

**LAS ACCIONES QUE NACEN
DE LA LESIÓN (*)**

por
Luis Moisset de Espanés

SUMARIO:

I.- Naturaleza jurídica

- 1) ¿Nulidad o rescisión?
 - a) Nulidad "parcial" y relativa
- 2) Modificación o "reajuste"
- 3) Acción de daños y perjuicios

II.- Oportunidad y forma de ejercerlas

- 1) Introducción
- 2) Confirmación
- 3) Irrenunciabilidad
- 4) Improcedencia de la declaración de oficio
- 5) Formas en que puede quedar trabado el litigio
 - a) Acción de modificación
 - b) Acción de nulidad
- 6) ¿Subsidiariedad o transformación de acciones?
 - a) Polémica sobre la subsidiariedad
 - b) Nuestra opinión actual
 - c) La transformación de la acción: Subsidiariedad de la nulidad
- 7) Ejercicio por vía de excepción
- 8) Prescripción
 - a) Plazo
 - b) Momento inicial

III.- Legitimación

- 1) Legitimación activa
 - a) Transmisión por actos entre vivos
 - b) Ejercicio de la acción por acreedores de la víctima
- 2) Legitimación pasiva
 - a) Situación de los terceros de mala fe
 - b) Terceros de buena fe

IV- Efectos

- 1) Introducción

- 2) El cálculo de valores y la inflación
 - 3) Acción de modificación
 - 4) Acción de nulidad
 - a) Restitución de la cosa y el precio
 - b) Frutos y productos
 - c) Aumentos y mejoras. Derecho de retención
- V.- El nuevo artículo 954 y el conflicto de leyes en el tiempo
- 1) Introducción
 - 2) Los artículos 3 y 4049
 - 3) La lesión subjetiva y la validez del acto
 - 4) Actos anteriores a la ley 27.711
 - 5) Conclusiones

(*) Este trabajo corresponde al Capítulo IV de nuestro libro "La lesión y el nuevo artículo 954 del Código Civil", Imp. Dirección General de publicaciones, Universidad Nacional de Córdoba, 1976.

CAPÍTULO I
NATURALEZA JURÍDICA

1.- ¿Nulidad o rescisión?

El segundo párrafo del artículo 954 dispone que se puede solicitar "la nulidad o la modificación de los actos jurídicos afectados por la lesión, y en el párrafo final concede a la víctima una opción entre ambas acciones, pero admite que si elige el camino de la nulidad, el demandado puede ofrecer un reajuste equitativo del convenio al contestar la demanda.

Con anterioridad a la reforma se había discutido sobre si era conveniente que la acción tuviese las características de una nulidad o de una rescisión y, personalmente, nos inclinábamos por el segundo camino¹; el legislador, en cambio, ha optado por la otra solución, o al menos eso se desprende de la literalidad de los vocablos empleados en la norma para caracterizar a la acción.

Creemos, sin embargo, que hay un error terminológico en la denominación utilizada, pues los efectos que la ley otorga a la acción no son propios de una acción de "nulidad", sino de lo que técnicamente debe llamarse "rescisión"², que es el remedio reservado para negocios jurídicos que no están afectados de "invalidez", sino

¹. Ver nuestro libro "La lesión en los actos jurídicos", Dirección General de Publicaciones, Univ. Nacional, Córdoba, 1964, N° 374 a 376, p. 246 y 247. Hay reedición facsimilar, distribuye ed. Zavalía, Buenos Aires.

En lo sucesivo lo citaremos solamente como "La lesión...".

². Ver Federico de CASTRO, "El negocio jurídico", capítulo IV, "Los negocios rescindibles", p. 517 y ss. en especial § 588, p. 520.

de "ineficacia"³.

Quizás sea conveniente recordar en este momento las palabras que sobre el punto pronunciara un especialista en materia de nulidades, el profesor José A. Buteler, en reunión efectuada en el Instituto de Derecho Civil de Córdoba, el 10 de septiembre de 1964:

*"...En la nulidad nunca se puede hablar de efectos parciales: la nulidad afecta al acto íntegramente; en cambio en la lesión o en el fraude se da precisamente la ineficacia o rescisión parcial... el remedio puede contraerse a una simple modificación o morigeración con la cual pone remedio jurídico a la situación"*⁴.

Esto se debe a que la nulidad es la consecuencia de vicios congénitos del acto, que afectan elementos esenciales del negocio y provocan su invalidez; el vicio, según los casos, podrá o no ser subsanado, pero si se admite su convalidación, el acto sobrevive íntegramente; si se lo anula, debe caer en su totalidad.

En cambio la principal característica de la rescisión es que se puede solicitar la ineficacia total o parcial del acto, y esta última alternativa es la que brinda particular utilidad como remedio de los actos lesivos, pues permite mantener la validez del

³. Conf. Luis DIEZ PICAZO, "... la rescisión se aplica a contratos válidamente celebrados y obedece no a la irregularidad en la formación del contrato, sino al hecho de que el contrato regularmente celebrado contribuye a obtener un resultado injusto, inicuo o contrario a derecho: produce un fraude de acreedores o una lesión. Por eso hemos hablado anteriormente de una ineficacia funcional. La rescisión es una ineficacia funcional", en "Fundamentos del Derecho Civil patrimonial", Tecnos, Madrid, 1970, N° 360, 1°, p. 314.

⁴. Versión taquigráfica del autor de este trabajo (inédita).

negocio, subsanando la grosera inequivalencia entre las prestaciones que lo hacía inicuo. Adviértase que, aunque el beneficiario del acto -en el momento de realizarlo- haya obrado con el propósito de aprovecharse de la situación de inferioridad de la víctima, al aceptar la modificación redime su falta, pues al prestar su conformidad para que se logre una equivalencia razonable entre las prestaciones, deja de explotar a la otra parte.

Las acciones rescisorias se conceden frente a actos considerados válidos, pero a los que la ley niega la posibilidad de producir efectos. En el caso de la lesión el efecto no querido por la ley es el desequilibrio entre las prestaciones, de manera tal que salvado ese defecto por medio de una corrección parcial del acto, se mantiene su validez.

En varias oportunidades hemos dicho que no hacíamos problema de terminología, siempre y cuando se legislara adecuadamente sobre los efectos de la acción⁵; aceptamos entonces la denominación empleada por la ley 17.711, pues aunque se diga en ella que se trata de una acción de "nulidad", las características del remedio que brindan las acciones emergentes del artículo 954, son las típicas de las acciones rescisorias, que tienden a lograr la inoponibilidad total o parcial de un acto ineficaz.

Veamos, pues, cuáles son los efectos que -según la doctrina nacional- tiene esta llamada nulidad.

a) **Nulidad "parcial" y relativa.**- Como ya lo vimos al ocupar-

⁵. Ver "La lesión...", N° 376, p. 247.

nos de la cláusula penal⁶, los principales comentaristas de la reforma opinan que se trata de una nulidad "parcial", y relativa⁷.

Parcial, porque admite la subsistencia del acto, como acto válido, cuando se modifican las prestaciones para restablecer su equilibrio. Relativa, porque el legislador no ha considerado en este caso que se encuentre en juego el orden público, sino solamente el interés privado de las partes, que podrían confirmar el acto, renunciar a la acción, o dejarla extinguir por prescripción.

El tema fue objeto de especial estudio por las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en las que se votó una recomendación sosteniendo que "el vicio de lesión en los negocios jurídicos acarrea una nulidad relativa"⁸.

El miembro informante, para justificar esta recomendación, manifestó:

"...la comisión ha sido consciente que no es ésta una situación sencilla de decidir: saber si la nulidad que acarrea el vicio es absoluta o relativa. Cuando aludimos al funcionamiento del instituto, mencionamos la lucha contra la usura y los fines sociales, económicos y éticos que lo inspiran, todo lo cual conlleva una nulidad absoluta. Pero hemos tenido en

⁶. Ver el punto 4-b, p. 138 del Capítulo Segundo, Sección Tercera de nuestro libro "La lesión y el nuevo art. 954", ed. Zavalía, Buenos Aires, 1976.

⁷. Ver Jorge Joaquín LLAMBÍAS, "Estudio de la reforma...", p. 63 y 181. También habla de nulidad "parcial", Gustavo Manuel MILLAN, trabajo citado, N° 86, p. 49; y sostienen que la nulidad es relativa, entre otros, Jorge A. CARRANZA, "Examen y crítica...", ap. XI, p. 306 y ss.; Norman J. ASTUENA, trabajo citado, E.D. 45, ap. X, p. 870; Juan Carlos MOLINA, obra citada, p. 159; y Pedro WOLKOWICZ, libro citado, p. 81-82.

⁸. Ver Apéndice II, b), en página 240 de nuestro libro "La lesión y el nuevo artículo 954".

*cuenta que surge de la propia preceptiva legal que sólo el lesionado o sus herederos podrán ejercer la acción `y que el reajuste equitativo' es una especie de confirmación, puesto que implica sanear el negocio, todo lo cual ha sido decisivo para concluir sosteniendo el carácter relativo de la nulidad"*⁹.

Apoiando esta postura se escuchó también la voz de PIÑÓN, quien expresó que en nuestro derecho positivo, dados los términos del artículo 954, la nulidad tiene carácter relativo, y que quienes piensan que el vicio atenta contra la moral y las buenas costumbres, por lo que se afecta el orden público y la sanción debe ser la nulidad absoluta, tienen derecho a hacerlo, pero sólo como aspiración de reforma legislativa. Y para sustentar sus afirmaciones recordaba que la nulidad absoluta es imprescriptible, mientras que la acción que concede el artículo 954 prescribe a los cinco años, culminando su exposición con estas palabras:

*"Además, si se permite sanear el acto restableciendo el equilibrio en las contraprestaciones, es porque la reforma ha considerado el acto como afectando el interés privado (al igual que el error, el dolo, la intimidación, etc.) y, por lo tanto, su nulidad debe ser relativa"*¹⁰.

⁹. Jorge MOSSET ITURRASPE, "Quintas Jornadas...", versión taquigráfica reproducida en nuestro trabajo: "El régimen de la lesión y las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Rosario, 1971", Zeus, 77, D-111. Este trabajo se puede consultar también en la página web de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba: www.acaderc.org.ar

En adelante las citas de esa versión taquigráficas las haremos con la mención de "Quintas Jornadas...".

¹⁰. Benjamín Pablo PIÑÓN, en "Quintas Jornadas...".

Contra esta opinión mayoritaria -que compartimos- sólo se alzó la voz de SPOTA, para observar que el fundamento final de la lesión subjetiva "es la lucha contra la inmoralidad", por lo que estaría en juego el orden público y habría de por medio intereses que trascienden al lesionado, y sin afirmar de manera categórica que la nulidad era absoluta, solicitaba que la recomendación se abstuviese de calificar a la nulidad como relativa¹¹. Y en su réplica final MOSSET ITURRASPE recordó los inconvenientes y contradicciones insalvables en que se caería si aceptásemos que la nulidad es absoluta, porque en tal caso debería admitirse la imprescriptibilidad de la acción, y su ejercicio por cualquiera, incluso por el juez de oficio¹².

No queremos sobreabundar en esta materia, sobre la que ya hemos expuesto nuestra opinión en otra oportunidad¹³, y remitimos a lo entonces dicho. Nos limitamos a recordar que si a la acción se la denomina de "nulidad", esa nulidad será forzosamente relativa, por los efectos que la ley determina: prescriptibilidad; posibilidad de convalidar el acto modificando las prestaciones; personas legitimadas para entablar la acción, etc.

2.- Modificación o "reajuste"

Permítasenos primero una breve digresión terminológica. El

¹¹. Alberto G. SPOTA, en "Quintas Jornadas...".

¹². Jorge MOSSET ITURRASPE, en "Quintas Jornadas...".

¹³. "La lesión...", N° 370 y 371, p. 243 y 244.

segundo párrafo del artículo 954 habla de "modificación", y el último -en dos oportunidades- emplea la palabra "reajuste".

¿Cuál de estos dos vocablos es el adecuado para caracterizar la acción? Sin vacilar nos inclinamos por el primero¹⁴ que, de acuerdo al Diccionario de Real Academia Española es "la acción y efecto de **modificar**" y este vocablo, en su segunda acepción, significa: "reducir las cosas a los términos justos, templando el exceso o exorbitancia" que es, precisamente, la finalidad que se persigue con esta acción¹⁵.

En cambio las voces "reajuste" y "reajustar" no figuran en el Diccionario de la Real Academia Española y, aunque aceptemos que puedan usarse como vocablos compuestos, en tal caso su verdadero significado sería "volver a ajustar", y como este término proviene del latín "ad" (a) - "iustus" (justo), el Diccionario lo define como: "1º) hacer y poner alguna cosa de manera que case y venga justo con otra; 2º) conformar, acomodar una cosa a otra, de suerte que no haya discrepancias entre ellas", lo que equivale, en términos más sencillos, a decir que se ajusta algo cuando se lo pone en el lugar justo. En consecuencia "reajuste" significaría "acomodar de nuevo" algo que anteriormente fue justo, lo que hace inaplicable este vocablo a la acción que se concede a la víctima del acto lesivo, porque en estas hipótesis las prestaciones nunca fueron justas.

¹⁴. Lo hemos utilizado en la fórmula propuesta en nuestro libro "La lesión...", p. 254.

¹⁵. 18ª edición, Espasa-Calpe, Madrid, 1956.
Análogo significado le otorga al vocablo "modificación" el Diccionario de la Lengua Castellana de Don Carlos de Ochoa, que expresa en su 3ª acepción: "reducción de las cosas a los términos debidos y justos, quitándoles el exceso o exorbitancia que tenían".

El legislador pudo, quizás, emplear con propiedad el vocablo "reajuste" en el artículo 1198, al tratar la teoría de la "imprevisión", pues allí las prestaciones han sido originariamente "justas", y sólo por circunstancias imprevisibles, sobrevenidas con posterioridad, se ha roto el equilibrio, y la modificación que se efectúa tendrá como fin hacer nuevamente justo lo que antes ya lo había sido; pero curiosamente, allí se ha limitado a hablar de "una mejora equitativa" de los efectos del contrato.

