

La lesión y la presunción de aprovechamiento

por

Luis Moisset de Espanés

SUMARIO:

- I.- Introducción. Razones que justifican volver sobre el tema
 - 1) El cambio social y la búsqueda de soluciones
 - 2) El razonamiento tópico
 - II.- Protección de los débiles
 - 1) Código de Hammurabi
 - 2) Roma. Fórmula objetiva
 - III.- Evolución de la figura
 - 1) Éxito y decadencia
 - 2) Renacimiento: fórmulas subjetivo-objetivas
 - 3) Elementos de las nuevas fórmulas
 - IV.- La presunción de aprovechamiento
 - a) La aparición en Argentina: Spota
 - b) El principal crítico: Brebbia.
 - c) Defensa de la presunción
 - 1) Falta de antecedentes
 - 2) Vuelta a la lesión objetiva
 - V.- La presunción en el derecho comparado
 - a) Un código anterior a la ley 17.711: Sonora
 - b) Otros Códigos mexicanos
 - c) Códigos que se inspiraron en la solución argentina
 - VI.- Doctrina y jurisprudencia nacionales
 - a) Creencia de que hay un solo elemento subjetivo
 - b) Presunción de los dos elementos subjetivos
 - c) últimas tendencias
 - VII. Valoración final
-

I.- Introducción. Razones que justifican volver sobre el tema

1) El cambio social y la búsqueda de soluciones

La presunción de aprovechamiento que establece el tercer párrafo del nuevo artículo 954, ha sido uno de los temas que ha motivado mas discusiones en la doctrina y jurisprudencia nacionales¹.

Volvemos sobre este problema, del que nos hemos ocupado en otras oportunidades², por un par de razones: primero una reflexión sobre un hecho que se da no solo en el terreno de lo social, en el ámbito de lo jurídico, sino que es común a todas las ciencias.

La historia nos muestra que en determinados momentos de la evolución de una ciencia confluyen, a veces sin conocerse, los esfuerzos de distintos investigadores o descubridores; o, dicho con otras palabras, los esfuerzos de distintas personas que no tienen contacto entre sí, convergen simultáneamente en la búsqueda, y se alcanzan soluciones similares.

¹. "Art. 954 (ley 17.711).- ... Se presume, salvo prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones...".

². Ya en el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba, 1969, "Actas...", p. 684), en ponencia presentada con el Dr. Horacio Cáceres aconsejábamos mantener esa previsión.

Posteriormente en las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Rosario, 1971), presentamos una ponencia que en ese punto sirvió de base al despacho informado por Jorge Mosset Iturraspe (ver en la página web de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba nuestro Trabajo "El régimen de la lesión y las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil"), y cuando el profesor Brebbia criticó la presunción de aprovechamiento diciendo que no tenía antecedentes en el derecho comparado, en mi participación recordé un texto de Ulpiano, en D. 41.1.36, del cual los glosadores extrajeron la teoría del "dolus re ipsa".

Las Cuartas Jornadas Sanrafaelinas de Derecho civil, en marzo de 1976, se ocuparon del Tema en una comisión que presidí y se votó una recomendación que expresaba: "La presunción de explotación constituye una mera inversión de la prueba y se limita a ese elemento subjetivo, quedando siempre a cargo de la presunta víctima la prueba de su estado de inferioridad (necesidad, ligereza, inexperiencia).

Luego tratamos con detenimiento el problema de la presunción de aprovechamiento en nuestra obra sobre "La lesión y el nuevo art. 954 del Código Civil" (Imp. Univ. Nacional de Córdoba - distribuye ed. Zavalía, Córdoba, 1976, p. 99 y ss.)

Pareciera existir en el mundo un ambiente propicio para que en determinados terrenos se marche por caminos que a veces son convergentes y otras, si no convergentes al menos paralelos y conducen a conclusiones similares sin haber conocido quien está realizando investigaciones en un lugar, las investigaciones que otros efectúan en lugar distante.

Piensen lo sucedido en el terreno de la astronomía con la búsqueda y el descubrimiento de un planeta que se encontrase más allá de Neptuno (transneptuniano), en la que estuvieron empeñados Percival Lowell y William Pickering en las primeras décadas del siglo XX, quienes basándose en ciertos trastornos en la órbita de Neptuno predijeron la existencia del planeta X, que finalmente fue descubierto en 1930 por Clyde Tombaugh y clasificado como el noveno planeta de nuestro sistema solar, y denominado Plutón, aunque hoy se afirma que no es un verdadero planeta y por sus escasas dimensiones se lo denomina "planeta enano".

Los ejemplos de estas búsquedas concurrentes se multiplican en todas las ciencias; en la labor de los investigadores encontramos un campo de convergencia o paralelismo en los esfuerzos que realizan, cada uno por su lado.

No es extraño que en las ciencias jurídicas sucedan fenómenos similares que nos obligan a reflexionar y preguntarnos: ¿por qué advertimos que en ciertos momentos de la vida social en distintos países se realizan simultáneamente esfuerzos que hacen nacer instituciones o revitalizan otras que parecían adormecidas?

En materia de propiedad, por ejemplo, hemos visto como en la segunda mitad del siglo XX, casi todos los países del mundo occidental han reformado sus leyes de propiedad horizontal.

La propiedad horizontal ha existido en el derecho romano, y en muchos países del mundo occidental continuaba regulada por normas vetustas y en otros, como Argentina, el

codificador había considerado conveniente no legislarla³. Pero a mitad del pasado siglo XX vemos que por doquier se renuevan en todo el mundo las legislaciones de propiedad horizontal y en aquellos países que no la tenían prevista en su plexo normativo, se sancionan leyes destinadas a regularla.

¿A qué se debe esta coincidencia? Al fenómeno del crecimiento urbano: las "ciudades en marcha", según una muy expresiva frase de Arnold Toynbee⁴. Este cambio social genera nuevas necesidades y formas de vida, que se manifiestan de manera similar en distintas partes del mundo y ese nuevo ambiente hace que en cada país los juristas busquen caminos para dar solución al problema y paralelamente, en la misma época todos los países remozan las leyes de propiedad horizontal, o vuelven a legislar sobre el antiguo derecho de "superficie".

