

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

LESIÓN CIVIL, USURA PENAL Y APROVECHAMIENTO ABUSIVO() (750)*

FERNANDO J. LÓPEZ DE ZAVALÍA

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

I. GENERALIDADES.

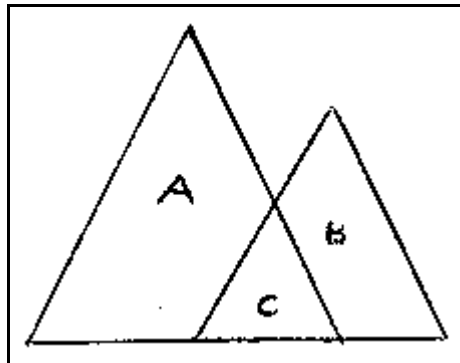
I. Alcances de este estudio. En el presente trabajo intentaremos delimitar la esfera de acción de los artículos 954 del Código Civil, por un lado (a partir de su segundo párrafo), y 175 bis del Código Penal, por el otro. A ello agregaremos una breve consideración sobre el segundo párrafo del artículo 656 del Código Civil, llevados por la pendiente natural del tema.

1. Verificaremos el análisis con visual y preocupación civilista:

a) La preocupación radica en esto: que si se da al artículo 175 bis del Código Penal una extensión desmesurada, en la práctica correrá un serio peligro la aplicación efectiva del artículo 954 del Código Civil, además de otros inconvenientes, como en su lugar lo demostraremos. Y desde el punto de vista notarial, no cabe dejar de lado los riesgos que una tal extensión podría traer para el ejercicio profesional(1)(751).

b) Y el ángulo visual se explica, porque siendo necesario elegir uno como punto de partida, resulta lógico que escojamos el de nuestra especialidad(2)(752).

c) Si queremos representar gráficamente la situación relativa de los respectivos textos(3)(753)podemos hacerlo en base al siguiente esquema:



Con el triángulo A representamos el amplio campo de la lesión civil. Con el triángulo B, el ámbito más reducido de la usura penal. Y con el triángulo C, el espacio jurídico donde se superponen la reacción penal de la usura, con la civil de la lesión.

II. La cuestión terminológica. En la dilucidación de los problemas que encararemos, conviene una previa reflexión sobre la terminología.

Tal reflexión se impone. En efecto: en el curso de este trabajo pondremos de manifiesto que según cuál sea la interpretación que se dé al artículo 175 bis del Código Penal, pueden, en el tema comparativo con el Derecho Civil, surgir dos tesis: la dualista y la monista. La monista afirmará que la figura penal cubre totalmente a la civil; la dualista sostendrá por el contrario que hay todo un sector de lesión civil que no es de usura penal.

El hombre de la calle preguntará probablemente cómo es posible que se superpongan, ya total, ya parcialmente, figuras designadas con nombres tan

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

distintos.

Y la verdad, es que según cual sea el sistema de Derecho de que se trate, los vocablos "lesión" y "usura" pueden ser sinónimos, o encontrarse en una relación de género a especie, o designar cada uno de ellos, especies distintas(4)(754).

De allí que convenga esta previa digresión terminológica, a los fines de despreocuparse del fantasma terminológico. Las palabras sólo son ruidos, y lo que interesa son las realidades a las que aluden.

En las líneas que siguen, no pretendemos agotar todas las listas de variantes terminológicas. La tarea, además de agotadora (pues habría que pasar revista a todas las legislaciones y opiniones doctrinarias en el tiempo y en el espacio), sería inútil (pues nada nos diría que no resultara ya de unos cuantos ejemplos).

1. Comencemos por determinar el alcance del vocablo "lesión". Podemos dar de él una idea muy vaga y genérica (pero suficiente para nuestros fines), afirmando que existe cuando hay un beneficio patrimonial desproporcionado, que en el caso resulta intolerable. El problema reside por lo tanto en determinar cuándo un beneficio resulta intolerable. Y sobre esto hay dos vertientes, una objetiva y otra subjetiva:

a) Para la concepción objetiva, hay lesión cuando la desproporción entre las prestaciones excede de un cierto límite. Esa es la lesión enorme o enormísima, a la que nuestro codificador civil dedicó la nota al artículo 943. Dicha nota es altamente ilustrativa con relación a las variantes de la legislación comparada en cuanto a los contratos en que se aplica (por ejemplo, sólo en la compraventa, o también en otros contratos), el contratante al que se le otorga la acción protectora (v.g.: sólo al vendedor, o también al comprador), los bienes a que se refiere (v.g.: sólo a los muebles, o también a los raíces), y el grado de desproporción (v.g.: la mitad del justo precio, o dos tantos, o un perjuicio de siete duodécimas partes del precio de la cosa).

b) Para la concepción subjetiva, no basta con la desproporción objetiva, sino que es preciso que medie una particular actitud subjetiva del lesionante, actitud que consiste en una toma de posesión de una situación de inferioridad de la víctima. Y naturalmente que en esta concepción puede presentarse (y de hecho se presenta) toda una gama de variantes, de las cuales aquí bástenos señalar que las legislaciones varían en cuanto a la clase de inferioridad de la víctima, que valoran (v.g.: sólo la necesidad, o también la ligereza y la inexperiencia, cuando no el estado de relación de dependencia) a la intensidad de dicho estado (v.g.: se conforman con enunciarlo, o agregan que debe ser "extremo" o "notorio"), y a la forma de considerar la desproporción (v.g.: unas dan pautas elásticas, conformándose con que la desproporción sea evidente, mientras que otras las dan rígidas, exigiendo que ellas alcancen una intensidad taxativamente estatuida, al modo de los criterios objetivos).

2. Y pasemos a examinar el alcance del vocablo "usura". Las acepciones

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

aquí son tantas, que corremos el peligro de perder el hilo de Ariadna que nos guíe a través del laberinto.

a) Un buen punto de partida nos parece el siguiente: mientras originariamente de lesión se habla a propósito del contrato de compraventa(5)(755), de usura se lo hace con relación al contrato de préstamo de dinero a intereses(6)(756). Decimos que originariamente fue así, pero con ello no entendemos prejuzgar sobre lo que es hoy(7)(757).

b) Con ese punto de partida, y circunscribiendo provisoriamente el concepto de usura al campo del mutuo de dinero a intereses, encontramos que el vocablo desprovisto originariamente de tonalidades morales, se carga históricamente con connotaciones éticas. La palabra "usura" que comienza designando el beneficio que se obtiene en un mutuo a intereses(8)(758), termina nombrando el beneficio reprobable en un mutuo. Cuando la palabra adquiere esa tonalidad ética, el problema que se plantea es el de determinar cuándo el beneficio ex - mutuo es reprobable, y las respuestas que se ofrecen son dos: "siempre" o "a veces".

Hay quienes enseñaron que todo mutuo de dinero a intereses, cualquiera que fuera la tasa (y por lo tanto, aun ínfima) es siempre reprobable, y calificaron por lo tanto al contrato de "usurario" con la nota de repulsa moral que cobró tal término(9)(759).

Pero hay quienes hicieron distingos, y sólo llamaron "usurario" al mutuo de dinero a interés excesivo(10)(760).