Pero, dejemos de lado este problema, que no reviste mayor importancia, pues aunque el vocablo empleado no sea el más correcto, creemos que su uso no ha de provocar dificultades prácticas, y pasemos a estudiar con más detalle la acción de modificación.

Se trata de una acción independiente pero complementaria de la llamada de nulidad, y ello nos permite -precisamente- afirmar que, en conjunto, estamos frente a una rescisión.

Es quizás el arma más útil con que se cuenta para combatir la lesión, pues permite eliminar el daño que se causaba a la víctima, restableciendo la equivalencia de las prestaciones y, de esta forma, mantener la validez del acto.

Para que proceda la acción de nulidad es menester que se haya producido el daño; al borrarse el desequilibrio entre las prestaciones va a faltar el elemento objetivo de la lesión, y ya sabemos que la figura se integra con todos sus elementos.

En muchos códigos se denomina a esta acción de "reducción", incurriendo en un error evidente, pues con frecuencia puede tratarse no de la reducción de una prestación excesiva, sino del aumento de una prestación exigua. En los países en que se ha empleado el

vocablo "reducción", jurisprudencia y doctrina se esfuerzan en sostener que están comprendidas ambas hipótesis. El mismo problema se plantea en nuestro derecho con respecto al agregado que la propia ley 17.711 hizo al artículo 656, en materia de cláusulas penales leoninas, aspecto del que ya nos hemos ocupado ¹⁶.

Para soslayar toda dificultad es preferible emplear -como lo ha hecho el artículo 954- términos más amplios, que comprendan ambas situaciones. En nuestra tesis propusimos denominarla "acción de modificación"¹⁷, como lo han hecho luego el Código civil portugués¹⁸, y la propia ley 17.711 en el segundo párrafo del artículo 954, para que quede bien claro de que tanto puede recurrirse a ella cuando se trata de disminuir prestaciones excesivas, como cuando debe aumentarse el monto de prestaciones exiguas.

Conviene destacar que el legislador ha dado neta preferencia a la acción de modificación sobre la acción de nulidad. En efecto, si la víctima escoge la modificación, el demandado no podrá reconvenir optando por la nulidad, pero si el actor ha optado por la nulidad, el demandado puede forzar el cambio de esta acción por la de modificación, como lo dice muy claramente el último párrafo del artículo 954, cuando expresa:

"... la primera de estas acciones (la nulidad) **se trans-**

¹⁶. Ver "La lesión y el nuevo artículo 954", Sección Tercera, Capítulo II, punto 2-c), p. página 128.

¹⁷. Ver "La lesión...", N° 377 y 378, p. 248; y también la fórmula legal que proponíamos, punto 9), p. 254.

¹⁸. Ver "La lesión y el nuevo artículo 954", punto 5-b), p. 55, donde reproducimos el artículo 283 del Código civil portugués.

formará en acción de reajuste si éste fuere ofrecido por el demandado...".

Subyace siempre en el código la idea de que el acto atacado ha sido un acto voluntario, que no está afectado de invalidez, sino de ineficacia de alguno de sus elementos -en este caso la desproporción entre las prestaciones- y que debe mantenerse incólume el acto siempre que se haga desaparecer la causal de ineficacia¹⁹, o -dicho en otras palabras- si se restablece el equilibrio entre las prestaciones.

3.- Acción de daños y perjuicios

Algunos autores se han preguntado si sería posible sumar a las acciones de nulidad o modificación, la de indemnización de daños y perjuicios, arribando -por lo general- a una conclusión negativa, aunque por la vía de razonamientos muy dispares, a los que procuraremos pasar revista rápidamente.

En primer lugar CARRANZA²⁰ sostiene enfáticamente que: "no corresponde, en el caso de lesión, la indemnización de daños y perjuicios, como sanción accesoria". Y para justificar su postura arguye: a) que la nulidad es sanción suficiente; b) que al desaparecer la incidencia patrimonial es innecesario el resarcimiento; y

¹⁹. Conf. Federico N. VIDELA ESCALADA, "La fuerza obligatoria de los contratos después de la reforma del Código civil por la ley 17.711", p. 234, en "Contratos", tomo II, ed. Zavalía, Buenos Aires, 1973.

²⁰. Jorge A. CARRANZA, "Examen y crítica...", ap. XI, p. 308.

c) que no se justifica la indemnización porque la lesión no constituye un acto ilícito.

Debemos señalar nuestra total discrepancia con los fundamentos -no con la solución- dados por el prestigioso jurista riocuartense, ya que: a) en nuestro código la sanción de nulidad no excluye la posibilidad de que deban resarcirse daños y perjuicios en los actos ilícitos (art. 1056); b) la restitución de las cosas, en la acción de nulidad, o la modificación de las prestaciones, borran el desequilibrio, pero no impiden que se hayan producido daños en el período intermedio; c) finalmente, los actos lesivos **son ilícitos**, y tanto, que el Código penal debe ocuparse de ellos!

Por su parte ASTUENA ha tomado como base la obra de CARRANZA para sostener que "en principio no corresponde la condena accesoria de daños y perjuicios"²¹ porque la anulación o modificación del contrato habría hecho desaparecer su incidencia negativa sobre el patrimonio de la víctima; pero a continuación desliza que "en circunstancias verdaderamente excepcionales", a pesar de la nulidad podría subsistir un perjuicio que justificase la indemnización de daños, aunque -con mucha probidad- confiesa que no ha encontrado ejemplos que avalen su posición.

MOLINA, en cambio, trata de demostrar que en diversas hipótesis la víctima puede haber sufrido daños que no se cubren con el ejercicio de las acciones de nulidad o modificación²², y se pregunta si es justo negar a la víctima una acción complementaria de indem-

²¹. Norman J. ASTUENA, E.D. 45, ap. X - 3), p. 970.

²². Juan Carlos MOLINA, obra citada, f), p. 162 y 163.

nización de daños y perjuicios²³. Al efectuar la valoración crítica de la reforma llega a la conclusión de que el artículo 954 no admite que se ejercite una acción complementaria de daños y perjuicios²⁴, y afirma que la solución es justa porque el legislador no ha querido asegurar ganancias al lesionado, sino evitarle el perjuicio, y también porque su conducta ha sido hasta cierto punto culposa o negligente.

En realidad, si la acción fuese realmente de "nulidad", y teniendo en cuenta la ilicitud "intrínseca" del acto lesivo, se impondría la aplicación del artículo 1056 y, aunque el artículo 954 nada diga, debería admitirse el reclamo accesorio de daños y perjuicios.

Creemos, sin embargo, que asiste razón a quienes niegan la posibilidad de intentar una acción suplementaria de indemnización; y ello porque el conjunto de previsiones del artículo 954 consagra una verdadera acción de "rescisión", y no de "nulidad". El juez no invalida el acto lesivo, sino que declara su ineficacia y restablece el equilibrio, por vía de la restitución total de las prestaciones que las partes se efectuaron, o de su modificación parcial, manteniendo la validez del acto. Borrado el desequilibrio no se justifica una pretensión resarcitoria, máxime teniendo en cuenta que en los actos lesivos no aparece ningún vicio de la voluntad.

El legislador ha tenido en cuenta el carácter voluntario del acto para concretar la defensa de la víctima a las acciones especí-

²³. Autor y obra citados en nota anterior, p. 166, N° 7.

²⁴. Juan Carlos MOLINA, obra citada, p. 172 a 174.

ficamente concedidas por el artículo 954, y no le permite extender su pretensión de resarcimiento a otros daños, de los que sólo él será responsable.

CAPITULO II

OPORTUNIDAD Y FORMA DE EJERCERLA

1.- Introducción

Cualquiera sea la fórmula empleada por las diferentes legislaciones que se ocupan de la institución en el Derecho comparado, se advierte en todas ellas que la víctima del acto lesivo puede hacer valer sus acciones en cualquier momento, mientras no hayan prescrito, y jamás el mero cumplimiento de las prestaciones nacidas del contrato lesivo convalidará el acto; muy por el contrario, en tales hipótesis se admite que la víctima pueda repetir lo que ya hubiese entregado, y ello -precisamente- porque no se trata de una típica hipótesis de nulidad relativa, sino de una rescisión.

2.- Confirmación

Consideramos de interés en esta materia recordar la fórmula consagrada por el artículo 21 del Código Suizo de las Obligaciones²⁵, porque en ese sistema jurídico no se denomina a la acción de rescisoria, sino de "nulidad relativa"²⁶.

La doctrina suiza sólo admite dos maneras de confirmar el acto lesivo, a saber: a) que la víctima, después que haya desaparecido

²⁵. "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".

²⁶. Ver "La lesión...", N° 166, p. 107.

su situación de inferioridad, manifieste su voluntad de convalidar el acto de manera expresa, exteriorizando de esta forma un propósito de liberalidad; y b) que la víctima deje transcurrir el plazo de prescripción, sin interponer la demanda de nulidad, confirmando tácitamente el acto lesivo.

Pero si la acción no ha prescrito, y no ha mediado una confirmación expresa, la nulidad traerá como consecuencia que la víctima "pueda repetir lo que ha pagado".

Conviene también analizar la doctrina italiana, pues en el mencionado sistema jurídico se contempla como remedio de la lesión la rescisión del acto²⁷, con la alternativa lógica de la modificación²⁸. Señalan los autores italianos que estos actos no pueden ser confirmados, porque no son "inválidos", sino "ineficaces" y, por tanto, no hay ningún vicio que sanar. La única manera de eliminar la ineficacia es por el transcurso del tiempo, ya que todas las acciones prescriben si no se ejercitan dentro de los plazos previstos por la ley. Precisamente el artículo 1451 del Código italiano se refiere a la imposibilidad de confirmar el acto sujeto a la

²⁷. "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."

²⁸. "Art. 1450 (C. civil italiano).- **Oferta de modificación del contrato.**- El contratante contra quien se demandare la rescisión podrá evitarla ofreciendo una modificación del contrato suficiente para reducirlo a la equidad."

acción de rescisión²⁹ y STOLFI³⁰ llega a sostener que esta prohibición se refiere tanto a la renuncia anticipada, como a un acto posterior de convalidación expresa.

No alcanzamos a comprender la necesidad de prohibir una confirmación expresa del acto, mientras se admite la confirmación tácita por vía de la inacción durante el plazo de prescripción. Hacemos, sin embargo, una salvedad: el acto confirmatorio sería también ineficaz, y no produciría ningún efecto, si subsistiese la situación de inferioridad de la víctima³¹.

Esta breve incursión por el derecho comparado sirve únicamente para fortalecer nuestra posición: "el mero pago de las obligaciones surgidas del acto lesivo no tiene efectos convalidatorios".

La víctima, impulsada por el ahogo económico propio de su estado de necesidad, o por su inexperiencia, o por el estado patológico de inferioridad psíquica que provoca la ligereza, no sólo celebra el contrato, sino que cumple las obligaciones que de él emergen. Muchas veces recién podrá advertir que la otra parte aprovechó su situación de inferioridad, después de haber cumplido con las prestaciones a su cargo, que se hacen sentir en toda su dimensión no en el momento de contraerlas, sino en el de ejecutarlas. Con mucha razón decía QUINTEROS, en el Tercer Congreso Nacional de

²⁹. "Art. 1451 (C. civil italiano).- **Inadmisibilidad de la confirmación.**- El contrato rescindible no puede ser confirmado."

³⁰. G. STOLFI, "Teoría del negocio jurídico", trad. al castellano, Ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 282.

³¹. Conf. Juan Carlos MOLINA, obra citada, p. 164: "Para admitir la validez de una renuncia posterior al cumplimiento del contrato ha de considerarse si no median en ella, como acto jurídico independiente y autónomo, los mismos vicios de ligereza e inexperiencia y que ella no se obtenga por la otra parte aprovechándolos."

Derecho Civil, "que la experiencia profesional nos indica que el lesionado se da cuenta del acto recién cuando tiene que despojarse de la cosa que por el contrato debe entregar"³².

Nuestras elaboraciones doctrinarias concuerdan con lo sostenido por otros autores, ya que todos los que se han ocupado del tema aceptan pacíficamente que declarada la "nulidad" -como la denomina nuestro derecho- las partes deberán restituirse lo que recíprocamente hubiesen recibido³³; y la jurisprudencia, en los casos en que ha hecho aplicación del artículo 954 no ha vacilado en declarar la nulidad y hacer lugar a la repetición de lo que se había entregado³⁴, sin que se haya insinuado la posibilidad de que la ejecución de la prestación afectada por la lesión podía constituir una hipótesis de confirmación tácita que subsanase el defecto del acto.

Sin embargo, el hecho de que se suela sostener que estamos frente a una "nulidad relativa" puede llevar a confusiones peligrosas. Así hemos visto a un prestigioso tribunal³⁵ que afirmaba, basándose en el carácter parcial y relativo de la nulidad, que "los intereses ya pagados, en ausencia de reserva, no pueden repetirse",

³². "Tercer Congreso ...", T. II, p. 550.

³³. Así, por ejemplo, Jorge CARRANZA ha dicho que los efectos de la nulidad y sus alcances "no serán diferentes a los que de cualquier acción de esa índole" ("Examen y crítica...", ap. XI, p. 307); y Juan Carlos MOLINA sostiene que "en cuanto a los efectos de la acción de nulidad son los previstos en el artículo 1050 y siguientes del Código civil" (libro citado, nota 13, p. 161).

³⁴. Ver entre otros casos "Vigiani de Vigiani, Melania y otra c/Butelli, Aníbal A.", Cám. Civil Cap. sala F, 9 de marzo de 1971, J.A. 11-248, donde luego de hacer lugar a la nulidad por lesión, el vocal Dr. Collazo expresaba que: "a mérito de lo preceptuado en el art. 1050 del Código civil, obliga a las partes a restituir lo que hubiesen recibido y volver las cosas el mismo o igual estado en que se hallaban antes...".