2) El razonamiento tópico

En materia de lesión también ha ocurrido algo semejante; los estudios que realizamos nos muestran que es un tema sumamente conflictivo pues enfrenta al pensamiento de tipo individualista liberal, con las concepciones de tipo solidarista; en distintos períodos históricos ha dominado en el medio social una u otra forma de pensamiento y eso ha llevado a que en algunas épocas florezca la institución y en otras llegue casi a desaparecer.

Nuestras investigaciones nos muestran que en materia jurídica se advierten movimientos pendulares; los pensamientos filosóficos contrapuestos que inspiran a la normativa jurídica,

³. El artículo 2618 del Código disponía: "El propietario de edificios no puede dividirlos horizontalmente entre varios dueños, ni por contratos, ni por actos de última voluntad".

Luego, en la nota de ese artículo, Vélez explicaba que la división en propiedad horizontal estaba permitida en otros códigos, pero consideraba que esa división crea necesariamente problemas entre los distintos propietarios.

⁴. Hay edición en castellano publicada por Emece, Buenos Aires, 1971.

llevan a veces el péndulo hacia un extremo y luego, como reacción, se desplaza hacia el otro extremo.

Lo importante para el hombre de derecho es la búsqueda del justo equilibrio y si no logramos el justo equilibrio -casi imposible de obtener- se provocan reacciones de signo contrario.

Quizás la comprensión de estas transformaciones que suceden en las ideas jurídicas nos surgió hace ya muchos años, mas precisamente el año 1972, cuando concurrimos al Primer Congreso Internacional de Derecho Registral, que se realizó en la ciudad de Buenos Aires.

El discurso de clausura estuvo a cargo de un gallego⁵, nacido en Pontevedra, Pío Cabanillas Gallas, un personaje sumamente interesante que tenía al mismo tiempo una notable formación jurídica y una destacada actuación política.

Ya en sus épocas de estudiante en la Universidad de Granada se había destacado obteniendo la licenciatura en Derecho con premio extraordinario y luego se doctoró en la Universidad de Madrid, también con premio extraordinario. Logró las plazas de notario y registrador en rigurosas oposiciones y llegó a Decano del Colegio de Registradores. En política comenzó joven como Procurador en Cortes; después Fraga Iribarne lo llevó como Subsecretario de Información y Turismo y pasó luego, todavía en vida de Francisco Franco a ocupar el Ministerio de ese ramo, pero Franco lo hizo cesar por considerar que las posiciones aperturistas de Pío Cabanillas eran demasiado progresistas⁶.

El Caudillo lo borra de su ministerio pero después, cuando Franco muere, vuelve a ser ministro de Información y de Justicia en los gobiernos posteriores que conducen a la renovación

⁵. ¡Cuidado! No lo estoy diciendo peyorativamente, se trataba de un español oriundo de Galicia.

⁶. Pretendió ampliar la libertad de prensa y ésa fue la razón por la cual el propio Franco lo destituyó.

política en España⁷.

Además del ejercicio profesional y su dedicación a la política fue autor de varios libros -conozco no menos de cuatro- que han tenido reconocida trascendencia⁸.

Cuando escuché su discurso de clausura quedé cautivado por el pensamiento que expuso explicando la superación que existía en el enfrentamiento de pensamientos de la jurisprudencia de intereses, frente a la jurisprudencia de conceptos

Señaló que ese enfrentamiento entre una y otra corriente encontraba una vía de superación dada por un camino muy antiguo, que había renacido con la nueva retórica.

El operador del derecho no se aproxima a la solución por la vía de la lógica matemática, sino por la vía de la retórica, es decir por una forma de interpretación de los hechos que procede por aproximaciones sucesivas que, a veces desde un costado, a veces desde el otro, nos van llevando a tratar de encontrar en cada momento la solución que debería ser más aproximada a la justicia del caso concreto.

Esa exposición me cautivó y cuando terminó me acerqué a preguntarle de donde tomaba estas ideas; me señaló que existía un libro de un ius filósofo alemán, Theodor Viehweg, traducido al castellano por Luis Diez Picazo en fecha que era bastante reciente, 1963, y había sido publicado por Taurus, obra que se titulaba "Tópica y Jurisprudencia"⁹, donde se destacaba que el razonamiento tópico era propio de la "retórica", que es una forma de razonar o interpretar propia del jurista, que nos viene de

⁷. Fue Ministro de Cultura (1977-1979), Ministro adjunto al Presidente (1980-1981), Ministro de la Presidencia (1981) y Ministro de Justicia (1981-1982).

⁸. Podemos citar "La venta a plazos", "El nuevo Derecho Inmobiliario", "El Derecho publicitario" y "El estatuto de la publicidad".

⁹. Ver Theodor Viehweg, "Tópica y Jurisprudencia" (traducción de Luis Diez Picazo y prólogo de Eduardo García de Enterría), Taurus, Madrid, 1963.

Aristóteles¹⁰.

La retórica, como forma de interpretación de la realidad social permite acercarse a las soluciones mas justas en un campo donde la lógica matemática no nos conduce a resultados...

Esta forma de pensamiento me hacía reflexionar mucho porque en los primeros momentos de mi estudio del derecho, había preparado Economía Política por Charles Gide, que era un positivista extremo que pensaba que las leyes económicas podían ser casi tan exactas como las leyes matemáticas si el investigador contase con todos los datos, es decir todas las causas, y con ello podría deducir los efectos que forzosamente se producirían.

En ese momento los científicos creían que la diferencia entre las ciencias de la naturaleza y las ciencias sociales residía en que en las primeras se podía contar con todos los datos sobre las causas y se llegaba a establecer leyes absolutas, mientras que las leyes en las ciencias sociales sólo establecían un "deber ser".