A los fines de este estudio, no nos interesa aquí determinar cuándo un interés es excesivo. Bástenos con señalar que de los sentidos históricos que tiene el vocablo "usura", podemos descartar tanto aquél privado de connotaciones éticas, como el que teniéndolas rechaza cualquier interés(11)(761). Si algún uso histórico tiene importancia, es el que ve "usura" en el préstamo a interés excesivo.

c) Desbrozado así el camino, y reducido el término "usura" a designar el préstamo de dinero a interés excesivo, cabe preguntarse si las razones que llevan a reprobarlo no son extensibles a otros contratos:

En primer lugar, si se aplica el vocablo al préstamo de dinero a interés excesivo, ¿por qué no utilizarlo a propósito del préstamo de otras cantidades que no sean sumas de dinero?

En segundo lugar, dada esa extensión, ¿por qué no aplicar el concepto de usura a cualquier otra operación que aun cuando no implique una dación efectiva en préstamo, envuelva su finalidad económica?(12)(762).

Y en tercer lugar, ¿por qué no hacer extensivo lo que se dice para el préstamo, a cualquier otro contrato, aunque no represente en modo alguno una operación de crédito? ¿Por qué no aplicarlo, v.g., a la compraventa al contado, a la permuta al contado, etc.?

Hay quienes piensan que a las tres preguntas, o por lo menos a alguna de entre ellas, corresponde contestar afirmativamente, y considerar los negocios allí enumerados como susceptibles de "usura", y reprobables en idénticos términos.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

De allí nace la distinción entre usura "crediticia" y usura "real". Pero no existe una unanimidad de criterio sobre la aplicación exacta de estos calificativos. Para unos, cabe hablar de usura "crediticia" únicamente en el caso de mutuo de dinero, correspondiendo en los demás referirse a usura "real"; para otros, debe hablarse de usura "crediticia" también en el primer caso de extensión que señalamos, es decir en el del préstamo que no sea de dinero; para otros, en fin, es posible hablar de usura "crediticia" también en el segundo caso de extensión a que aludimos, abarcando todas las hipótesis asimilables al mutuo. Tampoco existe uniformidad de criterios sobre la forma de reacción del Derecho ante esos casos, pues mientras para unos debe ser la misma, para otros, cabe distinguir(13)(763).

d) Todavía, en el terreno de la determinación de lo "usurario" no podemos olvidar, y con ello tampoco pretendemos haber agotado el estudio de las posibilidades, otros distingos.

En efecto, así como al hablar de la lesión hemos distinguido dos vertientes (una objetiva y otra subjetiva), idéntica distinción cabe verificar con relación a la usura, y ello sea que tengamos de la usura una concepción altamente restringida (sólo aplicable al mutuo de dinero a intereses) o amplia (comprensiva de la "real").

Así, v.g., podemos con una concepción de tipo "objetivo" pretender que un mutuo de dinero es usurario si se cobran dos puntos más que la tasa normal de interés(14)(764), o con una concepción "subjetiva" exigir que medie explotación de una situación de inferioridad de la víctima.

3. Esta breve recorrida a través de las diversas posibilidades significativas de los vocablos "lesión" y "usura", nos permite poner de relieve cómo es posible que los conceptos a que en su caso aluden, se aproximen o se separen.

Si llamamos "lesión" a la institución civil, y "usura" a la penal, una aproximación entre ambas figuras (y a contrario, una separación) resultará fundamentalmente de que:

a) En ambos casos la vertiente elegida sea la misma. Es decir, que ambas legislaciones tengan una concepción "objetiva", o que ambas transiten por una "subjetiva".

b) En ambos casos queden abarcados los mismos contratos. Si en la "lesión" quedaran abarcados todos, y en la "usura" sólo algunos, lejos de hablarse de aproximación correspondería aludir a diferenciación.

c) En ambos casos se tutele a los mismos contratantes. Si se diera el caso, v.g., que con la "lesión" se tutelara tanto al mutuuario (que contrató a alto interés) como al mutuante (que estipuló bajos intereses), mientras que con la "usura" sólo se tuviera en cuenta la situación del mutuuario, habría ya una pauta de diferenciación.

2. LA LESIÓN CIVIL.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

I. El texto legal. El artículo 954 del Código Civil, a partir de su segundo párrafo, prescribe:

"También podrá demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación.

"Se presume, salvo prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones.

"Los cálculos deben hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción deberá subsistir en el momento de la demanda. Sólo el lesionado o sus herederos podrán ejercer la acción cuya prescripción se operará a los cinco años de otorgado el acto.

"El accionante tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se transformará en acción de reajuste si éste fuere ofrecido por el demandado al contestar la demanda".

La norma, obra de la ley 17711, reconoce como antecedente inmediato, la recomendación N° 14 del Tercer Congreso de Derecho Civil.

II. El supuesto de hecho. Brevemente, a los fines de facilitar la comparación del texto civil con el penal, podemos decir que incurre en lesión civil el que explotando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de la otra parte, obtuviera por medio de un contrato oneroso, una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación(15)(765).

De esta definición que proporcionamos (ajustada al máximo al lenguaje de la ley) surge que para que pueda hablarse de lesión, es necesaria la concurrencia de dos requisitos objetivos, y uno subjetivo, en la contratación onerosa, y que autor de ella puede serlo cualquiera de las partes.

1. El primer requisito objetivo está constituido por la existencia de un estado de inferioridad en el lesionado (explotado, o víctima). Dicho estado de inferioridad puede consistir, en la necesidad, la ligereza, o la inexperiencia:

a) La palabra "necesidad" en Derecho Civil, tiene una interpretación amplia. "Necesario" es aquello de lo cual no cabe prescindir; contrata llevado por la necesidad, tanto el que con la prestación que persigue, la satisfará inmediatamente, como el que con ella obtendrá otro bien de la vida que le es necesario, para su persona, o para su patrimonio, e incluso para la persona o el patrimonio de otros, porque para quien siente la necesidad ajena como suya, es su necesidad.

b) La palabra "ligereza" tiene también una interpretación amplia. Indica irreflexión en el obrar. Tan "ligero" es el que no reflexiona por inmadurez mental, como el que de hecho no lo hace por precipitación(16)(766).

c) La palabra "inexperiencia", en fin, alude a la falta de los conocimientos generales que da la vida de relación.

2. El segundo requisito objetivo está dado por la existencia de una ventaja patrimonial "evidentemente" desproporcionada y sin justificación.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

a) La ley habla de "ventaja patrimonial", y lo genérico del vocablo empleado permite incluir toda clase de ventajas en el contrato, que tengan un valor patrimonial, es decir, sea que ellas consistan en un dar, en un hacer, en un no hacer, sea que se trate de la creación o de la extinción de un vínculo, sea que medie un derecho personal o uno real, pues "ventaja patrimonial" es todo lo susceptible de enriquecer un patrimonio, por aumento del activo o disminución del pasivo.

b) La ventaja debe ser "evidentemente" desproporcionada. No cualquier desproporción justifica la tacha de lesión. Debe ser "evidente", es decir, manifiesta, visible.

c) Y debe ser, finalmente, sin justificación. Muchas son las razones por las cuales una ventaja que al primer análisis pudiera sonar manifiesta, aparece luego justificada (v.g.: en el animus donandi, en el álea, en la asunción de un riesgo, etc.).

3. El tercer requisito a examinar, es de carácter subjetivo. El lesionante debe haber "explotado" el estado de inferioridad de la víctima, obteniendo a través de esa explotación la ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada.