³⁵. Cám. Civil Cap. sala A, 10 de octubre de 1972, "Alfano, Cayetano c/Sambiase, Francisco A.", J.A. 20-227.

y se apoyaba en las afirmaciones que en el mismo sentido hace LLAMBÍAS³⁶.

Ese fallo incurre en el error de olvidar que la víctima de una prestación usuraria, por lo general, padece un grave estado de necesidad económica y en su desesperación echa mano a este recurso como un remedio heroico, con la esperanza de subsistir y la ilusión de que el futuro pueda traerle una mejoría en su situación que le permita salvar su patrimonio. Y, así como la persona que se ahoga da manotazos desesperados, procurando mantenerse a flote, aquí el sujeto recurre a nuevos préstamos -quizás más onerosos- para pagar los anteriores, o acepta abonar intereses exorbitantes para lograr una espera y que no se le reclame por el momento el capital adeudado.

¿Puede alguien imaginar que en esas circunstancias, el pago de los intereses usurarios deba interpretarse como una manifestación tácita de voluntad tendiente a confirmar el acto viciado de lesión?³⁷.

Es que, como dijimos al ocuparnos de la cláusula penal³⁸, si aceptamos que el hecho está afectado por una nulidad relativa, y por tanto confirmable, no debemos olvidar el artículo 1060 del Código civil, que no admite la confirmación mientras no haya cesado

³⁶. Jorge Joaquín LLAMBÍAS, "Obligaciones...", T. 2, N° 928-9, p.242-5.

³⁷. Sostienen que los intereses son repetibles, Eduardo A. BUSSO, "Código civil anotado", T. 4, N° 174, p. 288; Guillermo A. BORDA, "Obligaciones", 2ª ed., T. I, N° 493, p. 356; y Cám. Civil Cap., sala 1ª, 31 de diciembre de 1946, J.A. 1947-I-156, y 2 de mayo de 1947, J.A. 1947-II-108; Cám. Com. Cap., sala A, 29 de abril de 1958, L.L. 93-193.

³⁸. Ver puntos b, c y d, del apartado 4, Capítulo II, de la Sección Tercera de nuestro libro "La lesión y el nuevo artículo 954", p. 138 y 139.

el vicio. Por esos, en las hipótesis de lesión, el pago total o parcial no puede tener efectos confirmatorios; lo único que podría enervar la acción sería la prescripción, o una renuncia expresa efectuada con posterioridad a la desaparición del estado de inferioridad que padece la víctima, pues recién en ese instante podría admitirse que actuase con ánimo de liberalidad y, ¡dando muestras de gran generosidad de espíritu, se decidiese a favorecer a quien lo había estado explotando inicuaamente!

En resumen, podrá admitirse la confirmación expresa o tácita de un acto lesivo si el propio acto confirmatorio no está afectado también por el vicio de lesión, es decir si han cesado la situación de inferioridad, o la desproporción entre las prestaciones, pues de lo contrario la confirmación también sería ineficaz.

3.- Irrenunciabilidad

En la fórmula recomendada por el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil se hacía referencia expresa a la inadmisibilidad de las renunciaciones anticipadas.

La experiencia indica que si se da cabida a la posibilidad de renunciar a la acción, esta modalidad se convierte en cláusula de estilo en todos los contratos, y vuelve ilusorio el remedio contra la lesión³⁹.

La ausencia de una prohibición expresa en el artículo 954 ha despertado la preocupación de la doctrina nacional, y nosotros -en

³⁹. Ver en "La lesión y el nuevo artículo 954", en el capítulo IV de la Sección Primera, la compilación catalana (punto 7-a), que prohíbe la renuncia anticipada, y la compilación navarra (punto 7-b), que la permite en su ley 505.

una de las primeras conferencias que dimos sobre el tema⁴⁰- recordamos que en la Edad Media las cláusulas de renuncia se emplearon con mucha frecuencia en los contratos, arguyendo que si la acción de lesión tiende a satisfacer un interés privado de las partes, y está en sus manos esgrimirla o no, no existía ningún obstáculo para aceptar también la renuncia, pero advertimos que la admisión de semejantes cláusulas privaba de efectividad a la norma represiva de la lesión. De allí nació la preocupación de los juristas para que en los textos legales se estableciese con claridad la prohibición de renuncia anticipada.

Podría compararse esta situación con la que sucede en materia de prescripción, donde las leyes tampoco aceptan la renuncia anticipada. Tanto la prescripción como la protección que se brinda por medio de la nulidad de los actos lesivos son leyes de carácter imperativo, y por ello no pueden renunciarse anticipadamente; aunque con posterioridad, una vez incorporadas las acciones al patrimonio privado de las partes, ellas puedan disponer libremente de dichas acciones y llegar incluso a renunciarlas.

CARRANZA también se ha preocupado por este aspecto, afirmando que no puede aceptarse la renuncia a la acción contemporánea al acto, "porque la irregularidad negocial es de tal linaje que no puede menos que influir directamente en todos los accesorios a ella conectados mientras no se haya cerrado el proceso contractual mismo"⁴¹, y considera que hubiese sido preferible resolver el punto

⁴⁰. Universidad de Mendoza, 16 de mayo de 1968. Se publicó en Mundo Jurídico, N° 14, p. 84-94. Ver en especial p. 94.

⁴¹. "Examen y crítica...", p. 311.

expresamente, en lugar de dejar librada a la interpretación de los jueces la validez o ineficacia de estas renunciaciones.

En igual sentido se han expedido otros autores⁴², considerando que pese al silencio de la ley debe entenderse que la acción es irrenunciable anticipadamente o de manera contemporánea a la realización del acto, única solución que está de acuerdo con la naturaleza de la figura y con su finalidad de protección de la inferioridad en que se encuentra la víctima del acto lesivo.

El tema ha sido también objeto de preocupación en distintos certámenes científicos, y así vemos que en el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil, reunido en Córdoba en 1969, CARRANZA presentó una ponencia⁴³ reiterando las ideas que ya había expuesto en el libro, y MOSSET ITURRASPE se hace eco del problema en sus "Observaciones"⁴⁴; la Comisión estudió el problema, y su despacho, en el punto VI, recomendaba interpretar que la acción de nulidad o reforma son irrenunciables⁴⁵.

⁴². Guillermo A. BORDA, "La Reforma del Código civil", Ed. Perrot, Buenos Aires, 1971, N° 99, p. 150; Juan Carlos MOLINA, obra citada, g) p. 164; Pedro WOLKOWICZ, libro citado, p. 87-88; Alberto A. DI CIÓ, trabajo citado, E.D. 40, en especial, ap. IX, p. 710; Norman J. ASTUENA, trabajo citado, E.D. 45, en especial ap. XII, p. 972; Luis OVSEJEVICH, "Invalidez e ineficacia por anomalías de la voluntad, p. 297, en "Contratos" de la cátedra de Videla Escalada, tomo II, ed. Zavalía, Buenos Aires, 1973.

⁴³. "Cuarto Congreso...", T.2, p. 674, punto 4 de la ponencia de Carranza: "Finalmente deberá agregarse a la norma prohibitiva de la lesión que la acción de nulidad o reforma es irrenunciable en el mismo momento en que se celebra el acto, a fin de que se cierre el circuito contractual sin que se destruya ab initio la posibilidad de impugnación".

⁴⁴. "Cuarto Congreso...", T. 2, p. 686, punto IV de la "Observación" de MOSSET ITURRASPE: "La irrenunciabilidad de las acciones acordadas a la víctima, se desprende del fundamento y finalidad del instituto; aun sin norma expresa así debe declararse de lege lata".

⁴⁵. Ver el despacho de la Comisión del Cuarto Congreso en el Apéndice I de "La lesión y el nuevo artículo 954", y también en la publicación del "Cuarto Congreso...", T. II, en www.acaderc.org.ar

En las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Rosario en 1971, volvieron sobre el punto, en sus ponencias, BREBBIA⁴⁶, FABA⁴⁷, MOSSET ITURRASPE⁴⁸ y PIÑÓN⁴⁹. En el debate el único que se refirió al problema fue el miembro informante, quien expresó:

"La comisión ha entendido que debe interpretarse que las acciones son irrenunciables con anterioridad al negocio o al tiempo de su celebración. Lo contrario importa la incorporación de un pacto sobre renuncia susceptible de ser atacado de nulidad como todo el resto del negocio jurídico; pero no equivale a sostener que la renuncia esté vedada porque se trate de acciones que tengan más en cuenta el interés público que el interés privado, porque ello conduciría a declararla nulidad absoluta. Por el contrario, creemos que la nulidad es relativa; pero las acciones son irrenunciables porque esa cláusula

⁴⁶. "Quintas Jornadas...", Tomo I de "Ponencias", BREBBIA, punto III: "El ejercicio de la acción de impugnación por lesión es irrenunciable con anterioridad o al tiempo de otorgarse el acto"; y luego en los fundamentos sostenía que "el vicio de lesión involucra al acto entero; de aquí que la cláusula en la que se establezca de antemano la renuncia al derecho de impugnar la acción que legisla el art. 954 C. civil, sea también nula".

⁴⁷. "Quintas Jornadas...", Tomo I de "Ponencias", Susana Nilda FABA, punto 7, donde consideraba, de "lege lata" que la acción es irrenunciable, pero que de "lege ferenda", es conveniente efectuar la aclaración expresa.

⁴⁸. "Quintas Jornadas...", Tomo I de "Ponencias", MOSSET ITURRASPE, punto V: "Debe interpretarse la irrenunciabilidad de las acciones nacidas de la lesión subjetivo-objetiva, art. 954, al momento en que se celebra el acto".

⁴⁹. "Quintas Jornadas...", Tomo I de "Ponencias", fundamentos de la ponencia de PIÑÓN: "No obstante el carácter relativo de la nulidad, cuya acción podrá ejercerse o no por la parte damnificada, no puede admitirse su renuncia al momento de celebrarse el acto". Y agrega más adelante: "... si en un contrato viciado por lesión se estableciera una cláusula por la que se renuncia a demandar invocándosela, esta cláusula sería tan anulable como el resto del acto, por estar igualmente viciada".

es inescindible de todo el negocio jurídico, y al caer éste, cae también el pacto de renuncia"⁵⁰.

Los delegados demostraron coincidir con el despacho y al llegar el momento de la votación aprobaron la recomendación que proponía interpretar que las acciones no podían ser objeto de renuncia anticipada o contemporánea al acto lesivo⁵¹.

Finalmente, en las Cuartas Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil (San Rafael, marzo de 1976), un joven profesional cordobés ha sostenido también que no cabe interpretar la norma de otra manera, y jamás podría admitirse la renuncia anticipada, dado el objeto que persigue la institución de la lesión⁵².

Sólo nos resta decir, para concluir con el estudio de este punto, que una vez desaparecidas las causas que viciaban al acto, podrá admitirse la renuncia a la acción, que en tal caso equivaldría a una confirmación.

4.- Improcedencia de la declaración de oficio

Quienes sostenemos que la acción es típicamente rescisoria, jamás dudaremos sobre la improcedencia de que el juez se pronuncie de oficio sobre la ineficacia del acto; pero, aceptando que el

⁵⁰. "Quintas Jornadas...", informe de Jorge Mosset Iturraspe.

⁵¹. Ver la recomendación aprobada en "La lesión y el nuevo artículo 954", Apéndice II-b), p. 240.

⁵². Miguel Julio RODRÍGUEZ VILLAFANE, "El instituto de la lesión en el derecho argentino", Revista Notarial, La Plata, N° 925, p. 207-222 (ver en especial: Requisitos procesales. La acción: su renunciabilidad).

código le ha dado el trato propio de las nulidades, debemos recordar que el pronunciamiento de oficio sólo corresponde cuando se está frente a una nulidad absoluta y manifiesta (art. 1047), y aquí la nulidad sería relativa, y para determinar la existencia del vicio es menester una previa investigación de hecho!

Para no sobreabundar, remitimos a lo que ya expusimos al ocuparnos de un problema semejante en la cláusula penal⁵³.

5.- Formas en que puede quedar trabado el litigio

a) **Acción de modificación.**- Para facilitar el estudio del problema comenzaremos por la hipótesis más sencilla, es decir aquella en que el actor reclama la modificación del acto presuntamente lesivo. En tal caso el demandado no tiene más remedio que someterse a la vía elegida, ya que él no puede pretender que se declare la nulidad del acto; pero puede adoptar diversas posturas, que es necesario diferenciar.

1) En primer lugar, puede allanarse a las pretensiones del actor, aceptando tanto la existencia del elemento objetivo de la desproporción, como también la de los elementos subjetivos. En tal hipótesis no será menester ninguna actividad probatoria y el juez hará lugar a la modificación solicitada.

2) El demandado, aceptando que el acto es lesivo, puede sin embargo afirmar que la desproporción es menor que la reclamada. En este caso la actividad probatoria se limitará al elemento objetivo,

⁵³. Ver Sección Tercera, Capítulo II, punto 5, de "La lesión y el nuevo artículo 954".

partiendo de la base de la desproporción ya reconocida, punto mínimo sobre el cual hay coincidencia, para determinar cuál es la medida real del desequilibrio. En definitiva, el juez deberá hacer lugar a la modificación, pero tendrá dos límites: por lo menos deberá conceder el reajuste en la medida aceptada por el demandado, y a lo sumo podrá extender esa modificación -como máximo- a la pretensión originaria del actor.

3) El demandado niega la existencia de lesión, aceptando que hay una desproporción entre las prestaciones, en la medida de lo reclamado, pero que no ha mediado aprovechamiento, ni inferioridad del actor. En el pleito sólo se discutirán estos elementos subjetivos, cargando el actor con la prueba de su inferioridad, y el beneficiario del acto -en razón de la inversión de la prueba que consagra el tercer párrafo del artículo 954- con la demostración de las causas que justificarían la inexistencia de aprovechamiento. Si no se prueba la existencia de los elementos subjetivos el juez deberá rechazar el pedido de modificación.