En realidad vemos que ni siquiera en las ciencias de la naturaleza se puede lograr ese resultado y con frecuencia aparecen "anomalías" que parecen quebrantar el carácter absoluto de sus leyes, y hoy vemos que los "científicos de la naturaleza" en muchas oportunidades recurren a juristas, sociólogos o moralistas para que los iluminen en determinados campos en los cuales no pueden controlar los resultados.

Yo desde la preparación del examen de mi primera asignatura me había formado creyendo que había materias en las cuales se podía conocer todas las causas de un fenómeno y establecer leyes rigurosamente exactas, y procuraba infructuosamente aplicar estos métodos en el campo del derecho. Pues bien, ahora encontraba que la búsqueda de soluciones en el campo de

¹⁰. Viehweg nos dice: "La tópica es una técnica del pensamiento problemático, que fue desenvuelta por la retórica... que se distingue en una forma inequívoca del espíritu deductivo matemático" (ver obra citada en nota anterior, p. 22

las ciencias sociales podía hacer por otra vía de razonamiento.

II.- Protección de los débiles

Ustedes quizás me pregunten: ¿qué tiene que ver todo esto con la presunción de aprovechamiento?

Creo que se vincula con una pequeña historia que nos relata como apareció la lesión. Desde muy antiguo hubo formas de combatir el aprovechamiento; por ejemplo, la condena de la usura, aparece en leyes muy anteriores a la Era Cristiana.

1) Código de Hammurabi

El Código de Hammurabi, enuncia ya en su prólogo algo que es un anticipo de la idea central que va a inspirar siempre la figura de la lesión: la protección de quien está en situación de inferioridad, en especial del débil y de la viuda¹¹.

En el cuerpo del Código se refiere la fijación del valor de los servicios, con el intento de evitar que quienes tenían un oficio o profesión calificada aprovecharan esa posición de privilegio para obtener beneficios desmesurados de aquellos que necesitaban sus servicios¹²; y trata también de los intereses que deben pagarse en los préstamos¹³; problemas que fueron motivo de preocupación del rey legislador¹⁴.

¹¹. "... en mi prudencia restringí, para que los fuertes no oprimieran a los débiles, y para que se hiciese justicia al huérfano y a la viuda", en R.F. Harper, "El código de Hammurabi", citado por Will Durant.

¹². Ver por ejemplo la ley 215, que fija en diez siclos de plata los honorarios del médico que operó con bisturí, u operó una catarata y curó al paciente.

¹³. Ver leyes 89 y siguientes del Código de Hammurabi.

¹⁴. Recordemos que el texto del Código de Hammurabi se encontró en Susa a principios del siglo XX, por una expedición dirigida por Jacques de Morgan. Se encontraba grabado en un cilindro de diorita que había sido llevado desde Babilonia a Elam como trofeo de guerra; actualmente se exhibe en el Museo del Louvre. Su texto fue descifrado y traducido al francés por el padre Jean - Vincent Scheil.

2) Roma

También en Roma, y ya desde la Ley de las XII Tablas encontramos la limitación legal de la tasa de interés, con el propósito de combatir la usura que es una de las formas calificadas de lesión. Esta regulación legal del interés estaba destinada a no desaparecer de la legislación romana, y se prolongó hasta la época de Justiniano, llegando en algún momento hasta prohibirse totalmente la percepción de intereses¹⁵.

Recordemos también que a comienzos del Imperio se crea la "prefectura de la anona", y estos magistrados debían inspeccionar los mercados de la época, tanto en lo referido a la calidad de las mercaderías, como también a las pesas y medidas y al precio, para evitar que quienes suministraban los productos indispensables para la vida, se aprovechara de los adquirentes¹⁶.

Esta regulación aparece en Roma antes de que se llegue a la famosa ley segunda que recepta en el Corpus Iuris un rescripto de Diocleciano y Maximiano que data del año 285, considerado el primer antecedente concreto de la lesión, medida que se limita al caso de compraventas inmobiliarias, permitiendo la rescisión cuando se ha excedido la mitad del "justo precio"¹⁷.

III.- **Evolución de la figura**

1) **Éxito y decadencia**

En esa primera fórmula represiva de la lesión se tomó en cuenta solo un elemento objetivo: la diferencia de valores y

¹⁵. Ver la Ley Genucia, del año 414 A. de C., citada por Trolley (*Etude sur la lésion en droit romain et en droit français*", París, 1872).

¹⁶. Hoy hablaríamos de defensa de los "consumidores".

¹⁷. Código 4.44.2: "Si tu o tu padre hubiereis vendido por menos precio una cosa de precio mayor, es humano, o que restituyendo tu el precio a los compradores, recobres el fundo, mediante la autoridad del juez, o que, si el comprador lo prefriere, recibas lo que falta al justo precio. Pero se considera que el precio es menor, si no se hubiera pagado ni la mitad del precio verdadero.

en un primer momento logró gran aceptación, al punto que los glosadores se esforzaron por ampliar su campo de aplicación desde la compraventa inmobiliaria a casi todos los contratos¹⁸. Después de alcanzar su máximo desarrollo y florecimiento en el siglo XIV, la teoría de la lesión sufrirá una declinación, posiblemente porque se ha acentuado demasiado el elemento objetivo de la figura, descuidando su fundamento real, que reside en el aprovechamiento de las necesidades del prójimo.

En este flujo y reflujo de la historia, el exceso lleva como contrapartida a la reacción, que comienza con Thomasius, en un trabajo titulado: "De aequitate cerebrina lege secunda"¹⁹, que critica la lesión objetiva afirmando que es imposible dar a las cosas un justo precio distinto del que surja de la propia convención de las partes.

Las nuevas realidades económicas y sociales del mundo de esa época, luego de un auge de la lesión, traen como contrapartida, en ese el movimiento pendular a que hacíamos referencia, que a fines del siglo XVIII, y sobre todo en el siglo XIX, después de la sanción del código civil francés, se suprime la lesión de varios códigos civiles -entre otros el nuestro²⁰- y en el campo del derecho penal se suprime la represión de la usura, marcando así un desplazamiento extremo la reacción.