Corresponde distinguir entre "explotación" y "aprovechamiento", pues la ley civil no se conforma con lo segundo, y exige lo primero:

a) Explotar es instrumentar el estado de inferioridad del otro contratante, de modo de obtener así un beneficio excesivo. El que "explota", conoce el estado de inferioridad (la necesidad, la ligereza, la inexperiencia), trabaja dicho estado a su favor, y por haberlo hecho obtiene el beneficio. Verificando un símil, es como el agricultor que conoce la fertilidad de un suelo, y lo cultiva, obteniendo los frutos. En la explotación hay una actitud receptiva de apropiación subjetiva (en cuanto se conoce) y objetiva (en cuanto se obtiene), pero hay también una conducta activa (en cuanto se instrumenta lo primero para llegar a lo segundo).

b) Aprovechar, en cambio, es limitarse a recoger, a sabiendas, el beneficio. El que aprovecha, conoce y obtiene pero no "trabaja" necesariamente. Todo el que explota, simultáneamente aprovecha, pero hay quien aprovecha, sin explotar. Volviendo al símil anterior, el agricultor del ejemplo, al explotar, aprovecha; pero un propietario que se limitara a recoger los frutos espontáneos de la tierra, aprovecharía de la feracidad de la misma, sin explotarla. Aprovechar, en suma, es adoptar una actitud puramente recepticia (subjetiva y objetivamente) de apropiación.

c) Cuando encaramos la fórmula de la lesión, tal como la misma se encuentra descripta en el artículo 964 del Código Civil, advertimos que no se llegaría a los mismos resultados si en lugar del verbo "explotar" se hubiera utilizado el "aprovechar". Así, para dar un ejemplo, si suponemos que alguien compra en un negocio un artículo ofrecido en vidriera a precio bajo, y lo hace a sabiendas de que el comerciante está liquidando sus existencias por necesidad, diremos de él que "aprovecha", pero no que "explota", porque nada habrá puesto de su parte para la fijación del precio.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

4. Finalmente, para concluir con el examen del supuesto de hecho, nos queda por determinar la clase de negocios jurídicos en que cabe hablar de "lesión".

A nuestro entender, de lesión sólo cabe hablar en los contratos onerosos, debiendo todavía excluirse la donación con cargos:

a) Se ha pretendido afirmar que el instituto de la lesión también juega en los actos jurídicos unilaterales(17)(767). Pero nos parece que los términos de la ley rechazan esta interpretación. En efecto:

Por un lado, la ley supone que "una de las partes" explote la necesidad, la ligereza o la inexperiencia "de la otra", y nos parece que esta referencia a "partes" está aludiendo a actos bilaterales.

Por el otro, en la última parte del artículo 954, se habla expresamente del "convenio", si no advertimos como pueda explicarse el texto, de modo que en lo de "convenio" quede abarcado también un acto jurídico unilateral(18)(768).

Finalmente, la ley supone "desproporción de las prestaciones", y en un acto jurídico unilateral no cabe hablar de desproporción de las prestaciones, precisamente porque ni siquiera en un contrato gratuito cabría hablar de ello. Si en un contrato gratuito (que por lo menos es un acto jurídico bilateral) no corresponde inquirir sobre lesión, ¿cómo hacerlo en los actos unilaterales? Pretender, finalmente, que se compute una "lesión" originaria en los actos unilaterales, es olvidar que la lesión sobreviniente no se considera en ellos(19)(769) y romper con la filosofía del sistema.

b) Se ha pretendido, igualmente(20)(770), que corresponde hablar de lesión en los contratos gratuitos (v.g.: donación).

Pero mientras la ley hable de "desproporción de las prestaciones", no hallarán cabida en sus términos los contratos gratuitos, como no hallan cabida en el artículo 1198 para la lesión sobreviniente.

La posibilidad pareciera que se diera en la donación con cargos, que es un contrato oneroso en la medida de los cargos. Pero aquí el gravado con los cargos tiene en sus manos la vía del artículo 1854, que desplaza la aplicación del 954(21)(771).

c) Pero de lesión puede hablarse en los contratos aleatorios, en la medida en que el álea no justifique la desproporción(22)(772).

d) Resumiendo lo que antecede, podemos concluir que de lesión puede hablarse en cualquier contrato oneroso, es decir, por ejemplo, en la compraventa, en la permuta, en la locación de cosas, en la de servicios, en la de obra, en el mandato oneroso, en el mutuo oneroso, en el contrato oneroso de renta vitalicia, etc., etc., pero excluyéndose la donación con cargos.

5. En cuanto a la pregunta ¿quién puede incurrir en lesión?, la respuesta es obvia: el que explote, que puede serlo cualquiera de las partes.

Así, según los casos, "explotante" (esto es, "autor", "lesionante", "beneficiado") puede serlo, ora el vendedor, ora el comprador, el locador

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

como el locatario, el mutuante como el mutuario, etc., etc., y en consecuencia, puede ser lesionado cualquiera de ellos.

III. La prueba. Los distintos extremos del supuesto de hecho, deben probarse de acuerdo con las reglas generales.

El accionante debe probar todos los extremos, es decir, tanto los requisitos objetivos como el subjetivo.

Pero la ley civil ha dado un medio para facilitar esa prueba, consistente en una presunción iuris tantum, consagrada en el tercer párrafo del artículo 954. Cuando la desproporción es más que "evidente" y asume las características de "notable", se produce la inversión del cargo de la prueba:

1. La inversión alcanza a todos los extremos. Se presume el estado de inferioridad, y la explotación, con la sola existencia de la "notable desproporción".

2. La diferencia entre una desproporción "evidente" y una "notable" radica en esto: "evidente" es la visible, la indiscutible; "notable" es la que además de ser evidente, es en tal grado intolerable, que parece que sólo pudiera explicarse porque ha habido explotación(23)(773).

IV. Las acciones. Dada una contratación lesiva, surgen para ciertas personas las acciones por lesión, las que tienen un régimen particular de extinción.

1. Las acciones son:

a) De nulidad, la que tiene por fin la aniquilación del convenio. Es un caso de nulidad relativa, ejercible sólo por ciertas personas, confirmable, y prescriptible.

b) De modificación, la que persigue un reajuste equitativo del convenio.

2. Los sujetos activos de las acciones de lesión son exclusivamente el "lesionado y sus herederos". Queda excluida la posibilidad de ejercicio subrogatorio, ex artículo 1196.

3. El titular de las acciones deberá optar entre ellas. Puede elegir o la de nulidad, o la de modificación.

Pero si elige la de nulidad, ésta se transforma en acción de modificación, si el demandado ofrece el reajuste al contestar la demanda.

4. Las acciones se extinguen por prescripción.

Pero tienen además un modo extintivo que constituye una particularidad: por desaparición de la desproporción. En efecto, para que la acción prospere, es preciso que la desproporción subsista al tiempo de la demanda.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

3. EL APROVECHAMIENTO ABUSIVO.

I. El texto legal. La ley 17711 ha introducido un agregado al artículo 656 del Código Civil, en los siguientes términos:

"Los jueces podrán, sin embargo, reducir las penas cuando su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configuren un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor".

II. Comparación con la lesión. A los fines de facilitar la comparación con el instituto de la lesión, podemos decir que incurre en el aprovechamiento abusivo del artículo 656, el que aprovechando del estado de sujeción contractual del deudor le exigiere el pago de una pena abusivamente desproporcionada con relación al incumplimiento de que se trate(24)(774).