4) El demandado niega que haya la desproporción afirmada por el actor, y niega también la existencia de los elementos subjetivos, es decir no acepta ninguno de los extremos del acto lesivo y la actividad probatoria deberá recaer sobre todos ellos. En tal caso el magistrado debe recordar que es preciso que se presenten simultáneamente todos los requisitos exigidos por el artículo 954 para que el acto sea lesivo, y que la ausencia de cualquiera de los tres elementos que contempla la norma hace que la acción no pueda prosperar. Si en el pleito se prueba que el acto es lesivo, el juez condenará a la modificación en la medida que resulte de la prueba

rendida.

b) **Acción de nulidad.**- Veamos ahora qué sucede cuando el actor ha pedido la nulidad. Recordemos, primero, que el demandado puede aceptar que el litigio siga ese camino, o puede reclamar que la acción se transforme en una de reajuste. Esta última opción la estudiaremos luego⁵⁴.

Nos limitaremos, por ahora, al caso en que el demandado se somete a la acción de nulidad; aquí las posibilidades se reducen, pues si el acto fuese verdaderamente lesivo, ya no interesará determinar con exactitud la medida de la desproporción de las prestaciones, pues la consecuencia será la misma: la nulidad del acto. Quedan entonces, dos alternativas:

1) El demandado se allana a las pretensiones del actor, y el juez decretará la nulidad sin más trámite.

2) El demandado niega la existencia de uno o varios de los elementos del acto lesivo, y la prueba versará sobre esos aspectos. Si no se reúnen todos los requisitos, el acto conservará su validez; si se prueba la lesión, con sus tres elementos, el juez decretará la nulidad.

Hemos dejado para el final la posibilidad que tiene el demandado de solicitar que la acción de nulidad se transforme en acción de reajuste, aspecto del que nos ocuparemos a continuación.

6. - ¿Subsidiariedad o transformación de acciones?

⁵⁴. Véase el punto 6 de este capítulo.

a) **Polémica sobre la subsidiariedad.**- Pero ¿qué sucede si el demandado ejerce la opción de "ofrecer el reajuste" que le acuerda el artículo 954 en su parte final?

BORDA, con la agilidad conceptual que lo caracteriza, cree advertir aquí un problema y, partiendo de la base de que este ofrecimiento es una "solución anómala", afirma que "no puede hacerse en forma subsidiaria"⁵⁵. Llega entonces a la conclusión de que el demandado tendrá que asumir de entrada una "posición franca, admitiendo la lesión y ofreciéndose a repararla", porque "no es razonable mantener en la incertidumbre los derechos del actor a lo largo de todo el pleito".

El prestigio de BORDA, y la participación que le cupo en la confección de la ley 17.711, han pesado en el ánimo de otros juristas, que han prestado su adhesión a estas afirmaciones, negando al demandado el derecho de pedir el rechazo de la acción, por no existir lesión, junto con el "ofrecimiento subsidiario" de reajuste, para el caso de que el juez considerara que el acto era lesivo.

El primero en hacerse eco de esta opinión ha sido GARRIDO, en ponencia presentada a las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil⁵⁶, y la comisión encargada de estudiar el tema en ese certamen se dividió, expidiéndose la mayoría en sentido coincidente con las

⁵⁵. Guillermo A. BORDA, "La lesión", E.D. 29, en especial ap. IV, p. 733.

⁵⁶. "Quintas Jornadas...", T. 2 de "Ponencias", Roque F. GARRIDO: "El reajuste no puede pedirse en forma condicionada; si así se hace se juzgará como una acción de nulidad". Y para fundar la ponencia manifestaba: "Breves conceptos para compartir el pensamiento de diversos tratadistas en el sentido de que el demandado no puede ofrecer el reajuste en forma condicionada. Se debe reconocer al contestar la demanda la desproporción de las prestaciones y ofrecer el pertinente reajuste, sobre lo que deberán versar las pruebas a producirse".

expresiones de BORDA y la ponencia de GARRIDO⁵⁷. El despacho mayoritario fue defendido en el plenario por Jorge MOSSET ITURRASPE, en los siguientes términos:

"Respecto al punto quinto: "reajuste", la mayoría de la Comisión ha admitido la recomendación propiciada por Garrido, compartiendo el criterio de varios tratadistas, en el sentido de interpretar que la ley veda el ofrecimiento del reajuste en forma condicionada.

Demandada la nulidad, el accionado -al "contestar la demanda"- puede ofrecer el reajuste reconociendo la situación de desequilibrio; pero no puede hacerlo condicionando al resultado de la litis, para el caso de acogerse por el juez la nulidad, y demostrarse la desproporción en el período de la prueba.

Una aplicación razonable de la buena fe que debe presidir el proceso, así lo exige; por lo demás, la norma prevé que la acción "se transformará", y no la eventualidad de dos acciones contradictorias, tramitadas a la vez, y a pedido del aprovechador, convertido en árbitro de la situación"⁵⁸.

El mismo jurista, en un trabajo muy reciente⁵⁹, insiste en la

⁵⁷. "Quintas Jornadas...". El despacho de la mayoría, rechazado por la asamblea, expresaba: "El reajuste no puede oponerse en forma condicionada".

⁵⁸. "Quintas Jornadas...". Informe de la mayoría.

⁵⁹. Jorge MOSSET ITURRASPE, "El precio en la compraventa inmobiliaria", Revista del Notariado, nov.-dic. 1975, N° 744, p. 1859-1894 (ver en especial p. 1877, nota 61, donde reproduce las palabras que pronunció en las Quintas Jornadas).

no subsidiariedad de la acción, que también es negada por MILLÁN⁶⁰, pero la posición de este último autor no debe extrañarnos, puesto que llega a afirmar que debería suprimirse totalmente la opción de reajuste que le ley concede en la actualidad al demandado⁶¹.

Pero, retornemos a las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Ya en el seno de la Comisión se apuntó una seria discrepancia, y se formuló un despacho minoritario, que aconsejaba la admisión del ofrecimiento de reajuste en forma subsidiaria, por considerar que del texto legal no surgía ningún obstáculo para esta postura, y que la finalidad perseguida primordialmente por la ley es la de mantener, dentro de lo posible, la validez del acto, resultado que se logra al permitir la modificación de manera equitativa, pues, en tal caso, al desaparecer el desequilibrio entre las prestaciones desaparece el vicio que lo afectaba.

Durante el debate apoyaron al despacho minoritario COLOMBRES GARMENDIA⁶², GARDELA⁶³, SPOTA⁶⁴ y el autor de estas líneas⁶⁵. Destaca

⁶⁰. Gustavo Manuel MILLÁN, trabajo citado, N° 82, p. 47: "Las mismas razones apuntadas (incertidumbre del lesionado y extraordinariedad del remedio), impiden que el reajuste pueda plantearse subsidiariamente al rechazo de la demanda de nulidad".

⁶¹. Autor citado en nota anterior, N° 79, p. 46.

⁶². "Quintas Jornadas...". Sostuvo allí Colombres Garmendia que "no responde a la buena fe procesal obligar a un allanamiento", en especial si se confunde lesión civil con usura penal y se interpreta ese allanamiento como reconocimiento del delito penal.

Entendía el jurista tucumano que el demandado puede ofrecer el reajuste, negando simultáneamente la existencia de la lesión.

⁶³. "Quintas Jornadas...". GARDELA decía: "Quiero insistir muy seriamente, en la misma línea del Dr. Colombres Garmendia y otros, en que no se ponga obstáculos a la posibilidad de reajuste en subsidio.

"En primer término, el texto legal no lo veda expresamente...".

"...En segundo término, no se diga que la lealtad procesal exige que de entrada el demandado responda aceptando el reajuste...El demandado puede, con toda buena fe, ignorar la situación subjetiva del accionante, por ejemplo.

"En tercer término, y esto lo destaco muy enérgicamente, hay que facilitar en todas formas al tribunal la buena solución de estos litigios que son siempre

mos especialmente la opinión de SPOTA, porque él -al igual que BORDA- fue miembro de la Comisión redactora de la reforma, lo que demuestra que no debemos aceptar la opinión de BORDA como expresión de la "intención" del legislador.

Al votarse los despachos, los juristas presentes en las Quintas Jornadas rechazaron el de la mayoría, y aprobaron una Recomendación que admite expresamente la posibilidad de oponer el reajuste en forma subsidiaria⁶⁶.

Nuestro apoyo a esa recomendación se basaba, principalmente, en el fin de la institución, que no persigue la invalidez de los negocios jurídicos, sino su corrección para impedir aprovechamientos injustos, fin que se logra adecuadamente con la modificación de las prestaciones. Esta es la causa por la cual, si seguimos la figura en su evolución histórica a lo largo de los siglos, veremos que siempre la acción de modificación ha prevalecido sobre la de nulidad y ha sido el remedio más eficaz contra la lesión.

Esa idea es la que parece también haber inspirado al legislador argentino cuando, frente al pedido de nulidad del actor, conce-

sumamente delicados...", agregando que si la única vía posible fuese la nulidad, quizás el juez vacilaría en declararla, por la gravedad de la decisión, mientras que "...en cambio, habría dispuesto el reajuste que, por un infundado rigorismo, se excluyó de la litis", al no admitir su planteo en subsidio (fragmentos de la versión taquigráfica).

⁶⁴. "Quintas Jornadas...". Manifestó SPOTA: "Quiero referirme ahora al problema del reajuste. Se ha dicho con razón que es necesario mantener la posibilidad de que el demandado ofrezca reajustar la prestación. Las razones que se han dado son a mi juicio decisivas...".

⁶⁵. "Quintas Jornadas...". "Señalo mi adhesión a las objeciones expuestas por los doctores Colombres Garmendia y Gardela, respecto a que el reajuste puede ser ofrecido de manera subsidiaria; ya lo había hecho en el seno de la comisión, y deseo aquí dejar constancia".

⁶⁶. Ver Recomendación aprobada por las Quintas Jornadas, en nuestro libro "La lesión y el nuevo artículo 954". Apéndice II-b), p. 240.

de al demandado una opción y le otorga facultades para lograr que la acción de nulidad se transforme en acción de reajuste.

Por otra parte, y juzgadas las cosas abstractamente, no veíamos que pudiese imputarse mala fe procesal al demandado que elige esta vía, ya que perfectamente puede imaginarse que, frente a la acción -y precisamente por estar convencido de que su conducta no ha sido lesiva- pida el rechazo de las pretensiones del actor, pero, como prueba de la **buena fe** con que ha procedido en todo momento, ofrezca subsanar la posible desproporción que pudiera encontrarse, si la hubiera, por estar convencido de que jamás se hallará un desequilibrio importante, logrando así que se mantenga la validez del acto, al que ambas partes prestaron su adhesión voluntariamente.

Por último, el argumento efectista de que se mantendrá al actor en la incertidumbre, no nos causa ninguna impresión, porque: ¿en qué litigio no hay incertidumbre hasta el momento de la sentencia definitiva? Y, además, ¿en qué difiere esta incertidumbre de la que sufren ambas partes cuando se ha elegido originariamente el camino de la modificación? Casi en nada.

b) **Nuestra opinión actual: Transformación de la acción.**- Pero, las ideas que entonces sostuvimos, estaban destinadas a evolucionar en alguna medida. Bien señalaba GARDELA, en las Quintas Jornadas, que las elaboraciones doctrinarias no pueden ni deben estar divor-

ciadas de las necesidades de la vida real⁶⁷ y, precisamente, los problemas que se le plantearon a un joven y estudioso magistrado⁶⁸ nos provocaron una serie de cavilaciones y dudas, que nos obligaron a reflexionar más profundamente sobre el tema.

En una acción de nulidad por lesión el demandado había ofrecido la acción de reajuste, sin hacer referencia a montos, y el magistrado -inspirándose en la opinión de BORDA- había considerado que esta actitud implicaba un allanamiento a la existencia del vicio, por entender que el ofrecimiento de reajuste no podía ser subsidiario. Pero, resulta que la actividad probatoria rendida en el pleito puso de manifiesto que... **¡no había existido en ningún momento desproporción!**

¿Qué resolución debía dictar? ¿Podía condenar al pago del reajuste de una diferencia inexistente? ¿Debía rechazar la acción, pese al "allanamiento" del demandado? ¿A quién aplicaba las costas?

El preconcepto de la "no subsidiariedad" de la acción de modificación llevaba a un punto muerto, puesto que cualquiera de los caminos que adoptase incluía en sí soluciones absurdas y en abierta contradicción con la lógica más elemental.

Todos los problemas se conectaban con el erróneo punto de partida: interpretar como "allanamiento" el ofrecimiento de reajus-

⁶⁷. "Quintas Jornadas...". GARDELA: "... los dramas inherentes a estos problemas jurídicos no los vive tanto la doctrina, que se manifiesta en un plano académico, sino el Tribunal, al que se llevan, con toda su actualidad palpitante, todos los problemas de la vida misma".

⁶⁸. Rubén N. SANTINELLI, juez civil de Villa Dolores, autor de un interesante trabajo sobre el tema titulado: "La transformación de la acción de nulidad en de reajuste. Su ofrecimiento en forma subsidiaria", presentado como ponencia a las Cuartas Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil (marzo de 1976).

te. Si releemos el artículo 954 veremos que dice textualmente que la acción de nulidad "se transformará en acción de reajuste". Pero, ¿qué acción queda si media un allanamiento? En tal hipótesis no subsiste ninguna acción, ni la de nulidad, ni la de modificación. Debe advertirse que la ley no ha dispuesto que se ponga fin a la acción de nulidad ofreciendo pagar el reajuste equitativo, sino que ha contemplado la posibilidad de "transformar" la acción de nulidad en otra acción distinta: la de modificación o reajuste.