2) Renacimiento: fórmulas subjetivo-objetivas

Hemos señalado en nuestra tesis doctoral que la necesidad de combatir el aprovechamiento reaparece en Códigos penales²¹, con fórmulas que agregan al elemento objetivo otros de

¹⁸. Ver nuestro "La lesión en los actos jurídicos", N° 52 y ss., p. 45 y ss.

¹⁹. Es decir, de la pretendida equidad de la ley que consagra la rescisión por lesión.

²⁰. Los mismo sucede en el Código de Portugal de 1867, y en los de Panamá, Honduras, Guatemala, Costa Rica, y Brasil de 1917.

²¹. Ver nuestro "La lesión en los actos jurídicos", N° 131, p. 84.

carácter subjetivo, y allí, a fines del siglo XIX, pasará al código civil alemán lo que significa la reaparición de la figura de la lesión, pero con una nueva fisonomía.

3) Elementos de las nuevas fórmulas

Las nuevas fórmulas conjugan tres elementos, uno de carácter objetivo, la desproporción en las prestaciones, pero que ya no se mide con topes matemáticos, sino que se deja a la prudente apreciación del magistrado, y dos de carácter subjetivo, a saber: a) la situación de inferioridad de la víctima del acto lesivo, que se procura determinar con precisión estableciendo los "tipos" de inferioridad que son susceptibles de protección, y b) el "aprovechamiento" que conscientemente efectúa la otra parte de esa situación de inferioridad.

No nos detendremos aquí a analizar pormenorizadamente las distintas situaciones de inferioridad contempladas en cada Código, pero deseamos destacar que hay coincidencia generalizada -al momento de aprobación de cada cuerpo legal- que se trata de tipos cerrados, que son los únicos que justifican aplicar el remedio de la lesión.

Estas fórmulas se difunden con éxito en numerosos países, pero creemos conveniente señalar que algo más de medio siglo después de la sanción del B.G.B, cuando trabajábamos en nuestra tesis doctoral en la década del 60, advertimos que en Alemania, primer país cuyo derecho civil recibió la nueva fórmula que unía elementos subjetivos y objetivos, la figura casi no se aplicaba²².

La nueva fórmula represiva de la lesión al incluir los elementos subjetivos da una solución de aparente mayor justicia, pero en la práctica su funcionamiento era escaso y no se conocía bien cuales eran las causas.

²². Ver "La lesión en los actos jurídicos", N° 153, p. 98: "Con sentido crítico se ha expresado que en la práctica se ha utilizado poco la norma represiva de la lesión ...".

Nosotros conjeturamos que una de ellas podía ser la acción del derecho alemán que era la nulidad, sin contemplar la posibilidad de que se corrigiese la desproporción. Otros autores señalaban que también era un problema muy serio que se pusiese a cargo de la víctima la prueba del "aprovechamiento", que hacía indispensable indagar en la intimidad del sujeto y se convertía en una prueba diabólica.

Esa exigencia, que en el derecho penal se encontraba justificada, ya que no se concibe aplicar una pena si no se prueba la conducta dolosa propia del aprovechamiento, no tenía el mismo rigor en el campo del derecho civil donde solo se trata de corregir el aspecto económico de la desproporción en las prestaciones.

IV.- **La presunción de aprovechamiento**

a) La aparición en Argentina: Spota

Hay cuatro trabajos de Alberto Gaspar Spota, fundamentales para comprender la evolución del problema en Argentina, que aparecieron en la década del 40 en las revistas La Ley, y Jurisprudencia Argentina ²³, trabajos que van a influir en la jurisprudencia y en la doctrina.

Debemos también recordar que en octubre de 1961 se reunió en Córdoba el Tercer Congreso Nacional de Derecho civil que incluyó en su temario el problema de la lesión, y votó una Recomendación aconsejando incorporar al Código la figura de la lesión²⁴, con una fórmula que aunase los elementos subjetivos del aprovechamiento y la inferioridad, con el objetivo de la

²³. "La lesión subjetiva", L.L. 68-421; "El objeto-fin social del acto jurídico", J.A., 1943-IV-248, "El acto jurídico de objeto inmoral y sus consecuencias legales", J.A., 1944-III-134, y "Lesión subjetiva. Una doctrina argentina", L.L. 122-201

²⁴. Ver las Actas del Tercer Congreso, Recomendación N° 14, T. II, p. 770 y también en la página de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba: www.acaderc.org.ar, en la Sección Biblioteca virtual.

desproporción. Pero ni en esa fórmula, ni en la que propusimos en nuestra tesis doctoral, se contemplaba la "presunción de aprovechamiento", que recién aparece en la nueva redacción que da la ley 17.711 al artículo 954, fruto -sin duda- de la participación que tuvo Spota en la comisión que elaboró el proyecto de reformas al Código que culminó con la mencionada ley.

En las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Rosario en 1971, el propio Spota manifestó que él era "el padre de la criatura"²⁵ y agregó que para proponerla tuvo en cuenta lo que sucedía en la jurisprudencia alemana²⁶.

b) El principal crítico: Brebbia

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

El principal crítico fue Roberto Brebbia quien tanto en el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba, 1969), como en las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Rosario, 1971), sostuvo con firmeza la necesidad de suprimir ese párrafo, fundándose principalmente en dos razones, a saber: a) la inexistencia de antecedentes en la legislación comparada²⁷, y

²⁵. Refiriéndose a la presunción de aprovechamiento dijo Spota en esas Jornadas: "*Es una norma argentina, es una norma nuestra.*

Yo tuve ocasión de proponerla; quizás sea yo "el padre de la criatura" y por eso la defiendo".