1. La primera y notable diferencia reside en esto: El lesionante "explota"; el acreedor del artículo 656 simplemente "aprovecha". O en otros términos: el lesionante, instrumentando el estado de inferioridad de la otra parte, "crea" la situación jurídica que lo beneficia; el acreedor del artículo 656 se limita a extraer las consecuencias literales de un estado jurídico ya preexistente, y nada agrega a lo que ya hizo con anterioridad, limitándose a exigir que se le entregue lo que estima debido.

Existe por lo tanto una clara diferencia en el elemento subjetivo.

2. La segunda diferencia, como ya se habrá advertido, reside en uno de los requisitos objetivos:

a) Para la lesión, debe haber un estado de inferioridad de hecho: necesidad, ligereza, inexperiencia.

b) Para el aprovechamiento de que aquí tratamos, el estado de inferioridad, es por así decirlo de derecho: es el estado de sujeción jurídica en virtud de un pacto anterior. Al hablar de este estado de inferioridad, encomillamos lo de "derecho". Ya que en definitiva se trata de una situación no amparable, a tenor del artículo 1071, porque cuando hay una verdadera necesidad "jurídica", no cabe hablar de aprovechamiento abusivo.

3. Todavía podrían marcarse otras diferencias, que nos limitamos a puntualizar dada la índole de este trabajo:

a) En caso de lesión, la alternativa se da entre la nulidad y la modificación. En el supuesto de aprovechamiento abusivo, lo único que cabe es la modificación, lo que resulta lógico, pues si no, se dejaría sin valor alguno la primera parte del artículo 656 que declara que el deudor no podrá eximirse de satisfacer la pena "probando que el acreedor no ha sufrido perjuicio alguno".

b) Para la lesión se toma en consideración la evidente desproporción entre las prestaciones. Aquí lo que interesa es una desproporción abusiva

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

con el incumplimiento.

4. Las diferencias apuntadas permiten determinar el radio de acción de las respectivas normas.

a) En el momento de pactarse la cláusula, no cabe hablar ni de aprovechamiento abusivo ni de lesión.

Descartamos que pueda hablarse de lesión (suponiendo que el deudor que pactó la cláusula fuera en ese tiempo un necesitado, un ligero, o un inexperto), por dos razones: la primera, que la cláusula penal no es una contraprestación, sino el sustitutivo presunto de una indemnización, y es la contraprestación la que se toma en cuenta a los fines del cálculo de la desproporción; la segunda, porque no habría razón para conceder las acciones de lesión mientras no se conociera el incumplimiento, y cuando éste se diera, ya carecerían de interés digno de amparo las acciones por lesión, pues se daría la del artículo 656.

b) En el momento en que se exija el pago de la pena entrará a funcionar el artículo 656.

4. LA USURA PENAL.

I. El texto legal. Con alguna modificación relativa al quantum de la penalidad, el nuevo artículo 176 bis del Código Penal es visiblemente el artículo 233 del Proyecto Soler de 1960.

1. He aquí el texto literal del nuevo artículo:

"El que, aprovechando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de una persona le hiciere dar o prometer, en cualquier forma, para sí o para otro, intereses u otras ventajas pecuniarias evidentemente desproporcionadas con su prestación, u otorgar recaudos o garantías de carácter extorsivo, será reprimido con prisión de uno a tres años y con multa de cinco mil a veinte mil pesos.

"La misma pena será aplicable al que a sabiendas adquiriere, transfiriere o hiciere valer un crédito usurario.

"La pena de prisión será de tres a seis años, y la multa de quince mil a sesenta mil pesos, si el autor fuere prestamista o comisionista usurario profesional o habitual".

2. A los fines de la comparación con la ley civil, nos parece que las conductas descriptas en la ley penal pueden ser agrupadas en la forma siguiente:

a) Una figura básica principal contenida en los siguientes términos:

"El que, aprovechando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de una persona le hiciere dar o prometer, en cualquier forma, para sí o para otro, intereses u otras ventajas pecuniarias evidentemente desproporcionadas con su prestación".

b) Una figura básica accesoria, donde la explotación de los aludidos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

estados de inferioridad es para hacer "otorgar recaudos o garantías de carácter extorsivo".

c) Una figura básica subsiguiente, que incrimina la conducta del que "a sabiendas adquiriere, transfiriere o hiciere valer un crédito usurario".

d) Una figura agravada, contenida en el último párrafo del artículo 175 bis, en los siguientes términos: "La pena de prisión será de tres a seis años, y la multa de quince mil a sesenta mil pesos si el autor fuere prestamista o comisionista usurario profesional o habitual".

3. Creemos necesaria la división que antecede, porque como resulta evidente, a los fines de la comparación con la ley civil, lo interesante es la figura a la que por darle un nombre, hemos llamado "básica principal", sin perjuicio de alguna breve referencia a las otras enumeradas, en cuanto ello sea necesario para los fines de nuestra exposición.

Con esta necesaria salvedad, abordaremos el examen del problema que motiva este estudio.

II. Los requisitos comunes a las figuras civil y penal. A nuestro entender, del análisis del artículo 175 bis del Código Penal, en un examen comparativo con la ley civil, surge la existencia de dos requisitos que son comunes a ambos sistemas. Constituye una cuestión distinta el de la apreciación práctica que sobre los mismos se verifique en las respectivas jurisdicciones.

1. Para que pueda hablarse de usura, es preciso que la víctima del delito haya contratado en un estado de inferioridad. Dicho estado es descripto con las mismas palabras que por la ley civil: necesidad, ligereza, inexperiencia(25)(775).

Hasta aquí podemos hablar de coincidencia, entre ambas legislaciones.

2. En lo que atañe al elemento subjetivo, una primera lectura pone de relieve que mientras la ley civil emplea el verbo "explotar", la ley penal pareciera conformarse con el de "aprovechar". Se advierte lo grave de la consecuencia que se seguiría si esa primera lectura fuera corroborada por una interpretación más detenida, pues habría entonces que afirmar, o que la ley penal se conforma con una menor intensidad subjetiva, o que la ley civil ha quedado implícitamente modificada por la penal. Pero otra es la interpretación que corresponde.

En efecto. Recordemos que según lo dicho, la diferencia entre "aprovechar" y "explotar", reside en esto: para "aprovechar" basta con conocer y obtener; para "explotar" es necesario además el instrumentar. O en otros términos: para el aprovechar, basta con una conducta recepticia (subjetiva y objetivamente) del provecho, mientras que para el explotar es preciso una conducta activa, determinante del provecho.

Ahora bien; la necesidad de la existencia de esa conducta activa la encontramos en la fórmula del artículo 175 bis, como pasamos a demostrarlo:

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La ley civil ha empleado la fórmula: "explotando. . . obtuviere". Si la ley penal se hubiera limitado a reemplazar el "explotando" por el "aprovechando" (y en consecuencia hubiere dicho: "aprovechando... obtuviere"), aunque a disgusto, hubiéramos tenido que concluir que como elemento subjetivo basta con una actitud recepticia.

Pero la ley penal no ha hecho eso, y ha empleado una fórmula que contiene la exigencia de una instrumentación del estado de inferioridad de la víctima. Dicha fórmula es la siguiente: "Aprovechando... le hiciere dar o prometer". La energía de la expresión "le hiciere dar o prometer", pone de relieve que la ley penal exige una conducta activa, provocante del beneficio desproporcionado. Es necesario hacer dar o prometer, no bastando con que se obtenga un dar, se obtenga un prometer.

Hasta aquí, por lo tanto, tampoco encontramos una real diferencia entre la descripción penal y la civil.