Es que, en realidad, en todas estas discusiones se ha pasado por alto la solución que verdaderamente consagra el texto del artículo 954. El ofrecimiento de reajuste no significa tramitar simultáneamente dos acciones, la de nulidad, y subsidiariamente la de reajuste, sino algo mucho más sencillo, y que está expresado con claridad por el legislador: **la acción de nulidad se transforma en acción de modificación**, y de allí en adelante deberá proseguirse con las características propias de esta última.

El legislador ha dado preferencia a la acción de modificación, pues permite que sea elegida por el actor o que, si en lugar de ella optó por la nulidad, el demandado imponga la vía procesal de la acción de modificación, haciendo que la acción de nulidad **se transforme** en acción de reajuste. No es una solución descabellada; se funda en los fines de la institución. El legislador reconoce que está frente a un acto voluntario y, por tanto, válido; quiere respetar, dentro de lo posible, la validez del acto y busca esta solución por todos los medios, permitiendo que se tomen las medidas necesarias para que desaparezca el desequilibrio de las prestaciones y no se ocasione daño a la presunta víctima.

Insistimos, por tanto, que ofrecido el reajuste por el demandado, el pleito ya no se tramitará como "acción de nulidad", sino que -como lo dice en forma terminante el artículo 954- esa acción se habrá transformado en una "acción de modificación".

c) **La transformación de la acción. Subsidiariedad de la nulidad.** - La solicitud de transformar la acción de nulidad en acción de reajuste -que debe plantearse al contestar la demanda⁶⁹ - puede asumir algunas variantes, que llevarán en definitiva a que el pleito quede trabado en forma similar, en sus lineamientos generales, a un litigio comenzado como demanda de modificación.

Y esto es lógico, porque las características de la acción de modificación no pueden diferir por el hecho de que esa vía haya sido elegida por el actor, o impuesta por el demandado.

Habrá, sin embargo, una diferencia fundamental -agudamente vislumbrada por BORDA- que ha de incidir en la etapa final del litigio. Si la demanda fue originariamente de modificación y el juez llega a la conclusión de que el acto es lesivo y condena al demandado a modificarlo, la demora en cumplir la orden judicial hará pasible al demandado de todas las medidas procedentes para exigir el cumplimiento⁷⁰; en cambio, si el actor reclamó la "nulidad", y el demandado obligó a que la acción se transformara en una

⁶⁹. Conf. Guillermo A. BORDA, trabajo citado, E.D. 29, en especial ap. IV, p. 733; Jorge MOSSET ITURRASPE, Informe de la mayoría en las "Quintas Jornadas...", (versión taquigráfica inédita reproducida más arriba), y trabajo y lugar citados en nota 60; Gustavo Manuel MILLÁN, trabajo citado, N° 81, p. 47.

⁷⁰. Conf. Norman J. ASTUENA, trabajo citado, ap. XI, 3), p. 972: "...en caso de negarse el mismo a cumplir las prestaciones a su cargo -con las modificaciones impuestas en la sentencia- incurrirá en incumplimiento culpable, con las consecuencias consiguientes".

de modificación, posteriormente, al ser condenado al reajuste, la sentencia deberá contener el apercibimiento de que si no cumple en el plazo perentorio que ella fija, se considerará anulado el acto⁷¹. En este caso la nulidad subsidiaria es posible porque estaba contenida en el reclamo originario del actor, y procura brindar una defensa más efectiva a sus intereses, de manera que si el demandado no cumple con el reajuste, el actor puede optar por exigir ese cumplimiento, o por hacer efectiva la nulidad que había solicitado. Esta alternativa, que favorece a la víctima, no era posible en las demandas que se iniciaron como acciones de modificación, en las que en ningún momento ha estado en juego la nulidad del acto.

Veamos, pues, cuáles son las posibles variantes que pueden presentarse ante el pedido de nulidad, transformado en acción de modificación:

a) El demandado se allana totalmente a las pretensiones del actor, aceptando que el acto es lesivo y que realmente existía la desproporción en la medida que el actor ha indicado, y ofrece el pago de esa suma. El litigio termina en ese mismo instante, pero la lealtad procesal exige que el demandado satisfaga en un término perentorio la diferencia, pues de lo contrario, como explicábamos más arriba, el juez ordenará subsidiariamente la nulidad del acto.

b) El demandado, al ofrecer la modificación, acepta que el

⁷¹. Conf. Guillermo A. BORDA, trabajo y lugar citados en nota 56; Rubén N. SANTINELLI, trabajo citado en nota 69; y Luis OVSEJEVICH, trabajo citado en nota 43, p. 296. En igual sentido Cám. de Apelaciones de Junín, 5 de diciembre de 1975 "Muñoz de Guillán, Nélica c/ Muñoz, Pedro", Rev. Col. Abogados, La Plata, Nos. 34, 35 y 36, p. 467 y ss.

acto es lesivo, pero estima que la desproporción es menor. Se juzgará entonces solamente el elemento objetivo, dentro de los límites en que ha quedado trabada la litis, como lo señalábamos más arriba⁷².

c) Acepta la desproporción, pero niega la existencia de los otros elementos del acto lesivo, ofreciendo el reajuste para el caso de que existiesen. En esta hipótesis, reconocido el elemento objetivo, se presumirá la explotación, pero la víctima deberá probar su situación de inferioridad (necesidad, inexperiencia o ligereza).

d) Niega categóricamente que haya existido lesión, pero ofrece el reajuste para el caso de que el juez entendiera que el vicio existió. En el pleito deberán acreditarse todos los elementos del acto lesivo, y si el magistrado considera que se han reunido, ordenará el "reajuste" de las prestaciones de acuerdo a lo probado en el juicio.

En resumen, entendemos que el tenor literal del artículo 954 brinda clara solución al problema. La ley faculta al demandado por nulidad a que exija la transformación de esa acción en una de reajuste, con las modalidades propias de esta última acción, pero no lo obliga de manera alguna a reconocer que el acto era lesivo, signo que le permite -lo mismo que en la acción de modificación

⁷². Ver más arriba, en este mismo capítulo, punto 5-a), segunda hipótesis desarrollada.

intentada originariamente por la presunta víctima- discutir la existencia de los elementos constitutivos de la lesión y sólo se podrá ordenar la modificación cuando se acredite que el acto era realmente lesivo. En esos casos -atenta la forma en que se planteó originalmente la litis- la sentencia deberá contemplar de manera subsidiaria la nulidad del acto, para el caso de que el demandado no cumpla con la modificación ofrecida⁷³.

7.- Ejercicio por vía de excepción

Hasta ahora nos hemos referido al caso en que la presunta víctima del acto lesivo toma la iniciativa, y solicita la modificación o nulidad del acto. Pero, puede suceder que -ante el reclamo de cumplimiento de las prestaciones surgidas de un contrato- se conteste la demanda y se oponga el artículo 954 por vía de excepción, tal como lo autoriza el nuevo artículo 1058 bis⁷⁴.

Esta excepción, -como la de pago, por ejemplo- es una de las defensas con que cuenta el accionado para enervar la pretensión del actor, y no encuadra dentro de las de previo y especial pronunciamiento⁷⁵, sino que es una excepción perentoria, que será objeto de discusión y prueba a lo largo del pleito, y el magistrado la resol-

⁷³. En contra Augusto M. Morello, "Efectos del reajuste que obsta a la nulidad del acto lesivo", en Rev. del Colegio de Abogados, La Plata, Nos. 34, 35 y 36, p. 467 a 474.

⁷⁴. En contra Juan Carlos MOLINA, obra citada, p. 162: "Aplicando estos conceptos al tema de lesión, estimo que ...sólo podría hacerse valer por vía de acción, mediante la correspondiente demanda o la reconvención en su caso."

⁷⁵. Por tanto no puede ser resuelta por vía incidental, ni priva al actor de oportunidad de hacer valer sus derechos y probar la inexistencia de la lesión.

verá recién al dictar sentencia.

Pareciera, por tanto, no haber obstáculos para esgrimir las acciones que surgen del artículo 954 por vía de excepción, tal como lo expusimos respecto a la cláusula penal, cuando estudiamos el agregado efectuado al artículo 656.

Sin embargo, es necesario señalar aquí un inconveniente de índole procesal, y distinguir según que se pretenda la modificación del acto, o su nulidad. En la primera de las hipótesis -excepción de reajuste- no tropezaremos con ningún inconveniente; pero sucede que los códigos procesales no disponen que se corra traslado de las excepciones, y la estricta aplicación de ese dispositivo a la excepción de nulidad, en el caso de lesión, impediría el correcto funcionamiento de artículo 954.

En efecto, el actor, a quien se le opone la "excepción de nulidad", si no se le corre traslado no tendría oportunidad de ofrecer el reajuste que prevé el último párrafo del artículo 954.

Por lo expuesto, y atento las especiales características de la acción que se concede en caso de lesión, entendemos que si se plantea la nulidad como "excepción", es indispensable correr traslado al actor para que pueda ejercitar la opción entre la nulidad o la modificación.

8.- Prescripción

a) **Plazo.**- Prevé el artículo 954 que la prescripción de la acción "**se operará a los cinco años de otorgado el acto**".

En primer lugar, deseamos señalar un error metodológico; el

plazo de prescripción de estas acciones no debió contemplarse en el artículo 954, sino en el título que el Código destina específicamente a la prescripción de las acciones en particular, varias de cuyas normas fueron también modificadas por la ley 17.711.

En segundo lugar, pensamos que es un plazo inusitadamente largo; por lo general todos los ordenamientos jurídicos fijan plazos muy breves para las acciones de nulidad de los negocios jurídicos, para evitar que se afecte la seguridad jurídica y se pierda la confianza en la estabilidad de la validez del negocio.

Esta tendencia no sólo prevalece en el derecho comparado, sino que también rige en nuestro código, que fija un plazo de dos años para la prescripción de las acciones de nulidad por incapacidad de los otorgantes, o por vicios de la voluntad (artículos 4031 y 4030 del Código civil argentino).

Si se mantiene latente durante cinco años la posibilidad de pedir la nulidad o modificación de los negocios, aduciendo la existencia de la "lesión", se crea una grave inseguridad, más seria aún en países como el nuestro, que sufren agudos procesos inflacionarios, que distorsionan los valores, e impiden apreciar con la debida exactitud, luego de transcurrido un tiempo, si la desproporción entre las prestaciones ha sido realmente importante.

La doctrina nacional, de manera casi unánime, ha condenado este aspecto de la fórmula represiva de la lesión⁷⁶, y en las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil la Recomendación votada expresaba la conveniencia de **"reducir el plazo de prescripción a**

⁷⁶. Con la lógica excepción de BORDA y SPOTA que, como autores de la reforma, defienden la solución consagrada en el artículo 954.

dos años...".

En alguna oportunidad señalamos la conveniencia de que el decaimiento del derecho se produjese por vía de caducidad, y no de prescripción⁷⁷, para que no se viese alterado por suspensiones que introducirían factores de incertidumbre. Como el fin que perseguimos con esta obra es, principalmente, explicar el derecho vigente, no insistimos en ese punto ya que no cabe discusión que la ley ha consagrado un plazo de prescripción.

Para evitar repeticiones inútiles, remitimos también a lo que hemos dicho en el Capítulo IV de la Sección Primera de nuestro libro "La lesión y el nuevo artículo 954", al comparar ese artículo con algunas legislaciones modernas, en especial en el punto 3-c), al tratar del Código civil húngaro; en el 4-b), con respecto al código polaco, y en el 5-e), con relación al código portugués.

b) **Momento inicial.**- Apartándose del principio general en materia de prescripción, según el cual los plazos comienzan a correr a partir del momento en que las obligaciones se hacen exigibles, el artículo 954 dispone que el curso de la prescripción comenzará en el momento de otorgarse el acto.

Entendemos que el legislador ha cometido un serio error, no sólo porque quebranta el sistema general de la prescripción, sino -principalmente- porque la solución adoptada puede producir resultados injustos y dejar desprotegida a la víctima de aprovechamientos lesivos, como lo hemos expuesto al comparar el Código civil

⁷⁷. Ver "La lesión...", N° 381, p. 250. y también N° 299, p. 200 y 201.

húngaro, con la fórmula contenida en el artículo 954 del Código civil argentino⁷⁸.

La crítica de la doctrina nacional a este aspecto del dispositivo ha sido también unánime, y en las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil se expresó el anhelo de que se lo reformase, recomendando que **el plazo se computase desde la fecha en que debe ser cumplida la prestación**⁷⁹.

⁷⁸. Ver el punto 3-c) del Capítulo IV, Sección Primera de este libro, p. 46.

⁷⁹. Ver la Recomendación aprobada por las "Quintas Jornadas...", en el Apéndice II-b.

CAPITULO III

LEGITIMACIÓN**1.- Legitimación activa**

El artículo 954 de Código civil argentino ha sido en este punto muy claro: la acción sólo puede ser intentada por la víctima o sus herederos. El legislador ha procedido con estrictez, restringiendo el campo de la legitimación activa a la víctima, que sufre personalmente los efectos del acto lesivo, y únicamente acepta la transmisión de la acción "mortis causa", en razón de que los herederos, en nuestro sistema jurídico ocupan el lugar del causante.

De esta manera se prohíbe transmitir la acción por un acto entre vivos, o que un acreedor de la víctima, ejercitando la acción oblicua que autoriza el artículo 1196 del Código civil entable la demanda en lugar del lesionado, cuando éste se muestra remiso a hacerlo.

Uno de los inspiradores de la reforma, BORDA, justifica la solución sosteniendo que:

"...resulta chocante a la idea de justicia que un tercero, el cesionario de los derechos, venga a beneficiarse con la explotación que el lesionado ha sufrido. En cuanto a los acreedores que pretendan intentar la acción oblicua, es obvio que ellos no tienen por qué impugnar un acto que muy bien

puede haber obedecido a un ánimo liberal"⁸⁰.