²⁶. "La he propuesto con la inteligencia de lo que sucede en la jurisprudencia alemana. Leyendo a Rieg, él nos dice que el artículo 138 del Código civil alemán no es aplicado en su segunda parte por los tribunales alemanes, por la enorme dificultad que existe en demostrar la explotación de un contratante por el otro" (ver exposición de Spota en las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil).

²⁷. Ver la exposición que efectuó Brebbia en las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Dijo allí:

"... sostengo que no hay base lógica para establecer la presunción

b) el retorno a una fórmula que terminaba tomando en cuenta solamente el elemento objetivo de la desproporción.

De su participación en el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil nos queda como antecedente solamente el apartado III de su ponencia, que merece ser leído atentamente²⁸, y de las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho civil contamos con la versión de su participación en el debate que hemos reproducido totalmente en otro de nuestros trabajos²⁹.

Por una razón de probidad es necesario dejar constancia que en el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil se formuló un despacho sobre el tema de la lesión, que por un error de la Comisión Organizadora no se incluyó en las Actas del Congreso y que nosotros hemos rescatado y colocado en la página web de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, y en ese despacho, como primer punto, se aceptaba la recomendación de Brebbia de suprimir del texto legal la presunción de aprovechamiento³⁰.

c) Defensa de la presunción

Como una primera observación de carácter general deseamos recordar que la Recomendación aprobada en las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil, como también la que se

de la explotación sobre la sola circunstancia de la mayor o menor magnitud del perjuicio sufrido por el lesionado".

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

²⁸. "Soy partidario de la supresión del tercer párrafo del art. 954" (ver Actas del Cuarto Congreso...", T. II, p. 685.

²⁹. Ver nuestro "El régimen de la lesión y las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil", Zeus, T. 77, D-111 y siguientes, y también en la página www.acaderc.org.ar

³⁰. Ver en www.acaderc.org.ar en la sección Biblioteca virtual el tomo II del Cuarto Congreso en el cual se ha incluido como Apéndice, en las últimas páginas de la publicación de la red, el despacho omitido en las Actas impresas, y la nota que en su momento dirigimos al Director del Instituto de Derecho Civil para que se agregase como una "Fe de erratas".

El texto de ese despacho puede consultarse también en nuestra obra "La lesión y el nuevo artículo 954", p.235.

formuló en las Cuartas Jornadas Sanrafaelinas, aconsejaban el mantenimiento de la presunción de aprovechamiento³¹.

1) Falta de antecedentes

En lo que se vincula con la "falta de antecedentes" no debe olvidarse que históricamente los glosadores hablaban del "dolus re ipsa", como lo pusimos de relieve en nuestra tesis doctoral³² y lo recordamos también en las Quintas Jornadas de Nacionales de Derecho civil³³ y en lo que se refiere a los antecedentes de Derecho comparado los trataremos en el apartado V, al ocuparnos de los códigos mexicanos.

2) Vuelta a la lesión objetiva

Ya hemos dicho que en la Comisión del Cuarto Congreso que estudio el tema de la lesión prevaleció la opinión de Brebbia, que aconsejaba suprimir la presunción de aprovechamiento³⁴. Hubo sin embargo un despacho en minoría, firmado por Jorge Mosset Iturraspe y el autor de estas líneas, en el que se expresaba textualmente:

"La presunción de aprovechamiento consagrada en el párrafo tercero del artículo 954 no da a la fórmula los caracteres de la 'lessio enormis' (lesión objetiva), sino

³¹. Ambos textos pueden consultarse en sendos apéndices en "La lesión y el nuevo artículo 954, p. 237 y 243.

³². Ver "La lesión en los actos jurídicos", N° 50 y 51, pp. 43 y 44.

³³. "...deseo recordar que un antecedente legislativo de la presunción de explotación data de un texto de **Ulpiano**, incluido en el Digesto 41.1.36, del cual los glosadores extrajeron la teoría del "dolus re ipsa", es decir los casos en que la iniquidad surge del acto mismo, por la naturaleza verdaderamente dañosa del acto. Allí, en ese viejísimo texto, encontramos el primer antecedente de la presunción de explotación que ha consagrado nuestro Código" (ver "Régimen de la lesión en las Quintas Jornadas..." citado).

³⁴. Acompañaron a Brebbia firmando el despacho mayoritario, Vicente Ortis, Pedro José Lella, Francisco A. de la Vega y el profesor chileno Ave-lino León Hurtado.

que configura simplemente una inversión de la prueba y debe ser mantenida".

Como el análisis de la lesión no alcanzó a ser considerado en plenario, se incluyó nuevamente el tema en las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil, que se realizaron dos años después, a las que remitimos una ponencia en cuyo apartado II insistíamos en que la presunción de explotación tenía carácter "iuris tantum" y se refería únicamente a la actitud subjetiva del beneficiario del acto lesivo³⁵, y en los fundamentos de esa ponencia criticábamos la posición de parte de la doctrina y de la jurisprudencia que sostenían que la presunción alcanzaba a los dos elementos subjetivos, es decir no solamente a la explotación, sino también al estado de inferioridad de la víctima, sosteniendo que esa interpretación era incorrecta e inconveniente³⁶, en especial porque englobar ambos elementos subjetivos, no solamente es contrario al texto expreso de la ley, sino que desnaturaliza la figura borrando casi totalmente las características que la diferencia de la vieja y desacreditada "lesión objetiva", con lo que se daría razón a los temores de Brebbia de que se retornaba a esa fórmula, desprestigiada por la experiencia.

El despacho que se formuló en las Quintas Jornadas, informado por Jorge Mosset Iturraspe, fue terminante en este aspecto y se concretó en una Recomendación que expresaba firmemente la convicción de que "la presunción de explotación se interpreta como mera inversión de la carga de la prueba" y, de lege ferenda que esa presunción debía mantenerse³⁷.

Jorge Mosset Iturraspe en su informe defendió con brillantez estas proposiciones, manifestando:

³⁵. Esta ponencia y sus fundamentos pueden consultarse en el Apéndice II, de "La lesión y el nuevo artículo 954", p. 237.