III. Las diferencias. Llegamos con esto al aspecto más interesante de este análisis comparativo.

A la pregunta "¿existen diferencias entre la figura básica principal penal y la civil?", parece que pueden darse dos respuestas: la negativa y la afirmativa.

1. La respuesta negativa conducirá a una doctrina comparatista que podemos denominar "monista". A tenor de ella no existirán diferencias entre las figuras civil y penal, y por lo tanto, todo acto civilmente lesivo será simultáneamente un delito de usura penal.

2. La respuesta afirmativa, en cambio, al señalar diferencias entre la fórmula civil y la penal, nos llevará a una tesis "dualista", según la cual sólo algunos actos civilmente lesivos serán al mismo tiempo delitos del Derecho Penal.

3. Digámoslo desde ya: nos pronunciamos a favor de la tesis "dualista", en la convicción de que siendo la que surge del texto de la ley, es: simultáneamente la que mayor beneficio reporta para los valores de justicia, igualdad, seguridad y libertad.

IV. La tesis monista. Comencemos con el examen de esta doctrina. Para la misma, según adelantamos, todo acto civilmente lesivo es penalmente usurario. En otros términos: siempre que corresponda hablar de lesión en la compraventa, la permuta, la locación de cosas, de servicios, de obra, el mandato y el mutuo onerosos, el contrato oneroso de renta vitalicia, etc., corresponderá hablar de usura penal. Y de allí esta doble consecuencia: primera, que puede hablarse de usura penal en cualquier contrato oneroso; segunda, que puede estar incurso en el delito cualquiera de las partes contratantes, es decir, tanto el comprador como el vendedor, el locador como el locatario, el mutuante como el mutuario, etc.

Para la tesis "monista" la ecuación resulta clara. Por un lado se afirma que la lesión civil abarca lo que en el vocabulario de la "usura" se llama "usura crediticia" y "usura real". Por el otro se sostiene que el artículo 175 bis del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Código Penal incrimina tanto la usura crediticia como la real. La consecuencia fluye natural: ambas figuras cubren iguales sectores de actividad reprobable(26)(776).

¿Qué argumentos pueden darse a favor de la tesis monista? A esta altura de las publicaciones existentes, nos cabe imaginar(27)(777)los siguientes:

1. Primer argumento. Debe darse al artículo 175 bis del Código Penal toda la amplitud de sus términos, como incriminatorios tanto de la usura crediticia como de la real. Así lo quiso Soler cuando en la nota al artículo 233 de su Proyecto, expresa: "La tendencia moderna se inclina a trazar una figura genérica, evitando el casuismo y ciertas distinciones embarazosas o en definitiva, injustas, como la de usura crediticia y usura real".

2. Segundo argumento. La aludida amplitud de los términos del artículo 175 bis es indiscutible. Por un lado, la ley afirma que hay delito de usura cuando se hiciere dar o prometer "en cualquier forma"; por el otro, el texto habla de "intereses" u otras ventajas pecuniarias". Ahora bien:

a) Lo de "cualquier forma" alude sin duda a cualquier contrato, y por ende, no sólo al mutuo, sino también a la compraventa, la locación, etcétera.

b) Lo de "otras ventajas pecuniarias" no se explicaría si la figura se redujera al mutuo, pues él ya estaría contemplado al hablar de los "intereses".

3. Tercer argumento. Desde el punto de vista de las aspiraciones de justicia, resulta plausible sancionar no sólo al mutuante a altos intereses, sino también a cualquier contratante en forma lesiva. Tan repudiable es la actitud del que presta dinero usurariamente a quien lo necesita para costear una operación, como la del cirujano que sólo consiente en operar a alto precio.

V. La tesis dualista. En el polo opuesto se encuentra la tesis "dualista" a la que adherimos. Para la misma, sólo algunos actos civilmente lesivos son al mismo tiempo penalmente usurarios, y de usura sólo cabe hablar en el contrato de mutuo y en aquellas operaciones jurídicas asimilables a él.

He aquí nuestros argumentos:

1. Primer argumento. Comenzamos con él, y lo estimamos decisivo: el último párrafo del artículo 175 bis considera como agravante el hecho de que "el autor fuere prestamista o comisionista usurario profesional o habitual".

En otros términos: cuando se trata de la figura agravada, sólo se toman en consideración las operaciones de préstamo.

Ahora bien: pongamos frente a frente las tesis monista y dualista, y veremos cómo sólo la segunda conduce a una interpretación congruente de la ley:

a) Para la tesis monista constituye usura punible tanto el acto aislado de una persona que vende al contado un medicamento a precio exorbitante, como el del que presta dinero a un elevadísimo interés, si en ambos casos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ha habido explotación de la necesidad, ligereza o inexperiencia de la víctima. Dicho acto aislado es reprimido con prisión de 1 a 3 años y multa. Si el que prestó dinero es prestamista usurario profesional o habitual, la pena de prisión será de 3 a 6 años.

Pues bien.

He aquí que son juzgados dos prestamistas. Al uno se le comprueba que ha hecho 3 préstamos usurarios en el curso de la misma semana; el otro, que ha hecho 30 durante el mes. Sea lo que fuere lo que se entienda por "profesional o habitual"(28)(778), no dudamos que al segundo se le aplicará la figura agravada, y nos inclinamos a pensar lo mismo del primero. ¿Cuál será la pena a aplicar? Parece que caben dos soluciones: o aplicar la pena de la figura agravada para cada acto aislado, dentro del límite del artículo 55, o aplicar esa pena para todos los delitos de usura que son juzgados conjuntamente. Rechazamos la primera solución que llevaría a sancionar al que prestó 3 veces con un máximo de 9 años, y al que prestó 30 veces con un máximo de 25 años(29)(779), porque nos parece que aquí se estaría tomando dos veces en consideración cada delito: una primera vez para declarar a los otros habituales y recíprocamente; una segunda vez para sancionar a cada acto aislado como "habitual"; cuando no una tercera vez a los fines de la graduación de la pena. Pensamos que lo correcto es aplicar la segunda solución, y sancionar tanto al que prestó 3 veces, como al que lo hizo 30, con la escala agravada del artículo 175 bis, con lo que la pena no podrá exceder de 6 años y multa.

Pero he aquí que son juzgadas dos personas, que vendieron medicamentos a precios exorbitantes. El uno hizo 3 ventas, el otro 30. Para la tesis monista hay usura. ¿Qué pena aplicará? A nuestro entender, la tesis monista no puede echar mano del último párrafo del artículo 175 bis, pues las personas del ejemplo evidentemente no son prestamistas (o comisionistas). A la tesis monista sólo le queda recurrir al artículo 55 y sostener que mientras para el que prestó 3 ó 30 veces el máximo de pena es de 6 años y multa de \$ 60.000, al que vendió 3 veces se le pueden aplicar 9 años y multa de \$ 60.000, y al que vendió 30 veces, pena de 25 años de prisión y multa de \$ 600.000(30)(780).

¿Quién no advierte que en ese procedimiento habría una enorme falla que golpearía los ojos de la justicia?

La tesis monista sólo puede salir de esa encrucijada, cambiando la redacción de la ley, y leyendo "usurero" allí donde la ley dice "prestamista". Pero entonces las palabras de la ley ya no significan nada, porque por mucha elasticidad que quiera darse al vocablo "prestamista", no advertimos cómo pueda sostenerse que "presta" el que opera al contado.

b) La tesis dualista, en cambio, donde la ley dice "prestamista" lee precisamente eso. Y razona: si para la figura agravada sólo se computan las operaciones de préstamo, es porque sólo se considera delito la operación aislada de préstamo. Y en consecuencia, no se planteará el problema de decidir cómo sancionar al que vendió 30 veces, por la simple razón de que no se castigará al que vendió 1 vez, dejándose a uno y otro

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

caso sometidos a las reglas sobre la lesión.