Creemos que deben distinguirse dos problemas distintos: uno es el de la transmisión de la acción por un acto entre vivos, el otro la posibilidad de que los acreedores cuenten con un arma para defender sus intereses que pueden verse seriamente perjudicados si el patrimonio de la víctima queda en estado de insolvencia a raíz, precisamente, del acto lesivo.

a) Transmisión por actos entre vivos

Enfocada nuestra visión sobre el problema de la transmisión de la acción por un acto entre vivos a un tercero extraño al acto lesivo, pareciera asistirle la razón a BORDA, y los argumentos que suministra en su trabajo se ven reforzados por los de otros comentaristas, como ASTUENA, que nos dice:

"Pienso que la intransmisibilidad se funda en que el vicio que afecta al acto reconoce circunstancias y condiciones especiales y personalísimas que sólo pueden ser aquilatadas debidamente por el propio lesionado" ⁸¹.

Y con más extensión, Juan Carlos MOLINA afirma que la prohibi-

⁸⁰. Guillermo A. BORDA, trabajo citado, E.D. 29, en especial ap. V, p. 733. Conf. Ramón Daniel PIZARRO, "Aspectos procesales de la lesión subjetiva", trabajo presentado a las Cuartas Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil, en las que obtuvo el "Primer Premio", Revista Notarial de Córdoba, N° 31, 1976, p. 43-66.

⁸¹. Norman J. ASTUENA, trabajo citado, E.D. 45-961, en especial ap. VIII, p. 969.

ción

*"...se funda en que el vicio que podría invalidar el acto reconoce circunstancias y condiciones especiales y personalísimos respecto del sujeto lesionado y que, por tanto, transmitidos los derechos y obligaciones del contrato a terceros por acto entre vivos y a cualquier título, esas circunstancias y condiciones ya se independizarían del contrato lesivo originario, efectuándose la transmisión en otras circunstancias y condiciones que no afectarían a los terceros. Por eso éstos no podrían accionar por el posible vicio de lesión cuyas consecuencias no han sufrido. Por lo demás conceder la acción con mayor amplitud sería comprometer la seguridad, la certeza y estabilidad de los negocios jurídicos"*⁸².

El resto de la doctrina nacional poco dice, y así vemos que ANDORNO expresa que considera "razonable circunscribir la posibilidad de su ejercicio"⁸³, y LÓPEZ de ZAVALÍA⁸⁴, MOSSET ITURRASPE⁸⁵ y DI CIÓ⁸⁶, se limitan a informar sobre cuál es el límite que se ha pues-

⁸². Juan Carlos MOLINA, obra citada, p. 158.

⁸³. Luis O. ANDORNO, ponencia remitida al Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil (ver "Actas...", t. 2, p. 679), y también en la obra con GARRIDO: "Reformas al Código civil", 2ª ed., Zavalía, Buenos Aires, 1971, comentario al art. 954, p. 167.

⁸⁴. Fernando J. LÓPEZ de ZAVALÍA, obra citada, p. 396.

⁸⁵. Jorge MOSSET ITURRASPE, "Teoría General del Contrato", Orbir, Santa Fe, 1970, p. 191.

⁸⁶. Alberto A. DI CIÓ, Alberto A., E.D. 40-703, en especial, ap. XI p. 711.

to a la legitimación, sin realizar ninguna valoración crítica sobre el punto.

Por último agregaré que sólo LLAMBÍAS ha propiciado la supresión de la frase que dice que "sólo el lesionado o sus herederos podrán ejercer la acción cuya prescripción se operará a los cinco años de otorgado el acto", en una ponencia presentada al Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil⁸⁷, remitiendo a los fundamentos dados en anteriores comentarios publicados en Jurisprudencia Argentina⁸⁸, pero allí vemos que sólo critica al párrafo por el plazo de prescripción que fija la acción⁸⁹.

Si efectuamos un balance, llegaremos a la conclusión de que los argumentos expuestos por la doctrina resultan convincentes y justifican la prohibición de transmitir la acción por "actos entre vivos".

b) Ejercicio de la acción por acreedores de la víctima

Reiteramos que el texto es muy claro, y su tenor literal cierra las puertas de manera absoluta a que terceras personas ejerciten la acción, ni siquiera por vía de la subrogación que autoriza el artículo 1196 del Código civil argentino, pese a que en tal hipótesis el acreedor no hace más que ejercitar los derechos de su deudor inactivo.

⁸⁷. "Cuarto Congreso...", T. 2, p. 683.

⁸⁸. Jorge Joaquín LLAMBÍAS, "Estudio de la Reforma...", p. 57 a 65, y J.A. 1968-V-673 y ss.

⁸⁹. Obra citada en nota anterior, p. 64, y J.A. 1968-V-694.

En este sentido encontramos una sentencia de la Cámara de Apelaciones de Dolores, del 23 de mayo de 1972, en la que se ha expresado que la acción de reducción, "por su propia naturaleza y por expreso mandato de la norma, no es susceptible de ser ejercitada oblicuamente por los acreedores"⁹⁰, que sigue una corriente jurisprudencial que se inicia con un fallo de la Cámara Primera de Apelaciones de San Nicolás, del 20 de octubre de 1970⁹¹, y que posteriormente se ha reflejado también en un fallo de la sala C, de la Cámara Civil de la Capital⁹².

Sin embargo aquí se nos plantean dudas sobre la justicia de la solución adoptada por el legislador, y las palabras de BORDA, al sostener que los acreedores "no tienen por qué impugnar un acto que muy bien puede haber obedecido a un ánimo liberal", quizás sean la mejor demostración de que se ha incurrido en un error.

A nuestro entender debe efectuarse una subdistinción, según que la víctima del acto lesivo se encuentre en estado de insolvencia, o que se mantengan en su patrimonio bienes suficientes como para satisfacer a sus acreedores.

Si la víctima del acto lesivo fuese una persona solvente, y tuviese otros bienes, nada justificaría que los acreedores se entrometiesen en sus actos y procurasen esgrimir sus derechos, por vía de la acción subrogatoria, provocando la grave inestabilidad jurídica de que habla MOLINA.

⁹⁰. "Garibay, Alejo y otra c/ El Arco S.C.A.", E.D. 42-654, y J.A. 21-547 (con nota de L.M.E. p. 550)

⁹¹ "Piciochi, Ana M. c/ Balbín, Casimiro y otros", J.A. 9-682.

⁹². 1º de agosto de 1972, "Filimondi, Alberto c/ López Barbe, Ignacio", J.A. 16-86 y E.D. 48-218.

Pero si la víctima cae en estado de insolvencia, la situación es muy distinta; su inacción va a perjudicar a los acreedores, que se verán privados de la legítima garantía que aseguraba el cumplimiento de las obligaciones. Y resulta que si se tratase de una verdadera liberalidad, procedería la acción revocatoria, aunque el tercero ignorase la insolvencia del deudor (art. 967 Código civil), pero BORDA niega la acción, ¡porque el acto puede tener ánimo liberal! ¡Y todo esto con el agravante de que el acto es fruto de un aprovechamiento de la situación de inferioridad de la víctima!

Adviértase, además, que puede suceder que la víctima, aunque conozca el daño que se le ha inferido con el acto lesivo, haya perdido interés en ejercitar la acción en razón, precisamente, de su estado de insolvencia, pensando que de cualquier forma esos bienes no van a quedar en sus manos, sino que pasarán a las de sus acreedores.

En esta pugna de intereses: ¿deberá preferirse al lesionante? ¿Se permitirá que consolide su ganancia ilícita y perjudique a acreedores legítimos de su víctima?

Una pregunta más: si la víctima cayese en estado de concurso, ¿podría el síndico ejercitar la acción? Creemos que sí, ya que el síndico tiene facultades, en virtud de lo dispuesto por los artículos 113 y 123 de la Ley de Concursos N° 19.551, para entablar las acciones tendientes a acreditar que el tercero tenía conocimiento del estado de cesación de pagos del deudor. Pero, puede suceder que el síndico -sea porque no lo considere conveniente, sea por desidia- tampoco intente la acción. ¿En qué situación quedan los acreedores?

Adviértase que ellos tienen un interés legítimo en promover la acción por lesión, cuyos requisitos y plazo de prescripción son distintos a los de la acción revocatoria. Es cierto que hemos señalado como circunstancia justificante la "insolvencia actual" de la víctima, pero puede suceder que el acto lesivo haya sido ejecutado antes de que se produjese ese estado de insolvencia, ¡y ello no le quita su carácter lesivo!

Por lo expuesto creemos que sería conveniente conceder a los acreedores la posibilidad de ejercitar la acción de lesión por vía subrogatoria⁹³, cuando su deudor, que ha sido la víctima del acto lesivo, se encuentra en estado de insolvencia.

2.- Legitimación pasiva

Nada dice el Código sobre el particular, pero por aplicación de principios generales, entendemos que la acción debe dirigirse contra el aprovechador, y en caso de fallecimiento contra los herederos a cuyo patrimonio hubiesen ingresado las prestaciones que efectuó la víctima.

a) Situación de los terceros de mala fe

Sucede a veces que, cuando la víctima del acto lesivo pretende intentar la acción, el objeto que entregó ha pasado a manos de terceros adquirentes. ¿Podrá prosperar la acción en contra de

⁹³. En contra: Federico de CASTRO, (obra citada, § 595, p. 525), que piensa que los acreedores no tienen legitimación activa para subrogarse en las acciones rescisorias, porque estas acciones pueden originar la obligación correlativa de restituir lo que se recibió en virtud del negocio que se rescinde.

ellos?

Si los terceros hubiesen actuado de mala fe, creemos que también contra ellos podría dirigirse la acción. La mala fe consistirá en el conocimiento de la existencia del acto lesivo, y resultará de probar que sabía la vileza del precio pagado por quien le enajenó el objeto, y conocía también la situación de inferioridad en que se encontraba la víctima del acto; o por el conocimiento que tenía de que la víctima había entablado las acciones de nulidad o modificación del acto.

b) Terceros de buena fe

¿Qué sucederá, en cambio, si el tercero es de buena fe? Algunos códigos se han preocupado por este problema, y así vemos que en Italia el artículo 1452 dispone que los subadquirentes no pueden ser privados de aquello que les ha sido válidamente transmitido⁹⁴.

Con motivo del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, la doctrina argentina se hizo eco de esta preocupación, y así encontramos sendos dictámenes de Sáux Acosta⁹⁵, Sandler⁹⁶, Oliva Vélez⁹⁷, Cardini⁹⁸, el Instituto de Derecho Civil de la Facultad de Derecho

⁹⁴. "Art. 1452 (C. c. italiano).- **Efectos de la rescisión respecto de terceros.** - La rescisión del contrato no perjudica a los derechos adquiridos por los terceros, salvo los efectos de la transcripción de la demanda de rescisión".

⁹⁵. "Tercer Congreso...", T. 2, p. 527.

⁹⁶. "Tercer Congreso...", T. 2, p. 533 (punto 14, ap. c).

⁹⁷. "Tercer Congreso...", punto 5, T. 2, p. 535.

⁹⁸. "Tercer Congreso...", T. 2, p. 538.

y Ciencias Sociales de Rosario⁹⁹ y el autor de este trabajo¹⁰⁰, en los que se sostenía que "la rescisión o modificación del acto no puede ser opuesta a terceros de buena fe"¹⁰¹.

El nuevo artículo 954 no ha tocado el punto, y no había necesidad de que lo hiciera, porque otras modificaciones introducidas por la ley 17.711 al sistema del código hacen efectiva la protección a los terceros de buena fe por la vía de retoques efectuados en materia de nulidades¹⁰², que serán aplicables a la acción nacida de la lesión, en razón -precisamente- de que se la ha caracterizado como "acción de nulidad".

En resumen, si se trata de un bien mueble, el tercer adquirente de buena fe va a estar protegido por la presunción que establece a su favor el artículo 2412; y si se trata de bienes inmuebles, aunque se llegase a declarar la nulidad del acto lesivo, el pronunciamiento no afectará a "los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso" (art. 1051, in fine).

Es conveniente, sin embargo, hacer una salvedad en materia de inmuebles; de acuerdo a las modificaciones que la propia ley 17.711 introdujo al artículo 2505, para que el tercer adquirente pueda oponer la transmisión a la víctima del acto lesivo, será menester que haya inscripto su derecho en el Registro Público Inmobiliario,

⁹⁹. "Tercer Congreso...", punto VI, T. 2, p 540.

¹⁰⁰. "Tercer Congreso...", punto 7, T. 2, p. 534.

¹⁰¹. También en el texto de la norma que propusimos en nuestro libro incluimos un párrafo que expresaba: "La rescisión o modificación del acto no puede perjudicar a terceros de buena fe" ("La lesión...", p. 254)

¹⁰². Modificaciones introducidas en la parte final del artículo 1051 Código civil, por la ley 17.711.

pues si no hubiese procedido de esa manera el acto de transmisión sería inoponible, y la acción de nulidad por causa de lesión prosperaría incluso contra ese tercer adquirente.

Si se tratase de automotores, la falta de inscripción tiene aún consecuencias más graves, pues el tercero no podrá ser considerado como propietario del vehículo, en razón del carácter constitutivo de la inscripción¹⁰³ y, en consecuencia, con mayor razón procederá la acción de la víctima en su contra.

¹⁰³. Ver nuestros: "La propiedad de los automotores y la inscripción registral", Bol. de la Fac. de Der. y C. Sociales de Córdoba, año XXXVII, 1973, p. 377; "Obligaciones que surgen del contrato de compraventa de un automotor", año XXXVIII, 1974, p. 325.

CAPITULO IV

EFFECTOS**1.- Introducción**

Distintos serán los efectos de la sentencia que declara el carácter lesivo de un acto, según que se haya sustanciado una acción de "nulidad", o una de "modificación". Pero antes de analizar en detalle cada una de estas hipótesis desearíamos tratar un problema que es común a ambas: **la inflación**.