³⁶. Pueden consultarse estos fundamentos en la p. 238 de nuestra obra citada en nota anterior.

³⁷. Ver p. 241 de "La lesión y el nuevo artículo 954".

" ... respecto de los alcances de la presunción consagrada por el artículo 954; en determinadas hipótesis se presume que "existe tal explotación", pero no la situación de inferioridad de la víctima del acto lesivo. Más aún, **para que juegue la presunción es previo que la víctima demuestre haberse encontrado en situación de necesidad, inexperiencia o ligereza.** Ello destaca la índole subjetivo-objetiva de la figura legal y pone coto a los posibles abusos de quienes conscientemente aceptan aparecer como víctimas de un negocio jurídico".

Con posterioridad en las Cuartas Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil (1975), se insistió sobre el tema, destacando en el primer punto que la lesión se integra con tres elementos, uno de los cuales es la explotación por parte del beneficiario y que:

"La presunción de explotación constituye una mera inversión de la prueba y se limita a ese elemento subjetivo, quedando siempre a cargo de la presunta víctima la prueba de su estado de inferioridad (necesidad, ligereza, inexperiencia)".

Creemos que los términos de los pronunciamientos que hemos reproducido justifican plenamente la adopción que nuestra ley hizo de una "presunción de aprovechamiento", norma que ha permitido a la jurisprudencia nacional aplicar con mayor justicia el instituto de la lesión.

V.- La presunción en el derecho comparado

a) Un código anterior a la ley 17.711: Sonora

A mediados del siglo XX quienes nos preocupábamos por estudiar ciertos problemas en el derecho comparado tropezábamos con una dificultad cuando se trataba del derecho mexicanos, pues aunque conociésemos que era un país federal, y que cada uno de los estados que lo componían tenían sus propios códigos civiles,

resultaba imposible consultar ese material y solamente conseguíamos el Código del distrito federal. Por esa razón en nuestra tesis doctoral nos redujimos a la mención de ese Código federal³⁸, que había entrado en vigencia en 1932, cuyo artículo 17 adoptaba una fórmula que conjugaba los elementos objetivo y subjetivos³⁹.

Pero ahora hemos podido buscar las normas contenidas en los más de 30 Códigos civiles de los distintos estados mejicanos, y allí nos hemos encontrado con una enorme sorpresa.

la presunción de aprovechamiento **no es doctrina argentina;** veinte años antes de que se consagrara en la ley 17.711, ya en el código de Sonora se la había previsto en su artículo 1953, que dispone:

"Justificada la desproporción entre las prestaciones y la miseria, ignorancia, inexperiencia o necesidad del perjudicado, se presumirá, salvo prueba en contrario, que la otra parte procedió de mala fe, abusando de tales circunstancias" ⁴⁰.

Hemos traído este dato de derecho comparado porque es interesante observación cómo por caminos distintos se llega a resultados similares; el legislador de Sonora no podía saber lo que hacía el codificador argentino, y el codificador argentino desconocía totalmente que esa presunción estuviese consagrada en algún cuerpo legal.

Ya hemos recordado que Brebbia en sus trabajos, en el

³⁸. Ver "La lesión en los actos jurídicos", N° 173 a 177, pp. 110 a 112.

³⁹. "Art. 17.- Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo, que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a pedir la rescisión del contrato, y de ser ésta imposible, la reducción equitativa de su obligación."

⁴⁰. En la página de UNAM en que encontramos este Código, se dice que su publicación inicial es del 20 de agosto de 1949.

Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba, 1969) y en las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho civil (Rosario, 1971) criticó la inclusión en el artículo 954 de esta presunción, afirmando que no se encontraba en el derecho comparado y nosotros aceptamos que efectivamente no había antecedentes.

Recién ahora nos enteramos que el Código de Sonora, en 1949, contenía esa presunción, y lo había hecho de una forma más precisa que nuestro artículo 954, ya que evitaba discusiones que se han planteado en la doctrina argentina, al establecer que la víctima del acto lesivo debía justificar tanto la desproporción entre las prestaciones, como su situación de inferioridad que podía provenir de la miseria, ignorancia, inexperiencia o necesidad, y recién a partir de haberse probado esos dos elementos del acto, podía presumirse que la otra parte procedió de mala fe abusando de tales circunstancias.

Insistimos, la solución es similar, pero la redacción de la norma es mejor porque marca muy claramente que lo único que se presume es el aprovechamiento, la explotación.

Spota, que integraba la comisión que redactó los textos que se convirtieron en la ley 17.711, ignoraba lo que se había hecho en el estado de Sonora, pero llegó a una conclusión que es paralela.

Esto prueba lo que decíamos al comenzar, en ciertos momentos de la historia y distintos lugares se marcha por caminos que son convergentes o paralelos.

b) Otros códigos mexicanos

Debemos agregar que en México encontramos otros dos estados que toman como modelo en este punto al Código de Sonora y también incluyen la presunción de aprovechamientos con fórmulas muy parecidas Uno de ellos es Tlaxcala, que dedica a la lesión el artículo 1314, que nos dice:

"Justificada la desproporción entre las prestaciones

y la extrema miseria, o la suma ignorancia, o la notoria inexperiencia o la extrema necesidad del perjudicado, se presumirá, salvo prueba en contrario, que la otra parte procedió de mala fe, abusando de tales circunstancias”⁴¹.

En este caso los posibles estados de inferioridad de la víctima se caracterizan de manera algo diferente, adoptando la enunciación que hace el artículo 17 del Código del Distrito Federal, pero lo verdaderamente interesante es que consagra la presunción de manera similar al Código de Sonora.

Un tercer estado cuyo Código civil consagra la presunción de aprovechamiento es Tamaulipas, que lo hace en el artículo 1291:

“Art. 1291 (Código civil de Tamaulipas).- Justificada la desproporción entre las prestaciones y la extrema miseria, o la suma ignorancia, o la notoria inexperiencia o la extrema necesidad del perjudicado, se presumirá, salvo prueba en contrario, que la otra parte procedió de mala fe, abusando de tales circunstancias”⁴².