2. Segundo argumento. Con el razonamiento anterior, ha quedado reducido el artículo 175 bis a incriminar las operaciones de préstamo, sancionándose al "prestamista" (o en su caso, al comisionista).

En manera alguna puede ser sancionado el prestatario. Adviértase aquí la diferencia con la teoría de la lesión civil, pues mientras en ella cualquiera de las partes puede ser damnificada, para la teoría de la usura penal entendemos que víctima sólo puede ser una de las partes, y precisamente aquella a la que se verifica el préstamo otorgándosele un aplazamiento del que se extrae un ilegítimo beneficio.

Pero la teoría monista no podrá explicar esto. Para ser consecuente con su punto de partida, a tenor del cual puede haber usura en cualquier contrato donde pueda hablarse de lesión, debe también afirmar que "usurero" puede ser cualquiera de las partes. Y realmente, si "usurero" puede ser tanto el vendedor como el comprador, el locador como el locatario, no advertimos por qué (dentro de la lógica del sistema que rechazamos) no podría serlo también el prestatario.

Pero otra cosa dice el texto de la ley. Y lo afirma por dos veces:

a) Cuando en la figura agravada sólo toma en consideración la posición del "prestamista".

b) Cuando en la figura básica considera como autor al que "hiciera dar o prometer" por su "prestación".

Obsérvese que la ley que tan cuidadosamente ha distinguido entre el dar y el prometer, de tal modo que no escape de su incriminación ninguno de estos aspectos, no puede haber querido que con la palabra "prestación" se englobe tanto al dar como al prometer. Cualquiera que sea el sentido que la palabra "prestación" tenga en materia civil(31)(781), aquí tiene una nota de actualidad, de algo cumplido en el momento del delito.

El que se limita a "prometer" no puede ser autor, sino víctima, y rechazamos que el mutuario a bajo interés pueda ser procesado penalmente como usurero.

3. Tercer argumento. Corrobora la interpretación dualista un tercer argumento que pone de relieve que en la letra de la ley hay la indudable tendencia a separar la usura penal de la lesión civil.

El delito consiste (dados los demás requisitos) en hacerse dar o prometer "intereses u otras ventajas pecuniarias".

Obsérvese que mientras para la ley civil lo que se computa es la ventaja "patrimonial", para la ley penal se tienen en cuenta las ventajas "pecuniarias". Y "pecuniario" (parece sobreabundante decirlo) no es lo mismo que "patrimonial", pues sólo designa una especie de esto.

En la redacción de la ley, los intereses no necesitan ser pecuniarios (obsérvese que el género femenino empleado sólo concuerda con el sustantivo "ventajas"), y así no lo son en el caso de un préstamo de diez bolsas de azúcar debiendo devolverse doce. Pero las ventajas deben ser necesariamente pecuniarias(32)(782).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Y esta reflexión, pese a lo que la tesis monista pudiera pretender, desplaza necesariamente la posibilidad de usura en una serie de casos.

Así por ejemplo:

a) He aquí una venta de cosa cierta al contado.

Según la teoría civilista de la lesión, damnificado en el ejemplo, puede serlo tanto el vendedor como el comprador, supuesto naturalmente que concurren los requisitos del artículo 954.

Ahora bien. Desde el punto de vista del artículo 175 bis, penal, con sólo tener en cuenta la expresión "intereses u otras ventajas pecuniarias", podemos descartar que pueda ser tratado como usurero el comprador del ejemplo, que por hipótesis no recibe ni intereses ni ventajas pecuniarias, y lo mismo podemos predicar de contratos como la locación de cosas, de servicios, de obra, donde a tenor de esa expresión "usurero" no puede ser el locatario.

Con lo dicho, no se entienda que "a contrario" estamos dando por sobreentendido que "usurero" puede ser el vendedor, o el locador. Simplemente, estamos juzgando la tesis monista, y poniendo de manifiesto que en ese requisito de la "pecuniariedad" existe un indudable obstáculo para las tesis que pretenden dar al artículo 175 bis un ilimitado radio de acción.

b) Comprendemos que la tesis monista puede contrarreplicar: el comprador que adquiere a bajo precio no obtiene "directamente" una ventaja pecuniaria, pero indirectamente sí, por el menor precio que paga, y con esto debe bastar, pues para la ley hay usura cuando se explota "en cualquier forma" el estado de inferioridad de la víctima.

Pero cuando enfrentamos el esquema de la permuta al contado en su forma pura⁽³³⁾(783) ya no aparece ni directa ni indirectamente una ventaja pecuniaria. Sólo leyendo "ventajas susceptibles de apreciación pecuniaria" allí donde la ley habla de "ventajas pecuniarias", podría pretenderse incluir también a la permuta del ejemplo dentro del ámbito de la usura. Pero esto, nos parece, sería interpretar la ley penal en contra de la tradición hermenéutica sobre la misma.

Y si el co - permutante al contado a quien se le promete una cosa, no ha de ser tratado como usurero, ¿por qué ha de serlo el comprador al contado?

4. Primera réplica. Hasta ahora hemos dado argumentos a favor de la tesis dualista. Nos queda ahora por decir algo sobre los argumentos que hemos esbozado como favorables a la tesis monista, a fin de demostrar que los mismos no destruyen la tesis dualista.

Y comencemos por el argumento que la tesis monista puede pretender extraer de la nota al proyecto Soler. A nuestro juicio, no es decisivo, porque:

a) Pues las notas que se publican con un código carecen de fuerza normativa, ya que no forman parte del contexto de la ley (según es sabido a propósito de las notas del Código Civil), a fortiori carecen de ella las colocadas a un antecedente que sirvió de fuente.

b) Porque antecedente por antecedente, del informe de la Comisión que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

examinó el proyecto, resulta que ésta lo entendió como referido al préstamo(34)(784).

c) Porque igualmente antecedente por antecedente, mucho más próximo es el constituido por la nota de elevación del nuevo texto del artículo 175 bis. De la misma no parecen resultar diferencias sustanciales de criterio entre los proyectos Coll - Gómez y Peco, por un lado, y Soler por el otro, bien que se declare que la figura inculpativa ha sido recogida de este último.

5. Segunda réplica. Tampoco es decisivo el argumento "monista" que se pretende extraer de la aparente amplitud de términos como los incluidos en las expresiones "en cualquier forma" o "intereses u otras ventajas pecuniarias". En efecto:

a) Lo de "en cualquier forma" se explica acabadamente si se reflexiona en las múltiples formas nominadas e innominadas en que puede presentarse la usura crediticia o en la posibilidad de que se ofrezca abierta o encubiertamente(35)(785).

De que la ley no haya querido que escape a su sanción ninguna forma de usura crediticia, no cabe deducir, sin más, que también haya querido incriminar a la usura real, pues para esto sería necesario un texto más explícito.

b) Lo de "intereses u otras ventajas pecuniarias" es una expresión que quien la esgrima debe reconocer que constituye un arma de doble filo.

Al dar nuestro tercer argumento (supra, aquí, 3) hemos utilizado uno de sus filos, precisamente para combatir la tesis monista. Ahora se nos presenta contra nosotros el otro filo, y debemos dar una explicación.