2.- El cálculo de valores y la inflación

Ya en otras partes de esta obra, especialmente cuando estudiamos el elemento objetivo de la desproporción de las prestaciones, nos referimos a las confusiones que puede acarrear el proceso inflacionario, que priva a las partes de un "metro" o medida estable para comparar los valores de las prestaciones intercambiadas. Insistíamos, así, sobre algo que ya nos preocupaba al escribir nuestra tesis¹⁰⁴, y más de un autor nacional, con posterioridad a la sanción del artículo 954, se ha hecho eco de esta preocupación, para afirmar que la inflación no puede afectar la existencia de la lesión, ya que la norma habla de "cálculo de valores" y que cuando se exige que la desproporción subsista al momento de entablarse la acción, el texto también se refiere a "valores".

¹⁰⁴. Ver "La lesión...", N° 271, p. 175 y 176, y nota 131, p. 176.

Así las cosas, en pura teoría, a nuestra doctrina le parece que la confusión es imposible¹⁰⁵, pero sucede que -a pesar de los términos de la norma, que da un tratamiento conjunto a las prestaciones intercambiadas, procurando computar sus "valores"- con mucha frecuencia una de las prestaciones ha consistido en una suma de dinero, que ha cambiado sustancialmente de valor, y llegado el momento de la sentencia que condena a la modificación o nulidad del acto, si los jueces olvidan que **esa prestación no debe recibir el trato de las "obligaciones dinerarias"**, sino el correspondiente a las "obligaciones de valor", sus resoluciones pueden consagrar tremendas injusticias. En estas épocas de inflación se puede llegar al aberrante resultado de que la víctima de una explotación lesiva obtenga una sentencia favorable, y resulte sin embargo perjudicada por la forma en que se pretende instrumentar la modificación o nulidad.

A esta altura nos parece oportuno brindar algunos ejemplos, que no son producto de la imaginación, sino que los hemos tomado de casos que han pasado por nuestros tribunales. Supongamos que A, persona inexperta, de quien la otra parte se aprovecha, adquiere una casa que sólo vale 5 millones de pesos, pagando el doble, o sea 10 millones. Advertida luego de la explotación de que fue objeto, demanda la nulidad del acto para que se opere la restitución de las prestaciones efectuadas; el litigio demora 2 ó 3 años entre la 1ª y 2ª instancia, y A, triunfa, pues la justicia lo considera víctima de un acto lesivo, declara la nulidad, y ordena que ambas partes

¹⁰⁵. Nosotros desearíamos que no se produzca jamás.

restituyan lo que han recibido. Pero ocurre que en ese momento, en razón de la inflación, la casa puede tasarse en 20 millones, y el demandado pretende que se la restituyan, devolviendo él solamente los 10 millones que recibió. ¡¡Curioso triunfo éste, en virtud del cual la persona que fue víctima de un aprovechamiento lesivo, porque pagó el doble de lo que la casa valía, tendrá ahora que restituirla y recibirá sólo la mitad de lo que vale!!

Veamos otro ejemplo. Zeta, que se encuentra necesitado, vende por 500.000 pesos un inmueble que valía 1.500.000, y para corregir la grosera explotación de que ha sido objeto, solicita la "modificación" del contrato, reclamando que se le pague la diferencia, que en ese momento es de 1 millón. Al cabo de 5 años de litigio triunfa; en ese período el precio de la casa, después de sucesivos "planes económicos de emergencia", monta a 150 millones de pesos. ¿Se satisfarán los imperativos de justicia, y se borrará el desequilibrio de las prestaciones", en atención a sus "valores" reales, de manera que las obligaciones que de allí surgen deberán recibir el tratamiento de obligaciones de valor; para que se logre hacer justicia, restableciendo el equilibrio, será indispensable siempre establecer la "desproporción " que existía, para que se entregue la proporción que falta.

Así, en el primer ejemplo que suministramos, A pagó real y efectivamente el doble de lo que la casa valía; si se declara la nulidad y se ordena la restitución, A tendrá que devolver la casa, pero B deberá restituírle una cantidad de dinero que tenga un poder adquisitivo equivalente al que recibió que, con seguridad, será una suma aproximada al doble de lo que la casa cuesta hoy, es decir

alrededor de los 40 millones de pesos, que es la cantidad que ahora representa el **valor** del dinero que él había recibido. ¡Jamás podría aceptarse que devuelva únicamente la **cantidad** de numerario que se le había entregado!

En el segundo ejemplo, Zeta recibió por su inmueble sólo una tercera parte de lo que valía, de manera que para que se restablezca el equilibrio tendrán que pagarle los dos tercios que faltaban, que traducidos al número de pesos en que hoy se cotiza la casa serán, no un millón ¡sino 100 millones!. Por supuesto que tampoco podría pretender Zeta que como a él le pagaron 500 mil, y la casa cuesta hoy 150 millones, le entreguen 149 millones, 500 mil pesos, ¡lo que también sería una injusticia, que lo convertiría a Zeta de víctima, en victimario!

Efectuadas estas aclaraciones previas, pasemos a ver cuáles son los efectos específicos de cada una de las acciones.

3.- Acción de modificación

En esta hipótesis el acto celebrado mantiene su validez, y el juez deberá limitarse a verificar cuál ha sido la desproporción entre las prestaciones de las partes, para restablecer totalmente el equilibrio, sea mediante el suplemento de la prestación a cargo del lesionante, sea por vía de la reducción de la prestación a cargo de la víctima. Ejemplos de la primera hipótesis planteada - suplemento de precio- los encontramos cuando el adquirente ha pagado un precio vil por el objeto cuya propiedad se le transmitió; en cambio, ejemplos de reducción, se hallan en los contratos usura-

rios, en que debe procederse a disminuir el monto de los intereses, o en las cláusulas penales excesivas.

Respecto al monto que debe abonarse con concepto de suplemento de precio se planteó una discusión cuando se debatía el proyecto del código civil francés, en la que pesó preponderantemente la opinión del Primer Cónsul. Sostuvo Napoleón que ese suplemento no debía llegar a integrar el 100% del valor del objeto, sino solamente el 80 ó 90% porque era lógico que el comprador obtuviera algún beneficio¹⁰⁶. Esta idea de Napoleón se tradujo en una disposición novedosa¹⁰⁷, que dispuso fijar ese suplemento en la cantidad necesaria para integrar el justo precio disminuido en un diez por ciento. La solución ha sido adaptada por varios códigos europeos¹⁰⁸, y americanos¹⁰⁹.

Creemos, sin embargo, que cuando se hace necesario llegar a la modificación del acto por lesión, el suplemento que se ordena entregar debe ser la totalidad de la diferencia, pues es la única manera equitativa de hacer desaparecer la lesión, y restablecer el

¹⁰⁶. Ver "La lesión...", N° 98, p. 71

¹⁰⁷. "Art. 1681 (Código civil francés).- Cuando se admite la acción de rescisión el comprador puede elegir entre devolver la cosa, recibiendo el precio que pagó, o conservar el inmueble pagando el suplemento de justo precio, con la reducción de un décimo del precio total.

El tercer poseedor tiene el mismo derecho...".

¹⁰⁸. El mismo dispositivo se aplica en Bélgica y Luxemburgo, que adoptaron el Código civil francés, y en Mónaco, cuyo código reproduce textualmente el contenido del artículo 1681 del Código galo.

¹⁰⁹. El Código de Chile, en su art. 1890, la extiende también a los casos de reducción de precio, disponiendo: "El comprador contra quien se pronuncia la rescisión podrá, a su arbitrio, consentir en ella o completar el justo precio con deducción de una décima parte, y el vendedor en el mismo caso podrá, a su arbitrio, consentir en la rescisión o restituir el exceso del precio recibido sobre el justo precio aumentado en una décima parte...".

También adoptan el mismo criterio los códigos de Ecuador (art. 1881) y de Colombia (art. 1948).

equilibrio entre las partes.

Para el caso de intereses usurarios, deberán reducirse a los que cobran normalmente los bancos de plaza en las operaciones corrientes de préstamo, y si se tratase de cláusulas penales excesivas, se procederá con un criterio semejante.

Se plantea un problema interesante cuando no es posible ejercitar la acción de nulidad porque la cosa se ha transmitido a un tercero de buena fe, y la víctima sólo tiene en sus manos la acción de modificación. ¿Qué es lo que puede reclamar? ¿El precio verdadero de la cosa, o el que ha obtenido el lesionante en la venta que efectuó a ese tercero de buena fe?

Creemos, por aplicación analógica de la doctrina contenida en el artículo 2437 para el caso de enajenación de bienes muebles, que la víctima del acto lesivo puede reclamar el valor íntegro de la cosa, aunque el lesionante al enajenarla hubiese obtenido un precio menor.

4.- Acción de nulidad

Los problemas que se presentan en esa hipótesis son más arduos, ya que -por definición- debemos pensar que el autor del acto lesivo es un "poseedor de mala fe", y en gran medida deberán aplicársele las normas correspondientes a esa categoría de poseedores, pero será menester coordinarlas previamente con las normas específicas que consagra el código para las acciones de nulidad.

a) Restitución de la cosa y del precio

En primer lugar, ambas partes deberán restituirse recíprocamente lo que hubiesen recibido en virtud del acto anulado, como lo dispone el artículo 1052.

Pero, ¿qué sucederá si la cosa se ha deteriorado o perdido?. Si la pérdida o deterioro fueron ocasionados por culpa de adquirente, no cabe duda que responderá íntegramente, y deberá indemnizar al lesionado por la disminución de valor que la cosa ha sufrido.

Creemos que también deberá responder en los casos en que las pérdidas o deterioros se hubieran producido por caso fortuito, en virtud de lo que dispone el artículo 2435 para los poseedores de mala fe, y que sólo podrá eximirse de esta responsabilidad demostrando que tales pérdidas o deterioros se hubieran producido igualmente si la cosa se hubiese encontrado en manos del lesionado (art. 2437)¹¹⁰.

Puede ocurrir que la víctima del acto lesivo, en razón de la misma necesidad que lo impulsó a efectuar el acto, no tenga medios económicos para restituir el precio. ¿Podrá, en tal hipótesis, exigir la devolución de la cosa? En principio pareciera que no, y que el lesionante puede retener el objeto, negándose a entregarlo mientras no se le devuelva el precio, pero una interpretación demasiado estricta, en estas circunstancias, tendría como resultado consolidar el aprovechamiento de que ha sido víctima.

Supongamos que se trata de un inmueble rural, y que la víctima de la lesión se encuentra en condiciones de explotarlo, para proceder -con los frutos- a restituir el precio cuya devolución adeuda;

¹¹⁰. Puede advertirse que estas normas también hacen excepción al principio de que la desproporción de las prestaciones debe subsistir al momento de la demanda!

o que es un inmueble urbano, que puede ser alquilado en muy buenas condiciones (o que está efectivamente alquilado)...

Opinamos que el juez, ante la pretensión del lesionante de retener la cosa mientras no se le pague el precio, podría echar mano del artículo 3943 del Código civil, autorizando la "sustitución" de esa retención por garantías suficientes de que el precio será devuelto, y ordenando mientras tanto la restitución de la cosa.

Incluso esas seguridades pueden consistir en garantías de carácter real, establecidas sobre el objeto mismo que se va a restituir a la víctima del acto lesivo.

b) **Frutos y productos**

Por una doctrina general, que alcanza incluso a los poseedores de buena fe, los productos deben restituirse en todos los casos (art. 2444).

Respecto a los frutos, en cambio, se presenta un problema. Si consideramos al lesionante como poseedor de mala fe, debería todos los frutos percibidos desde el momento inicial de su posesión (art. 2438); sin embargo, pensamos que en este caso el alcance de ese artículo se encuentra limitado por la norma específica que contiene el código en materia de nulidades, con la que debe concordarse para solucionar el problema. Nos referimos al artículo 1053, que expresa:

"Si el acto fuere bilateral, y las obligaciones correlativas consistiesen ambas en sumas de dinero, o en cosas pro-

ductivas de frutos, no habrá lugar a la restitución respectiva de intereses o de frutos, sino desde el día de la demanda de nulidad. Los intereses y los frutos percibidos, hasta esa época se compensan entre sí."

En consecuencia, se podrá reclamar la restitución de los frutos que el lesionante hubiese percibido a partir del momento de la demanda, aunque -por supuesto- siempre podrá deducirse del valor de los frutos percibidos el importe de los gastos de cultivo, cosecha o extracción (arg. art. 2438), porque de lo contrario se produciría un enriquecimiento sin causa a favor del lesionado.

Será también de aplicación el artículo 2439, que impone la obligación de indemnizar por aquellos frutos civiles que hubiese podido producir una cosa que naturalmente no es fructífera, si el propietario hubiese podido sacar un provecho de ella, por ejemplo, si se trata de una vivienda, que el lesionante ha ocupado personalmente, sin obtener de ella ninguna renta, deberá sin embargo los alquileres que podría haber obtenido el lesionado si la cosa hubiese estado en sus manos.

Esto, con respecto a los frutos que se deben con posterioridad a la demanda; pero, volvamos a la situación anterior y procuremos coordinar el artículo 1053, con el 2438.

De acuerdo al artículo 2438, como poseedor de mala fe, debería todos los frutos anteriores a la demanda; pero si aplicamos el 1053, no debería ninguno, pues se compensarían con los frutos o intereses de la prestación que él efectuó.

Sucede, sin embargo, que el artículo 1053 supone actos bilate-

rales, con prestaciones correlativas que guardan proporción, y el acto lesivo se caracteriza por "la desproporción de las prestaciones". En consecuencia, creemos que, determinada en la sentencia la medida de la desproporción, la compensación que prevé el artículo 1053 sólo tendría lugar parcialmente, con relación a la parte en que había equilibrio, y que se deberían los frutos correspondientes a la desproporción existente en el acto, por su situación de poseedor de mala fe. Esta solución, aunque complicada, sería la única justa a nuestro entender, y procuraría conjugar las dos normas, cuyas soluciones parecen totalmente contradictorias, para el período anterior a la demanda.

c) Aumentos y mejoras. Derecho de retención

En estos aspectos no hay ninguna deferencia con lo que prevé el Código para los poseedores de mala fe en los artículos 2440 y 2441. El lesionante tendrá derecho a cobrar las mejoras necesarias y útiles, pero sólo podrá retener la cosa en virtud de lo que se le adeude por mejoras necesarias, y en caso de que ejercite el derecho de retención el juez -como hemos dicho anteriormente- deberá aplicar con cierta amplitud la facultad de sustitución concedida por el artículo 3943, admitiendo que se otorguen garantías reales sobre la cosa que debe restituirse.