Como vemos esta norma reproduce textualmente lo previsto en el Código de Tlaxcala.

c) Códigos que se inspiraron en la solución argentina

Resulta interesante señalar que en el movimiento de codificación de los últimos años en América, encontramos otros códigos que se han inspirado en la solución argentina, consagrando también “presunciones de aprovechamiento”.

En primer lugar mencionaremos el Código paraguayo de

⁴¹. La publicación inicial de este Código es del 20 de octubre de 1976.

⁴². La publicación inicial de este Código es del 10 de enero de 1987.

1987, cuyo artículo 671 tomó como fuente el modelo argentino, e incluye como última previsión al finalizar el primer párrafo la siguiente:

" ... La notable desproporción entre las prestaciones hace presumir la explotación, salvo prueba en contrario".

Por su parte el moderno Código de Quebec ha incluido la lesión, en su formulación subjetiva, en el artículo 1406, consagrando también la presunción de aprovechamiento:

*"La lesión resulta de la explotación de una de las partes por la otra, que provoca una desproporción importante entre las prestaciones de las partes; el hecho mismo de que haya una desproporción importante hace presumir la explotación"*⁴³.

Señalamos finalmente que el Código peruano de 1984, en su artículo 1448, ha recogido también la presunción de aprovechamiento, pero solamente para la hipótesis de lo que ellos llaman "lesión agravada", es decir cuando la desproporción es superior a las dos terceras partes del valor⁴⁴.

VI.- Doctrina y jurisprudencia nacionales

a) Creencia de que hay un solo elemento subjetivo

En algunos sectores de la doctrina ha prevalecido la errónea creencia de que el único elemento subjetivo es el "aprovechamiento". Encontramos ya esta afirmación en un trabajo de Julio Horacio Rodríguez, publicado en Jurisprudencia Argentina en 1969⁴⁵, postura que fue seguida por Andorno en el Cuarto

⁴³. La traducción del texto francés al castellano es nuestra.

⁴⁴. Hemos analizado estos problemas en un trabajo elaborado para un Código civil comentado, que titulamos "Lesión (art. 1448). Presunción de aprovechamiento", que puede consultarse en la página web de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba: www.acaderc.org.ar

⁴⁵. Julio Horacio RODRÍGUEZ, "La lesión gravísima", J.A., Doctrina 1969, p. 95.

Congreso Nacional de Derecho Civil⁴⁶.

Esta postura, que dividió a la doctrina y habla solamente de dos elementos, uno objetivo y otro subjetivo, encuentra reflejo en numerosos fallos. Nos limitaremos a mencionar algunos de ellos. Por ejemplo un tribunal rosarino ha dicho que "... el art. 954 exige **dos** requisitos o elementos, uno objetivo, ... y otro subjetivo"⁴⁷; y uno de Santa Fe afirma que: "... La lesión subjetiva tiene dos elementos: uno objetivo y otro subjetivo"⁴⁸, a lo que podemos agregar un fallo de provincia de Entre Ríos, en el que se afirma: "El instituto de la lesión subjetiva introducida en el C.C. a partir de la reforma de la ley 17.711 requiere para su configuración la concurrencia de dos elementos: uno objetivo -la evidente o notoria desproporción entre las prestaciones de las partes- y otro subjetivo que corresponde a la situación de inferioridad de la parte perjudicada y que se revela en su necesidad, inexperiencia o ligereza, y la explotación de ese estado por la parte beneficiada".⁴⁹

Sin embargo encontramos también numerosos fallos que exponen correctamente la necesidad de la presencia de tres elementos, dos de ellos de carácter subjetivo netamente diferenciables. Así otra de las salas de la Cámara civil de Paraná ha sostenido en fecha más reciente "El artículo 954 exige para que se configure el vicio de lesión la presencia de tres elementos:

⁴⁶. Ver "Actas Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil", T. II, pp. 679 y 680. Incluye esta afirmación en una extensa ponencia, en la que sostiene que "... el que pretendiese la anulación del acto, solamente tendría que demostrar esa desproporción: presumiéndose "iuris tantum" la existencia del elemento subjetivo de aprovechamiento de la necesidad, ligereza o inexperiencia del perjudicado...", fusionando el aprovechamiento con la situación de inferioridad". (Puede consultarse este antecedente en la sección "Biblioteca virtual" de la página web de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba: www.acaderc.org.ar).

⁴⁷. Cam. Civil y Com. Rosario, sala 1ª, 28 febrero 1989, "Rico S. c/ D. N. Rodríguez de Coscelli", Zeus T. 51, R - 7 (11.730).

⁴⁸. Cam. Civil y Com. Santa Fe, sala 1ª, 20 septiembre 1984, "Broggini de Casabianca, V.C. c/ Manso, J.R.", Zeus, T. 55, J - (7986).

⁴⁹. Cam. 2ª Civil y Comercial Paraná, sala 1ª, 30 marzo 1990, "Pérez, Elena, Ignacio, Luis y otro c/ Banco de Entre Ríos", Zeus, T. 59, R - 12 (13646-7).

desproporción de las prestaciones, inferioridad de la víctima y aprovechamiento del lesionante"⁵⁰. Y en la Cámara Civil de la Capital Federal -luego de algunas vacilaciones- encontramos fallos en los que se expresa claramente la necesidad de que estén presentes tres elementos, uno de carácter objetivo, y los otros dos de carácter subjetivo⁵¹. Y en 1982 en la revista jurídica El Derecho encontramos un comentario editorial de Marta del R. Mattera que expresa que al aceptar la sala C la existencia de un doble elemento subjetivo en la lesión, tal criterio resulta mayoritario en el fuero, atento a que ya había sido sustentado por las salas B, D y F.⁵²

b) Presunción de los dos elementos subjetivos

y que la presunción establecida en el artículo 954 cuando existe una desproporción notoria entre las prestaciones, torna innecesario indagar la situación de inferioridad de la presunta víctima del acto lesivo. Se afirma -con alguna razón- que si hay aprovechamiento esto es consecuencia de la debilidad en que se

⁵⁰. Cam. Civil y Comercial Paraná, sala 2ª, 8 marzo 1996, "Flores, José E. c/ Banco de Entre Ríos Sucursal La Paz", Zeus, T. 72, J - 278 (10.988).