El problema es el siguiente: Si para nosotros, las operaciones inculpativas son las de préstamo, ¿qué significa la expresión "ventajas pecuniarias" como algo distinto a los intereses? Si significa lo mismo que "intereses" estaría de más, y eso, en un texto de esta índole, sería difícil de admitir...

Respondemos: la ley que ha querido incriminar a las operaciones de préstamo usurario, no ha querido que algunas escapen al rigor del Derecho, lo que podría ocurrir si sólo se hablara de "intereses", habida cuenta de la acepción que se da al vocablo en la técnica jurídica(36)(786).

6. Tercera réplica. Tampoco es decisiva la invocación a razones de justicia:

a) No se trata de discutir si el Derecho debe o no sancionar la lesión en todos sus aspectos. Por hipótesis, siguiendo la filosofía de nuestra ley civil, sostengamos que no debe tolerarla. Queda todavía por regular el modo de reacción. Y sobre esto, hay mucho por decir, como puntualizamos en las letras que siguen.

b) Una cosa es incriminar penalmente todo contrato lesivo, y otra muy distinta sólo reaccionar contra los préstamos usurarios. Una actitud del primer tipo, puede, de hecho, conspirar gravemente contra la libertad y la seguridad, que son también valores del Derecho.

En efecto. Nadie escapa a la necesidad de contratar, y de entre los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

contratos, los a título oneroso forman la trama ordinaria de la vida. En cambio, prestar (obsérvese que decimos prestar, y no tomar prestado) no es un acto cotidiano.

Pero si todos contratamos según la teoría monista, todos nos encontraremos sujetos diariamente a la posibilidad del examen penal. No se intente tranquilizarnos recordando que tal contratación, para que sea delito, debe reunir los extremos del artículo 175 bis del Código Penal: Los estados de inferioridad contemplados son tan amplios, que todos los contratos se encuentran amenazados. No se invoque que hay un dato objetivo consistente en la evidente desproporción, porque contratar a alto precio por sí no es delito, y hay miles de razones (v.g.: afectivas) que pueden explicarlo, aparte de que para las cosas ciertas no es fácil determinar sin un profundo examen cuál es su justo precio. No se diga finalmente que las mismas razones existen frente al Código Civil, pues éste trae una sanción distinta, que no es por cierto la privativa de la libertad.

No es plausible que se amenace la contratación entera, y que so color de investigar una usura, pueda traerse a cualquier ciudadano ante los estrados criminales. No es posible que se den armas para eventuales persecuciones. Pobre consuelo es el sobreseimiento que "no afecta al buen nombre ni honor".

Otra cosa acontece con el que presta. Sólo es un sector de la vida contractual el que se mira con desconfianza, necesario sí para la economía de un país, pero del cual quien quiera puede en rigor sustraerse, y cuando incursiona en él, sujetarse a tasas que son por lo menos relativamente conocidas en el mercado. Aquí también será posible la "caza de brujas" a la que alude un autor⁽³⁷⁾(787), pero con esta diferencia: que tratándose del préstamo, la caza de brujas debería ser masiva, porque resultaría intolerable a los ojos de la población, que si se conceptúa usurario el interés del 30 %, v.g., se persiga a Juan que prestó a esa tasa, y se deje tranquilo a Pedro que también lo hizo; en cambio, si se toca otros contratos, y se toca, por ejemplo, prestaciones infungibles, como no habrá término de comparación, se podrá perseguir a Juan, y dejar tranquilo a Pedro.

c) De hecho, cuando la acción civil funciona sola, y no tiene por detrás el fantasma penal, es más fácil que se obtenga a través de ella la justicia conmutativa.

En efecto: por un lado, entablada la acción de nulidad, es posible que el demandado se allane, o que ofrezca el reajuste equitativo (art. 954 in fine). Pero si todavía es posible una persecución criminal, todo cambia, ya que en dicha conducta podría llegar a verse una confesión del delito de usura. Será cosa de que el demandado que opte por esa vía seleccione cuidadosamente las palabras.

Tampoco debe olvidarse la posición en que se encuentra el juez en lo civil (usamos el término "civil" como opuesto a "criminal"). Es sabido que los jueces en lo civil son mucho más elásticos y proclives a restablecer el equilibrio, o a sancionar, que los jueces en lo penal, pues es fácil condenar

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cuando sólo se trata del bolsillo, y mucho más difícil cuando está en juego la libertad(38)(788). Pero decide a un juez en lo civil, que cada vez que encuentre lesión, a su entender también hay usura, y que cuando condene a título de lo primero, deberá pasar los antecedentes al juez en lo criminal, y ya veréis cómo de golpe empieza a valorar cada coma de los textos, a sopesar las pruebas y dudar de todas ellas, y en suma, a no ver lesión sino cuando ya le sea imposible cerrar los ojos. Sólo entonces dirá que hay usura, y pasará los antecedentes al juez de instrucción.

VI. Las operaciones de préstamo. Habiéndonos enrolado en la tesis "dualista" nos queda por precisar cuáles son las operaciones jurídicas que quedan incriminadas. A nuestro entender queda incluido únicamente el mutuo oneroso y los contratos que cumplen análoga función económica(39)(789).

1. Decimos que queda abarcado el mutuo oneroso. Y esto, naturalmente, no necesita demostración.

La ley, en el último párrafo del artículo 175 bis, se ha referido al "prestamista", y es tal quien presta.

Si preguntamos a la ley civil cuáles son las relaciones calificadas como de préstamo, encontramos el vocablo aplicado en dos sentidos completamente diferentes (enfrentados entre sí en el art. 2260 del Cód. Civil). Por un lado se habla del mutuo o empréstito de consumo, y por el otro, del comodato o préstamo de uso. Pero la ley penal, evidentemente que no ha querido referirse al comodato, pues siendo éste, por definición gratuito (art. 2255), no puede dar lugar a la problemática del artículo 175 bis sub examen.

2. Y decimos que quedan también abarcados los contratos que cumplen análoga función económica. Y esto, naturalmente, necesita una mayor explicitación.

Lo pensamos así, teniendo en cuenta la enérgica expresión de la ley, que sanciona al prestamista en "cualquier forma" que opere, lo que induce a considerar que lo tenido en cuenta es el resultado económico, prescindiendo de la forma jurídica adoptada. De cualquier forma que se afecte la propiedad ajena con efectos idénticos a los de un mutuo usurario, el acto cae bajo la sanción penal.

En el análisis corresponde, por lo tanto, inquirir sobre cuál es la operación económica que se cumple con el mutuo oneroso, prescindiendo de la forma particular que asume el mismo. A nuestro entender, la función económica consiste en esto: Enriquecer al prestamista con una retribución que es la contrapartida de la prestación que verifica consistente en posibilitar que el prestatario quede en la situación de quien dispone en forma absoluta de una cosa fungible (o de una masa de cosas fungibles) debiendo dar otro tanto después de un cierto tiempo.

La función económica del préstamo oneroso consiste, en definitiva, en dar lugar a un doble cambio:

a) Un cambio en el tiempo, entre dos cosas fungibles entre sí. Las cosas

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cambiadas generalmente serán plurales (una suma de dinero, una cierta cantidad de cosas fungibles), pero puede haber préstamo aun cuando sólo se tenga en cuenta una unidad (v.g.: un libro), mientras esa unidad no sea individualizada y conceptuada como cosa cierta.

b) Un cambio de ese tiempo, por la retribución. Aquí, el tiempo concedido por una de las partes, y la retribución que la otra da, funcionan en la posición de prestación - contraprestación.