No podrá cobrar las mejoras voluptuarias, pero tiene el "ius tollendi", es decir la posibilidad de levantarlas y llevárselas consigo (art. 2441).

CAPÍTULO V

EL NUEVO ARTÍCULO 954 Y EL CONFLICTO DE LEYES EN EL TIEMPO *

1.- Introducción

Desde el 1º de julio de 1968 se encuentra en vigencia el nuevo artículo 954, que admite la nulidad o modificación judicial de los actos lesivos, es decir aquellos en que una persona aprovecha de la situación de inferioridad de la otra parte (necesidad, inexperiencia o ligereza), para obtener ventajas patrimoniales desproporcionadas con la prestación que ella efectúa. La norma, además, establece una inversión de la prueba, limita el número de personas legitimadas para ejercer la acción de rescisión, y fija su plazo de prescripción en cinco años.

La inclusión de este dispositivo legal en nuestro sistema jurídico era reclamada insistentemente por la mayor parte de la doctrina, como una manera de hacer efectivas las tendencias de solidaridad social que imponen la intervención del juez para corregir los excesos a que suele llevar la "autonomía de la voluntad" cuando no existe verdadera "igualdad" entre las partes. Siguiendo el mismo camino se han consagrado también el principio llamado del "abuso del derecho", y la protección de la buena fe en todas las etapas de la vida contractual, admitiendo la "teoría de la imprevisión".

Lo que nos preocupa, en este momento, es saber si un acto celebrado con anterioridad a la vigencia de la ley 17.711 puede ser

* Este capítulo fue publicado originariamente en Temis (Corrientes), el 20 de noviembre de 1971, y luego en J.A., Doctrina 1972, p. 825.

atacado hoy por violar las disposiciones consagradas en el nuevo artículo 954.

El problema ha sido ya llevado ante la justicia, y algunos tribunales se han expedido por la afirmativa¹¹¹, a nuestro entender erróneamente, por no haber interpretado bien el alcance que tienen las normas de conflicto contenidas en el Código civil. Procuraremos analizar el problema.

2.- Los artículos 3 y 4049

Ya hemos dicho en otra oportunidad que la ley 17.711 ha cambiado globalmente el sistema de normas destinadas a solucionar los conflictos de leyes en el tiempo¹¹², modificando el artículo 3, y

¹¹¹. "Vigiani de Vigiani, Melania y otra c/ Butelli, Aníbal A.", Cám. Civil Cap., sala F, 4 de marzo 1971, E.D. 37-859 y J.A. 11-248, donde se expresó:

"Esta sala ya tuvo oportunidad de dejar sentado a partir del fallo dictado en la causa libre 134.972 "Cadile, Francisco y otra c/ Susana de Basaglia, Francisca, del 10 de septiembre 1968, que en virtud de lo preceptuado en el art. 3° del código civil, reformado por la ley 17.711, en situaciones como la del subexamen es de aplicación lo prescripto en el art. 954 del C. civil, respecto del vicio de lesión...".

Agregando más adelante: "La circunstancia de que esta causa fuera iniciada en el año 1964, relativa a actos jurídicos que se convinieron en 1959 y 1961 respectivamente, no excluye, por lo tanto, a los efectos del derecho aplicable, la legislación promulgada en 1968 como lo pretende el agraviado. **Por lo demás y a todo evento la vigencia de la regla moral contenida en el art. 953 del código civil referente al objeto de los actos jurídicos:** que los que no fueran conformes a esa disposición son nulos como sin no tuviesen objeto".

Entendemos que la sentencia de la Cámara es ajustada a derecho en cuanto se basa en el artículo 953, que no ha sido modificado; pero incurre en grave desacuerdo al invocar el nuevo artículo 954 para juzgar la validez de una situación jurídica constituida casi 10 años antes de la vigencia de la norma!

Esta aplicación retroactiva del artículo 954, prohibida por la ley, es más criticable, por cuanto en la especie se lo utiliza parcialmente, ya que no se da oportunidad al demandado de invocar la prescripción de cinco años que la misma norma consagra, y que se habría cumplido con respecto al acto realizado en el año 1959, porque la demanda se dedujo en 1964.

¹¹². Ver nuestros "La irretroactividad de la ley el efecto inmediato"; "La irretroactividad de la ley y el efecto diferido", J.A., Doctrina 1972, p. 814 y ss. y "La irretroactividad de la ley y el nuevo artículo 3 del Código civil", Imp. de la Univ. Nacional, Córdoba, 1976.

derogando los artículos 4, 5, 4044 y 4045. Precisamente, la derogación expresa de las dos últimas normas mencionadas, correspondientes al título complementario del Código que trata de la aplicación de las leyes civiles, significa reconocer que sin esa derogación continuarían en vigencia y, por consiguiente, de manera tácita, pero también muy clara, se acepta y mantiene la vigencia de los restantes artículos de ese título, entre los que se cuenta el artículo 4049, que manifiesta que:

"Las acciones rescisorias por causa de lesión, que nazcan de contratos anteriores a la publicación del Código civil, son regidas por las leyes del tiempo en que los contratos se celebraron".

La discusión de los autores se ha centrado, especialmente, en la posibilidad o imposibilidad de aplicar esta norma a la nueva situación creada, sosteniendo unos que se trata de una norma de conflicto de carácter amplio, en virtud de la cual los actos anteriores a la sanción del Código civil se debían regir por las leyes españolas, admitiéndose su rescisión por lesión enorme; los actos celebrados desde que entró en vigencia el código, hasta su modificación por la ley 17.711, no podrían anularse por tal causa; y los celebrados con posterioridad al 1º de julio de 1968, caerían bajo el imperio del nuevo artículo 954 ¹¹³.

Otros, en cambio, han sostenido que la norma era de carácter

¹¹³. Conf. Jorge A. CARRANZA, "Examen y crítica...", en especial ap. VIII, p. 296 y 297.

transitorio, y que ha perdido ya toda aplicación¹¹⁴, debiendo regirse el caso por el nuevo artículo 3, que -según entienden- permitiría echar mano de inmediato al nuevo artículo 954, incluso para juzgar actos celebrados con anterioridad¹¹⁵. Y aquí reside, precisamente, el error más notorio de esta posición.

Estas posiciones contrapuestas se reflejaron en ponencias remitidas a las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil¹¹⁶, y en algunas manifestaciones que se formularon en el plenario por MOSSET ITURRASPE¹¹⁷ y el que esto escribe.

Nosotros, en un primer momento, hemos manifestado que el artículo 4049 mantenía su vigencia, pero que la solución que él contemplaba no era de excepción, ni estaba contrapuesta con las previsiones del artículo 3, sino que guardaban total armonía, puesto que desarrollaba los mismos principios que inspiran a nuestro derecho transitorio, a saber: 1) Irretroactividad de la ley; 2) Efecto inmediato.

El error de VENINI, la Dra. FABA y algunos fallos jurisprudenciales, proviene de una defectuosa interpretación del alcance que tiene el primer párrafo del artículo 3, al establecer el efecto

¹¹⁴. Juan Carlos VENINI, "Lesión subjetiva", J.A., Doctrina 1970, p. 62.

¹¹⁵. En un trabajo presentado a las Cuartas Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil (marzo 1976), las Dras. Bergoglio de Brower de Koning, y Bertoldi de Fourcade, critican ambas posiciones: la primera, porque el artículo 4049 ha perdido vigencia; la segunda, porque interpreta defectuosamente el artículo 3, y llegan a la conclusión de que el artículo 954 sólo es aplicable a actos otorgados con posterioridad a su vigencia, por aplicación del propio artículo 3.

¹¹⁶. "Quintas Jornadas ...", T. 1 de "Ponencias", la Dra. FABA: rechaza la aplicabilidad del artículo 4049, y cree que el nuevo artículo 954 puede utilizarse para juzgar actos anteriores a su vigencia.

¹¹⁷. Sostuvo que "la ley no puede tener vigencia retroactiva, porque se trata de la constitución de un acto". "Quintas Jornadas...".

inmediato para las consecuencias de una situación jurídica ya existente, porque el vicio de lesión no es una consecuencia, sino que se encuentra inserto en el hecho que genera o constituye la situación jurídica¹¹⁸.

3.- La lesión subjetiva y la validez del acto

Cualquiera sea la naturaleza jurídica que atribuyamos a la figura de la lesión (vicio de la voluntad, falta de causa, ataque a las buenas costumbres, acto ilícito, etc.)¹¹⁹, se trata siempre de un defecto que se presenta **en el momento de celebración del acto**, y que afecta a su eficacia (o validez, si aceptamos que la sanción es la nulidad).

Debemos recordar que el artículo 3 del Código civil ha adoptado como eje del sistema la distinción entre la constitución, modificación o extinción de situaciones jurídicas, y las consecuencias de dichas situaciones. La confusión se produce cuando no se distingue correctamente entre los hechos constitutivos de la situación jurídica, por un lado, y sus consecuencias, por el otro.

La norma que regula la lesión hace referencia a elementos básicos para la constitución de una "situación jurídica", no a sus consecuencias; y ya hemos visto que la constitución o modificación

¹¹⁸. En el derecho griego, cuyo código civil establece en su artículo 2º que "la ley dispone para el porvenir y no tiene efecto retroactivo...", al dar cabida a la lesión subjetiva en el artículo 179, y querer que la norma tuviese aplicación inmediata a los actos anteriores, se consideró indispensable incluir un texto expreso en la Ley de Introducción (art. 16), que así lo estableciese (ver J.A., Doctrina 1970, p. 348; y Capítulo IV de la Sección Primera, punto 1-b).

¹¹⁹. Ver "La lesión...", Nº 349 a 367, p. 233 a 242.

de situaciones jurídicas debe regirse por las leyes vigentes en ese momento. La solución contraria importaría dar a esas normas alcance retroactivo, categóricamente prohibido por el segundo párrafo del artículo 3.

Recordemos que las modificaciones introducidas al artículo 3 tuvieron como antecedente valiosísimo la Recomendación N° 1 votada por el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil¹²⁰ y, precisamente con respecto a la lesión se hicieron acotaciones muy interesantes en el plenario, que consideramos conveniente recordar, pues allí se interpretó correctamente el alcance del párrafo que prohíbe la retroactividad de la ley, en vinculación con los hechos que originan una situación jurídica.

Ante un pedido de aclaración formulado por BREBBIA¹²¹, el miembro informante, SPOTA, respondió con el ejemplo de la lesión, admitiendo que aplicar las nuevas leyes para juzgar la validez o invalidez del hecho productor, sería darles efecto retroactivo, razón por la cual consideraba que la aclaración estaba dentro de las previsiones del artículo propuesto, que prohibía la retroactividad.

BREBBIA no se conforma con la aclaración e insiste; en realidad, aunque lo expresa en otros términos, teme que -como lo ha hecho luego alguna jurisprudencia- se confundan las consecuencias de una situación jurídica con la validez o eficacia de los hechos que le dan nacimiento, o la constituyen. Manifiesta, entonces, que "la nueva ley no puede entrar a juzgar la validez del hecho genera-

¹²⁰. Ver "Tercer Congreso...", T. 2, p. 769.

¹²¹. "Tercer Congreso...", T. 1, p. 84.

dor"¹²², y BORDA, que había sido el autor de la ponencia aprobada por el Congreso, adhiere de inmediato a la afirmación de BREBBIA, sosteniendo que "habría retroactividad si la ley volviera sobre la constitución de una relación jurídica anteriormente constituida"¹²³, y "que las leyes no debían tener efecto retroactivo"¹²⁴.

Advertimos, pues, que para los propios autores, o inspiradores, de la Reforma, el artículo 3, al consagrar el principio de la irretroactividad, impide que se aplique el nuevo artículo 954 para juzgar la validez o eficacia de actos celebrados con anterioridad al 1º de julio de 1968. Así lo ha entendido con todo acierto un fallo de la Cámara 1ª Civil y Com. de Córdoba¹²⁵.

4.- Actos anteriores a la ley 17.711

Lo que llevamos dicho, ¿significa, acaso, que las víctimas de actos lesivos anteriores a la ley 17.711 están totalmente desprotegidas? No; ya que, como lo hemos expresado en otros trabajos, la inteligente aplicación del artículo 953 ha permitido a nuestros jueces poner remedio en muchos casos a los aprovechamientos contrarios a la moral¹²⁶, y como la mencionada norma no ha sido modificada, siempre el magistrado podrá recurrir a ella para corregir situacio-

¹²². "Tercer Congreso...", T. 1, p. 85.

¹²³. "Tercer Congreso...", T.1, p. 85.

¹²⁴. "Tercer Congreso...", T. 1, p. 86.

¹²⁵. "Mascaró, Sixto Alfredo c/ Bourgel, José Lisandro", 11 de diciembre 1970, D.J.A. N° 3957, sec. síntesis prov. p. 7, N° 42.

¹²⁶. Ver "La lesión...", N° 233 a 246, p. 147-156.

nes inicuas en que se explote la inferioridad en que se encuentra la otra parte¹²⁷.

5. - Conclusiones

a) La validez o ineficacia de los actos que generan una situación jurídica debe juzgarse por las normas vigentes a la época de su celebración.

b) El nuevo artículo 954 sólo puede aplicarse a actos posteriores a la vigencia de la ley 17.711.

c) Los actos anteriores al 1º de julio de 1968 no están sometidos al nuevo artículo 954, pero sí se les puede aplicar el principio general contenido en el artículo 953.

¹²⁷. Conf. Jorge A. CARRANZA, trabajo y lugar citados en nota 113, y Jorge MOSSET ITURRASPE, versión taquigráfica inédita de las "Quintas Jornadas...".