En primera instancia se consideró que no se había probado el estado de necesidad, ligereza o inexperiencia, y la Cámara confirmó el fallo.

⁵¹. Cam. Civil Capital, sala D, 23 abril 1982, "Muñoz, Santos O. c/ Gutiérrez, Antonio J.", E.D. 100-373 (36.026).

-La lesión subjetiva del art. 954 C. civil no se conforma sólo con el elemento objetivo -desproporción de las prestaciones- sino que, además, requiere la existencia de dos elementos subjetivos: el del beneficiario -la explotación- y el de la víctima -la situación de inferioridad derivada de la necesidad, ligereza o inexperiencia-.

Cam. Civil Capital, sala E, 8 junio 1982, "Galli Matienzo, Ricardo c/ Matienzo Jorge A", J.A. 1983-I-636

-La figura de la lesión subjetiva, tal cual ha sido recibida a través de la reforma de la ley 17.711 en el art. 954 Código civil, supone la concurrencia de tres requisitos, uno de carácter objetivo, consistente en la ventaja patrimonial desproporcionada. Los otros dos de carácter subjetivo: el primero, en quien provoca la lesión -la explotación de una situación de inferioridad de la contraparte-, y el segundo en quien padece esa situación -estado de necesidad, ligereza o inexperiencia-.

⁵². Ver fallo de la Cam. Civil Capital, sala C, 21 diciembre 1982, "Garbuglio, Luis M. c/ Barreira, Nanuel W.", E.D. 104-581 (36.894), p. 4.

encuentra la víctima, pero -con absoluta falta de lógica- se pasa de allí a presumir también el estado de inferioridad, es decir a crear una segunda presunción, que no ha sido consagrada en manera alguna por la ley. Se ha dicho entonces que "la presunción comprende ambos elementos subjetivos pues no se explota en abstracto, sino "algo", que es uno de los estados de inferioridad (tratándose, por ello de aspectos inescindibles): es poco razonable presumir una aptitud reprochable de una persona frente a la situación de inferioridad de la otra, sin que la presunción abarque esta última situación"⁵³.

Algo de razón asiste a quien efectúa esta afirmación: no puede haber explotación si no hay inferioridad... ¡pero esa situación de inferioridad deberá ser invocada y probada por la presunta víctima!

Proceder de otra manera justificaría los temores que expresaba Brebbia con relación a la "presunción de aprovechamiento" en el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil⁵⁴, donde obtuvo adhesión mayoritaria a un despacho en el que se aconsejaba la supresión del párrafo que consagra la presunción de aprovechamiento, y en las Quintas Jornadas de Derecho Civil⁵⁵, en las que expresó su convicción de que con ello ¡se retornaría lisa y llanamente a la "lesión objetiva" del Derecho Romano...!

Por nuestra parte, y acompañados en esto por Jorge Mosset Iturraspe, hemos sostenido en todo momento que la presunción de aprovechamiento es un verdadero acierto y debe ser mantenida, pero que se limita a invertir la prueba del elemento

⁵³. Ver José W. TOBÍAS, "La lesión objetiva subjetiva. Perfiles actuales y prospectiva", en "Homenaje a los Congresos de Derecho Civil", Academia Nacional de Derecho de Córdoba, 2009, T. II, p. 1195. (El trabajo puede ser consultado en la sección "Biblioteca virtual de la página web de la Academia: acaderc.org.ar)

⁵⁴. Ver Roberto H. Brebbia, ponencia, "Actas Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil", Tomo II, p. 685 y ss.

⁵⁵. La exposición de Brebbia en las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil puede consultarse en nuestro trabajo: "El régimen de la lesión y las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho civil", Zeus, T. 77, D-111 y en la página web de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba.

subjetivo, explotación, que afecta a quien se beneficia con el acto lesivo.

c) últimas tendencias

Tobías ha manifestado que "la solución debe encontrarse en un nuevo análisis de los vicios de la voluntad tradicionales - en el caso, el de la lesión - que posibiliten un sensible ensanchamiento de su cometido y funciones"⁵⁶.

Esta peligrosa tendencia se ha reflejado en la recomendación votada en las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Santa Fe en 1999, al tratar el tema de "Los perfiles actuales de la lesión". El entusiasmo "tuitivo" puede llevar a extremos nocivos y provocar una lamentable "reacción".

VII. Valoración final

El legislador ha procurado buscar un punto de equilibrio, que sin caer en la exageración de que la mera desproporción objetiva entre las prestaciones provoca la invalidez del acto, recordando que deben darse situaciones de carácter subjetivo, como la inferioridad y el aprovechamiento, pero sin establecer requisitos probatorios sobre la actitud del sujeto beneficiario que tornen casi imposible ejercitar una adecuada defensa de la víctima por la grave dificultad de indagar si tuvo o no "intención" de explotar la debilidad.

El camino seguido en México primeramente en el Código de Sonora, y en Argentina, por influencia de Spota en el nuevo artículo 954, procura por una aproximación tópica, alcanzar la justicia de los casos concretos.

Permanecen latentes, sin embargo, en algunos sectores, como aquellos que pretenden borrar totalmente la lesión con fun-

⁵⁶. Trabajo citado en "Homenaje a los Congresos de Derecho Civil", en especial T. II, p. 1208.

damentos extraídos del análisis económico del derecho, o quienes desde otro ángulo quieren extenderla desmesuradamente, presumiendo todos los elementos subjetivos, las posibilidades de que nuevos movimientos pendulares nos lleven a soluciones que nos distancien considerablemente de lograr la justicia del caso.