3. Esa función económica la cumple sin duda alguna el mutuo, tal como el mismo es descrito en la ley civil. La cumple con dos peculiaridades, que veremos que no resultan esenciales para el papel económico

a) El mutuo es un contrato real (art. 2242). Esa función económica consistente en "posibilitar que el prestatario quede en la situación de quien dispone en forma absoluta de una cosa fungible", se cumple en el mutuo haciendo entrega el mutuante de la cosa mutuada.

El mecanismo, a primera vista, parece de una necesidad evidente, porque si alguien no tiene dinero, la forma de colocarlo en la situación de quien lo tiene es dándoselo...

Pero en el número siguiente veremos que es también posible colocar en esa situación, sin dar.

b) Según el artículo 2250 del Código Civil, debe "devolver" otro tanto. La expresión "devolver" encuentra su explicación en el hecho de que estructurado el mutuo como contrato real, se parte de la base de que el mutuario ha recibido.

Si al describir la función económica, nosotros no hablamos de "devolver" sino de "dar" otro tanto, es porque partimos de la base de que no es necesario que en forma "real" haya recibido.

4. Con lo expresado en el número que antecede, se advierte que la particularidad del mutuo, como contrato especialmente idóneo para realizar las operaciones de préstamo, consiste en su conceptualización real, prescindiendo de la cual es posible también prescindir de la idea de "devolución", y encontrar similar operación económica en otros contratos que ante los ojos de la ley civil no son mutuo, pero que son "préstamo" ante la ley penal.

Si nosotros demostramos que puede haber "mutuo" en el sentido de una situación jurídica regulada por las reglas del mutuo, sin que haya la entrega efectiva de lo mutuado, es decir, si podemos demostrar que la entrega, como elemento "real" del mutuo, puede ser altamente espiritualizada, quedará desbrozado el camino para poner de relieve la posibilidad de un "préstamo" en el sentido económico en otros contratos, sin necesidad de entrega de la cosa.

a) Imaginad que las cosas que se quieren mutuar que son propiedad del mutuante, ya estuvieran en poder de aquel a quien se quiere prestar. Si nos atuviéramos al rigor de la exigencia de la tradición efectiva, para que el mutuo fuera posible, sería preciso que quien las tiene y quiere tomarlas en préstamo, las devolviera primero al dueño, para que luego éste las

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

entregara a título de mutuo.

Así por ejemplo, si Juan entregó a Pedro dinero en depósito regular (art. 2188, Cód. Civil), para que esa suma pudiera ser prestada a Pedro, sería preciso que previamente Pedro restituyera el depósito a fin de que luego Juan se lo entregara a título de mutuo.

¿Quién no advierte que habría allí un doble e inútil desplazamiento? (art. 2387, Cód. Civil).

b) Dad un paso más adelante. Imaginad que las cosas hubieran sido dadas ya por Juan a Pedro, y precisamente a título de mutuo, y que Pedro, convertido en propietario de ellas en razón del mutuo, hubiera ya dispuesto de ellas, de tal modo que en la hipótesis propuesta no las tuvieran ya ni Juan ni Pedro. Y suponed que hubiera ya llegado al término originariamente pactado, y que Pedro debiera devolverlas, pero suponed también que, en ese tiempo, Juan y Pedro quisieran realizar un nuevo préstamo por esa misma cantidad.

La operación podría cumplirse así: Pedro, que no tiene lo que debe devolver a Juan, lo consigue prestado de Carlos; acto seguido lo entrega a Juan; luego Juan se lo da en mutuo a Pedro; finalmente Pedro lo devuelve a Carlos, quedando únicamente como deudor ex - mutuo de Juan.

¿Quién no advierte que hay allí una serie de inútiles desplazamientos (que incluso pueden ser costosos, como el préstamo de Carlos a Pedro) que pueden ser suprimidos?

c) En el primer ejemplo demostramos que para que hubiera un mutuo no era necesaria la entrega efectiva de cosas que corporalmente estaban ya en manos del que debía recibirlas.

Con el segundo ejemplo pusimos de manifiesto que para la renovación de un mutuo no es preciso ni la entrega efectiva, ni la subsistencia corporal de las cosas en poder del mutuuario (pues dimos por hipótesis que ya estaban consumidas).

Pasemos a un tercer ejemplo que pondrá de relieve que tampoco es necesario que las cosas hayan estado alguna vez corporalmente en poder del prestatario, y en el que sin embargo la relación se sujeta a las reglas jurídicas sobre el mutuo.

En efecto. Suponed que Pedro debe a Juan mil kilos de azúcar a título de venta, y que ambas partes convienen que en adelante los deba a título de mutuo.

La operación es sin duda posible, recurriendo al siguiente mecanismo: Pedro paga a Juan lo que debe ex emptio, y luego Juan le entrega lo mismo para que Pedro lo deba ex - mutuo.

Pero el doble desplazamiento es inútil. Basta con cambiar la causa de la obligación (art. 812, Cód. Civil).

d) Pero si puede haber mutuo en los ejemplos dados, sin que haya tradición efectiva de la cosa, se advierte que dicho requisito que puede ser altamente espiritualizado para la operación jurídica "mutuo", no es necesaria para la operación subyacente "préstamo", entendida como operación económica que se cumple a través del mutuo.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Así, por ejemplo, si Juan vende una cosa a Pedro, y no pretende que el precio sea pagado al contado, teóricamente puede recurrir a dos operaciones jurídicas: vender al contado, y facilitar la suma correspondiente al precio, en mutuo. Si así obra no será necesario el doble desplazamiento del dinero, y el mutuo quedará perfeccionado por una tradición espiritualizada. Pero Juan puede recurrir a otro mecanismo jurídico, y conceder directamente a Pedro un plazo para el pago del precio. Pedro no deberá a título de mutuo, sino de compra, pero la operación económica del "préstamo" será similar, en cuanto apta para producir el efecto que reprueba el artículo 175 bis del Código Penal.

5. A esta altura, acaso se pregunte: ¿cuáles son entonces las operaciones jurídicas que no pueden conceptualizarse como "préstamo" en el sentido de la ley penal?

La respuesta fluye natural: las que no envuelven la operación económica descripta.

Y no la envuelven:

a) Las operaciones jurídicas que se concluyen al contado. En ellas, al no haber plazo alguno, carecería de sentido una especial retribución en razón del plazo.

b) Las operaciones que se concluyen a plazo, pero de tal modo que el plazo es común y gobierna a las prestaciones de ambos lados. Aquí, por mucho que se espiritualice la noción de "préstamo", no se da el cambio en el tiempo de dos cosas fungibles.

Y así, si Juan vende una cosa a Pedro, y se conviene que la cosa será entregada y el precio pagado dentro de un año, no puede decirse que el primero haya prestado suma alguna al segundo, pues en ningún momento lo habrá colocado en la situación de quien puede disponer en forma absoluta de una suma de dinero.

c) Las operaciones que aun cuando implican la dilación de una de las prestaciones, versan sobre cosas no susceptibles de "préstamo". Así, en la compraventa, puede concebirse que el vendedor "preste" la suma del precio, pero en lo que concierne al comprador habrá que distinguir: puede "prestar" el que compra una cosa fungible, pero no el que adquiere una cosa cierta. La razón es que las cosas ciertas son insusceptibles de cambio por otro tanto, con lo cual en consecuencia no se da sobre ellas el poder de disponer en forma absoluta.