía Política"²⁷ que tanto influyó en la formación de economistas y juristas, dedicó todo un capítulo al consumo.

Recuerdo que al comenzar mis estudios de abogacía para preparar Economía Política lo hice en la 10ª edición del texto de Charles Gide; luego extravié esa obra y la reencontré hace muy poco tiempo²⁸. Cuando la reencontré hacían pocos días de mi participación en unas Jornadas de Derecho Constitucional, en las que debí hablar de derecho del consumidor, y pensé: ¿cómo no la he tenido antes?, porque me hubiese resultado muy útil mencionar las ideas de Gide sobre ese problema.

El destacado economista francés dedica un capítulo íntegro en el que afirma: "el renacer de los estudios de la ciencia, la economía política, y su repercusión en el derecho, debe formularse sobre la base de los estudios del consumo".

Señala también otra cosa: la utopía que significa creer que en las relaciones entre las partes hay absoluta igualdad; esa igualdad no existe y el productor aunque muchas veces pueda mejorar sus productos y obtenerlos a menor costo, no lo hace y se aprovecha del consumidor, porque si lo abarata excesivamente sus ganancias disminuirán. Las situaciones de monopolio se multiplican y el productor, que no tiene ningún tipo de límites en mercados que no son realmente libres, finca su interés en la obtención de mayores ganancias y no en beneficiar al consumidor brindándole productos de mayor cali-

²⁷. Publicada a fines del siglo XIX y a comienzos del XX.

²⁸. En realidad había quedado en casa de mis padres y recién hallé el ejemplar al acomodar su biblioteca.

dad y menor precio.

Gide propiciaba la formación de ligas de consumidores²⁹ para defenderse del aprovechamiento monopólico y ponía como ejemplo en 1910 lo que sucedía con las compañías telefónicas.

Terminaré recordando que hace seis o siete años visité en Lima a una Universidad que se llama UNIFE (Universidad Femenina) donde se nos invitó para un "conversatorio". Eramos dos profesores argentinos (Jorge Mosset Iturraspe y yo); debíamos improvisar, y yo no soy un buen improvisador. Los buenos improvisadores llevan siempre listas por lo menos tres improvisaciones y como no tenía tres improvisaciones listas me limité a una meditación, que fue la siguiente:

Cuando trabajé en la tesis de lesión, y luego vi que el Código Civil argentino y otros códigos de América incorporaron la lesión subjetiva, la imprevisión y el abuso del derecho, como buen iluso -como solemos ser muchos juristas- decía:

-";Qué bien! Hemos renovado el ordenamiento jurídico, lo hemos puesto al día y con ello impedimos el aprovechamiento y damos armas a los débiles para que se protejan frente a los poderosos logrando el equilibrio que las relaciones de contrato exigen!".

Pero la lesión subjetiva -y esto me lo enseña la experiencia- sólo sirve para corregir grandes aprovechamientos en relaciones individuales, y en el mundo de hoy el problema más grave no es el grave aprovechamiento en una relación de contrato individual, sino la multiplicidad de pequeños aprovechamientos en la contratación masiva, donde cada uno de nosotros no tiene la posibilidad de hacer valer sus derechos por múltiples razones, entre otras por el pequeñísimo valor económico que tiene el daño que individualmente podemos sufrir, mientras que la elevada ventaja del aprovechador está en la multiplicación de contratos donde cada uno de nosotros (sea por la mala información, sea por la necesidad que tiene de adquisición de los productos, sea por cualquier otra causa) está obligado a contratar con el productor que se aprovecha de la situación de

²⁹. Estas ligas comienzan a aparecer a fines del siglo XIX.

inferioridad en que nos encontramos. Estos aprovechamientos no encuadran en la figura de la lesión porque no hay una grave desproporción que permita articular esta defensa y deben buscarse nuevos remedios para lograr que la defensa de la parte débil -en este caso, los consumidores- se haga efectiva; por eso ahora nos encaminamos hacia el dictado de leyes que protejan a los consumidores, por ser un problema que ha cobrado actualidad.

Yo expresé eso en Lima y lo repetí hace 10 días, en una conferencia que di en la Universidad de Tucumán en Homenaje al Profesor René Padilla, fallecido hace un año. Yo dije esto de los múltiples aprovechamientos y como hay una cierta desilusión.

En Lima hablé de la venta de artículos de consumo en "los pueblos nuevos", y volví sobre el tema en Tucumán un sábado, con otros ejemplos. Al día siguiente, el domingo, voy al Supermercado de un Shopping a efectuar unas compras; me acompaña mi hija que elige algunas mercaderías. Pasamos por la caja, nos dan el ticket, y cuando estamos saliendo me detuve a examinar otra cosa frente a un puesto y mi hija, que estaba verificando la factura, advierte que una de las mercaderías que habíamos adquirido la habían cobrado 40 céntimos de dólar más de lo que figuraba como promoción. Entonces vuelve a las góndolas a verificar si no se equivoca, y comprobado que existía la promoción con un precio diferente de la factura, se va a quejar en Caja.

Obtuvimos, gracias a que se efectuó el reclamo de inmediato, y después de pelear, que restituyesen los 40 céntimos de dólar.

Pero ¿ustedes creen que si yo hubiese llegado a mi casa y recién allí hubiese advertido la diferencia, hubiera reclamado por ese aprovechamiento?, ¿Cuánto me costaba volver al Supermercado? y ¿cuánto me costaba reclamar?. Por eso es que hay que articular otras formas de defensa colectiva contra los aprovechamientos.

En casos como este solamente las asociaciones de consumidores pueden plantear el reclamo y reclamar la totalidad del daño ocasionado a los consumidores con la suma de aprovechamiento, porque se atrajo a una clientela y se multiplicó por miles los 40 céntimos de dólar, para obtener una ventaja indebida de considerable magnitud

a favor de la parte fuerte ya que cada una de las personas que resultaron víctimas del aprovechamiento no pueden reclamar individualmente

3) Conclusión. Protección de los débiles

Señores, me he extendido ya más una hora, y eso me obliga a liberarlos y que, como parte fuerte ya que estoy al frente como expositor, no les ocasione la "lesión" de seguir escuchándome, y deje de aprovecharme de los débiles, que están sentados pacientemente, aunque no tengan ya voluntad de hacerlo y a lo mejor estén deseando irse.

Lo importante, es recordar que una preocupación esencial del ordenamiento jurídico -que no es de hoy sino que nos viene de siglos, desde que el hombre comienza a preocuparse por establecer ordenamientos jurídicos- es la de proteger en distintas relaciones o situaciones a la parte más débil frente a los más fuertes, y que muchas de las figuras que hoy aparecen como novedades o inventos de este siglo tienen sus raíces en esa finalidad primordial de protección.

Por eso, aunque yo en algún momento haya estado enamorado de la lesión subjetiva (que fue el tema que trabajé como tesis), aunque haya tenido que hablar mil veces de esa figura, creo que ella no es suficiente y que en esta lucha eterna por el derecho las cambiantes condiciones nos van mostrando múltiples facetas del mismo problema: partes débiles y partes fuertes, aprovechamiento y necesidades que el hombre de derecho, sea desde la función de legislador, sea desde la función de juez, sea desde la función de maestro, inculque la necesidad de poner límites a esos aprovechamientos.